

## **Il trattamento e la comunicazione dei dati personali sensibili nel contesto europeo.**

**di Emanuela MAIO\***

**SOMMARIO:** **1.** La «depatrimonializzazione» del codice civile: la persona al centro della tutela normativa. **2.** I diritti della personalità e il diritto alla riservatezza: le previsioni normative (la Cedu, la Carta di Nizza e il D.lgs. 196/2003). **3.** Il problema delle nozioni di comunicazione e di trattamento dei dati personali sensibili: ordinanza n. 3455 del 9 febbraio 2017 della I sezione civile della Corte di Cassazione. **4.** La comparazione con il diritto tedesco\*\*. **5.** Ipotesi risolutiva in un'ottica di coordinamento tra le normative dei diversi Paesi europei, alla luce del Regolamento (Ue) 2016/679.

### **1.La «depatrimonializzazione» del codice civile: la persona al centro della tutela normativa.**

«Siam fatti della stessa materia di cui sono fatti i sogni; e nello spazio e nel tempo d'un sogno è racchiusa la nostra breve vita»<sup>1</sup>. La frase di uno degli autori più amati nasconde, nella sua poesia, una verità, ossia la difficoltà di dare un significato concreto al termine persona. Nel descrivere la materia di cui è fatto l'uomo e cioè di sogni, se ne indica al tempo stesso l'inconsistenza: come sono eterei i sogni, così è evanescente l'uomo e la sua definizione quale persona.

Il problema nell'individuare una nozione univoca e chiara di persona ha interessato diversi ambiti, dalla filosofia<sup>2</sup> alla teologia<sup>3</sup>, ma anche il settore

---

\*Avvocato, specializzata in professioni legali presso la Luiss Guido Carli, Roma, e dottoranda di ricerca in "Economia e politiche dei mercati e delle imprese" presso l'Università degli Studi di Salerno.

\*\*Per la parte di comparazione con il diritto tedesco, si ringrazia il Dr. HANNES WAIS, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg (Ge), del supporto e della consulenza tecnico-giuridica necessari per la comprensione, e per l'approfondimento, della normativa tedesca applicata alla complessa tematica della comunicazione e del trattamento dei dati personali sensibili.

<sup>1</sup> «*We are such stuff as dreams are made on and our little life is rounded with a sleep*» così W. SHAKESPEARE, *La tempesta – Atto IV:scena I*, Londra, 1610-1611.

<sup>2</sup>L'opera più rappresentativa in questo senso è probabilmente quella di I. KANT, *Antropologia dal punto di vista pragmatici*, 1798 in *KGS VII*, trad. it. di P. CHIODI, Milano, 1995.

giuridico non è stato esonerato da questo compito; infatti, la concezione dell'uomo come persona ha risentito delle vicende storiche e politiche che hanno connotato i secoli. L'uomo in quanto persona ha iniziato ad assumere maggiore dignità giuridica dalla fine del settecento<sup>4</sup> fino ad arrivare ai nostri giorni<sup>5</sup> e, nell'evoluzione etimologica del suddetto termine, l'avvento della Carta costituzionale nel sistema normativo italiano ha avuto un ruolo fondamentale.

Inizialmente il codice civile italiano<sup>6</sup> poneva al centro della tutela il patrimonio, e prova di tale centralità era l'unificazione del codice civile e del codice del commercio, contrariamente a quanto avvenuto nelle codificazioni degli altri Paesi europei. La *ratio* della risalente visione patrimonialistica del codice civile si può attribuire alla scarsa rilevanza che aveva l'uomo per il suo essere persona, poiché l'ordinamento gli riconosceva tutela per gli interessi di natura patrimoniale<sup>7</sup> posti alla base dei rapporti giuridici, che instaurava con altri soggetti.

L'accezione economica dell'interesse sotteso ai negozi giuridici rispondeva all'esigenza di assicurare una maggiore tutela ai soggetti coinvolti nel caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice, in quanto si riteneva che solo una valutazione di tipo patrimoniale potesse consentire una maggiore oggettività di giudizio e una soluzione pertinente; quest'orientamento infatti si

---

<sup>3</sup>BOEZIO, «*persona est rationalis naturae individua sub stantia*, in *De duabus naturis* 3, *Patrol. Lat.* LXIV 1345, S.TOMMASO D'AQUINO riprende la definizione di Boezio e aggiunge che «Due aspetti corrispondono alla nozione di individuo: essere un ente in atto – in se o in un altro – ed essere diviso dagli altri che ci sono o possono esserci nella stessa specie, esistendo come indiviso in se stesso» in *IV Sent., d. 12, q. 1, a. 1, C, c.*

<sup>4</sup>Il riferimento è alla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789.

<sup>5</sup>A titolo ricognitivo, per maggiore approfondimento v. *amplius* paragrafo tre del presente lavoro, si ricorda che la normativa sui diritti fondamentali nel contesto europeo del novecento inizia con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino (Cedu) del 1950, poi con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, dopodiché l'art. 6, n. 3 del TUE recepisce i diritti fondamentali enunciati dalle due Carte quali principi generali dell'Unione europea, mentre l'art. 67 paragrafo 2 TFUE assicura che realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali, così come modificati dal Trattato di Lisbona del 2007, effettivo dal 2009.

<sup>6</sup>Redatto prima nel 1865 su ispirazione del codice civile francese cd. *Code Napoléon* del 1805, fu poi completamente sostituito dal codice civile del 1942, e acquisendo un impianto più simile al *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1900.

<sup>7</sup>Questa visione del codice civile risente della corrente di pensiero chiamata *Interessenjurisprudenz* il cui maggiore rappresentante è P. HECK, *Giurisprudenza degli interessi e fedeltà della legge*, in *DJZ*, 1905.

contrapponeva al pensiero di coloro che facevano leva sull'applicazione *tout court* della norma<sup>8</sup>.

L'eccessiva pretesa di oggettività dell'interesse delle parti in gioco finiva, però, per relegare l'autonomia del valore persona ad uno spazio del tutto residuale. Ferma restando la ragionevolezza di una giurisprudenza volta a dirimere le controversie non con la mera applicazione astratta delle norme, ma piuttosto in prospettiva al caso oggetto di giudizio, bisogna scindere la patrimonialità degli interessi dalla autonoma dignità giuridica della persona. L'uomo non rileva, infatti, come persona solamente per gli interessi economici che intende perseguire, ed in questa direzione l'entrata in vigore della Carta costituzionale ha rappresentato la svolta decisiva.

L'impostazione della Carta costituzionale rivela il cambiamento della gerarchia dei valori su cui si fonda il nostro ordinamento; basta osservare che in apertura, tra i principi fondamentali, ci sono gli articoli 2 e 3, i quali rispettivamente riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo e sia nelle formazioni sociali, senza distinzione di sesso, razza o religione. L'inserimento di questi principi tra i primi articoli della Costituzione fa da premessa a tutta la prima parte dedicata alla persona e alle manifestazioni della sua personalità. Si evince, allora, come l'ordine valoriale seguito dalla Carta costituzionale sia la testimonianza della 'rivoluzione' in corso all'epoca della sua stesura, poichè è un atto emanato dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale, evento storico del novecento che ha visto annientato il valore della persona.

Ad oggi, si può affermare che, con la Costituzione, la persona ricopre una posizione verticistica nella scala di valori riconosciuti e fatti propri dal nostro ordinamento, e da ciò è sorta l'esigenza di adottare una diversa lettura del codice civile<sup>9</sup>. La conseguenza è la cosiddetta «depatrimonializzazione»<sup>10</sup> del

---

<sup>8</sup> Si passa dalla cd. giurisprudenza di concetti alla giurisprudenza degli interessi.

<sup>9</sup> Tale procedimento ermeneutico consiste nella lettura delle norme del codice civile alla luce dei valori costituzionale, in tal senso P. RESCIGNO, Per una rilettura del Codice civile, in *Giur.it.*, 1968, IV, c. 224.

<sup>10</sup> «[...] con il termine "depatrimonializzazione" intendiamo designare la progressiva e sempre più spiccata sensibilità del diritto privato contemporaneo, in tutte le sue componenti (legislativa, dottrinale, giurisprudenziale), a dati non confinabili in schemi e logiche d'indole economica, anche – si noti – nei settori istituzionalmente riservati ai rapporti patrimoniali. E tale fenomeno sembra operare ad un duplice livello; in ciascuno dei quali potrebbe assumere una specifica connotazione: così, a livello strettamente esegetico, ossia di ricostruzione del significato dei singoli indici normativi, esso si presenta in termini di sempre più aperta disponibilità verso proposte interpretative che lasciano spazio anche a dati di valutazione eccedenti la dimensione

diritto privato, per cui non è più esclusivamente il patrimonio quale riflesso dell'uomo nei suoi rapporti giuridici ad essere meritevole di tutela, ma è l'uomo in quanto persona, quale valore principale, a dover essere tutelato, poiché gli interessi patrimoniali sono solo strumentali alla manifestazione della sua personalità<sup>11</sup>. In quest'ottica cambia anche la funzione della giurisprudenza non più rivolta principalmente alla valutazione degli interessi patrimoniali, ma attenta piuttosto agli aspetti esistenziali della persona<sup>12</sup>.

## **2.I diritti della personalità e il diritto alla riservatezza: le previsioni normative (la Cedu, la Carta di Nizza e il D.lgs. 196/2003).**

La nuova dimensione personalistica del diritto privato sposta l'attenzione su quelli che sono i diritti attinenti alla sfera esistenziale della persona, si pensi ai diritti della personalità, tra i quali si annoverano, a titolo meramente esemplificativo e non certo esaustivo, il diritto alla vita, al nome, alla libertà personale, all'immagine e alla *privacy* o riservatezza.

È bene precisare che non tutti<sup>13</sup> conducono sotto un'unica voce i diritti della personalità, poiché se alcuni tendono a ridurli ad unità indipendentemente

---

meramente economica; per cui si traduce in un assorbimento, in seno all'operazione ermeneutica, di valori esulanti la sfera patrimoniale; a livello, diremmo, critico-costruttivo, cioè di rimeditazione dei concetti tradizionali e di approntamento di nuovi strumenti operativi, invece, esso si manifesta in forma di progressiva affrancazione dei supporti teorici propri della sfera patrimoniale [...]. Così C. DIONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 649 e 650. Per completare la definizione di depatrimonializzazione del diritto privato si legga anche P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 2: «Con il termine non certo elegante, di "depatrimonializzazione" [...] s'indica, in definitiva la consapevolezza che nell'ordinamento si è operata una scelta, che lentamente va attuandosi, tra personalismo (superamento dell'individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori».

<sup>11</sup> In tal senso P. PERLINGIERI, *o.p.c.*, afferma che: «"interessi e diritti di natura essenzialmente personale sovrastano interessi e diritti patrimoniali"; ne consegue che nella gerarchia dei valori la persona umana prevale sull'interesse economico. Questa, infatti, è indiscutibilmente la filosofia della vita presente nella normativa costituzionale; sì che i rapporti patrimoniali assumono un fondamento, una sfera di operatività in funzione di una logica di rispetto della dignità della persona umana, di ciò che essa rappresenta. I rapporti patrimoniali svolgono il ruolo di strumenti ora diretti ora indiretti di attuazione di questo valore».

<sup>12</sup> P. PERLINGIERI, *o.p.c.*, fa riferimento al passaggio da una giurisprudenza degli interessi patrimoniali ad una giurisprudenza civile più attenta ai valori esistenziali.

<sup>13</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 176, fa una sintesi delle diverse posizioni rispetto all'unitarietà o meno della nozione dei diritti della personalità: «Si discute se esista un unico diritto della personalità che considera l'uomo in ogni sua manifestazione qualificante e lo protegge di conseguenza a prescindere dalla singola norma ovvero sussistano tanti diritti della personalità quanti la legge ne prevede o il giudice ne individua nel tessuto dell'ordinamento sociale e giuridico». Nello stesso senso M. DOGLIOTTI, *I diritti della*

dalle loro varie manifestazioni, invece altri sostengono l'esistenza di più e diversi diritti della personalità previsti dalla legge. L'introduzione della Carta costituzionale<sup>14</sup> ovvia a tale problema con l'articolo 2 che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» in quanto espressione della sua personalità, non vi è quindi alcuna distinzione tra i diritti della personalità, per cui non è più necessario ragionare in termini di unità o pluralità degli stessi dal momento che sono comunque tutelati.

Tra i diritti della personalità rientra anche il diritto alla *privacy* o diritto alla riservatezza, il quale viene positivizzato negli anni cinquanta del secolo scorso come «diritto al rispetto della vita privata e familiare», con un significato differente rispetto a quello che gli si attribuisce oggi con la diffusione delle nuove tecnologie<sup>15</sup>, grazie alle quali la percezione della vita privata acquisisce un'altra dimensione.

Nel leggere, quindi, l'art. 8, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino (Cedu), per il quale «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza», ci si rende conto che il diritto alla *privacy* (sebbene non espressamente menzionato con questo termine<sup>16</sup>) riguarda il cd. diritto a esser lasciati soli<sup>17</sup> nella conduzione della propria sfera privata, senza interferenze esterne. L'unico limite previsto per il diritto al rispetto della vita privata e familiare è indicato al comma 2 dello stesso art. 8, che autorizza

---

*personalità: questioni e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 665: «[...] si fronteggiavano (e ancora si fronteggiano) due concezioni di segno opposto, pluralista e monista, sull'esistenza di diritti della personalità ben differenziati e distinti, seppur con caratteristiche comuni, o di un unico diritto specificantesi poi in molteplici aspetti».

<sup>14</sup> «Entrata in vigore la Carta costituzionale, il problema della unità o pluralità dei diritti è stato peraltro superato. L'art. 2 Cost. dichiara infatti che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, in funzione dello sviluppo della sua personalità, in tal modo chiarendo che non si tratta di proteggere questo o quel diritto inteso come situazione giuridica desumibile dalla norma, ma qualsivoglia interesse funzionalmente collegato alla realizzazione della personalità dell'individuo». Così F. GAZZONI, o.p.c., pp. 175 e 176.

<sup>15</sup> S. RODOTÁ, *Relazione introduttiva (Atti del Convegno per i 30 anni di NGCC – Padova, maggio 2015)*, in *N.C.C.G.*, 2016, fasc.1, p. 104, precisa che «[...] sebbene l'art. 8 parli di vita privata e familiare, negli anni Cinquanta ci si riferiva ad un concetto di *privacy* che diverge da quello affermato in seguito, essendo all'origine ad esso estranee tutte le preoccupazioni e le tutele che solo oggi circondano questo concetto».

<sup>16</sup> S. RODOTÁ, o.p.c., p. 104, osserva che: «La Convenzione non menziona la *privacy*, anche se, come ben sapete, il riconoscimento e la tutela della *privacy* si sono poi evoluti grazie all'interpretazione dell'art. 8, coinvolgendo i profili della riservatezza, della confidenzialità e del segreto».

<sup>17</sup> Il termine *privacy* fu utilizzato da due avvocati S.D. Warren e L.D. Brandeis nel 1890 per indicare il diritto a essere lasciato solo, senza interferenze esterne nella propria vita privata.

l'ingerenza da parte dell'autorità pubblica, quando ciò è una misura necessaria «alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

L'evoluzione tecnologica e la diffusione, sempre maggiore, dei mezzi di comunicazione facilmente usufruibili e accessibili da parte di tutti hanno avuto come conseguenza un ulteriore sviluppo del diritto alla *privacy*/o riservatezza<sup>18</sup>, e ciò si riscontra nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (conosciuta anche come Carta di Nizza) firmata dagli Stati aderenti nel 2000, cinquant'anni dopo la Cedu. La distanza temporale intercorrente tra i due atti, se da un lato evidenzia la continuità circa l'esigenza di tutelare il diritto alla *privacy*/o riservatezza, dall'altro lato sottolinea la nuova veste che ha assunto tale diritto.

Si può notare, infatti, che l'articolo 7 della Carta di Nizza, come l'articolo 8 della Cedu, riconosce il diritto di ogni persona «al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni», la differenza è nel riferimento generico alle «comunicazioni», che sostituisce quello alla «corrispondenza» fatto dalla Cedu, proprio in considerazione dell'evoluzione tecnica. La novità della Carta di Nizza rispetto alla Cedu risiede invece nell'articolo 8, secondo il quale «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano», si allargano in questo modo i confini del diritto alla riservatezza, non più ristretta alla vita familiare ma a tutte quelle informazioni che riguardano la persona.

La definizione di «dati personali» a livello comunitario è stata data dalla Direttiva 95/46/Ce, che all'articolo 2 considera tali quei dati idonei a indicare «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ("persona interessata")» e precisa che è «identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi

---

<sup>18</sup> Così A. TRABUCCHI e G. CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Milano, 2016, p. 54. «L'esigenza di tutelare l'intimità della sfera privata dell'individuo [...] è eterna, nell'esperienza giuridica tale esigenza è sentita in misura direttamente proporzionale al progresso tecnologico e informatico della vita contemporanea, che espone gli aspetti più intimi della personalità a forme di aggressione sempre nuove: non a caso la nozione di diritto alla riservatezza ha ricevuto la prima sistemazione – risalente alla fine del XIX – in ambiente nord americano (*right to privacy*), per trovare solo in seguito approfondimento nella cultura giuridica europea».

specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale».

In Italia<sup>19</sup> il legislatore si è occupato della *privacy* e quindi dei dati personali per la prima volta con la L. n. 675/1996<sup>20</sup> (in attuazione della direttiva comunitaria prima citata), legge poi abrogata e sostituita dal Codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs. n. 196/2003 e ult. mod.).

Il Codice in materia di protezione dei dati personali oltre a far riferimento ai dati personali, distingue all'interno di essi<sup>21</sup> i dati sensibili, i quali sono idonei «a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»<sup>22</sup>.

I dati cd. sensibili necessitano di un presupposto indispensabile ai fini del loro trattamento e della loro comunicazione da parte del soggetto responsabile<sup>23</sup>, e cioè del consenso del soggetto interessato<sup>24</sup>. Tale consenso «può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso» ed è validamente

---

<sup>19</sup>La giurisprudenza italiana ha iniziato a trattare della *privacy*/riservatezza prima del legislatore, vedi le sentenze più significative: Cass. civ., I sez., del 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Giur. It.*, 1957, I, 1, 336; poi Cass. civ., III sez., del 27 maggio 1975, n. 2129, in *GC*, 1975, I, 1695; Corte cost., del 12 aprile 1973, n. 38, in *GiC*, 1973, 354.

<sup>20</sup>Chiarisce A. TRABUCCHI e G. CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Milano, 2016, p. 57, che «Una tappa di centrale importanza è coincisa con l'introduzione della l. n. 675/96[...] recante una disciplina organica e sufficientemente esaustiva del trattamento dei dati personali, effettuato con o senza l'ausilio di elaboratori elettronici o mezzi automatizzati, con la quale è stata data attuazione alla dir.96/46/CE, soddisfatta una pregiudiziale dell'accordo di Shengen ed è stata resa possibile la completa adesione alla Conv. di Strasburgo (ratif. con l. n. 98/1989) sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali. Nota come disciplina della *privacy* informatica e identificata quale primo riconoscimento positivo del diritto alla riservatezza [...] a ragione può essere identificata considerata la prima legge generale del nostro ordinamento dedicata ai diritti fondamentali della persona umana [...]».

<sup>21</sup> Nei dati personali rientrano i dati identificativi che «permettono l'identificazione diretta dell'interessato» e i dati giudiziari «idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale» ex art. 4 del D.lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

<sup>22</sup> Art. 4 del D.lgs. 196/2003.

<sup>23</sup> Per soggetto responsabile s'intende «la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali» ex art. 4 D.lgs. 196/2003.

<sup>24</sup> «Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato» ex art. 3D.lgs. 196/2003.

prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto [...]»<sup>25</sup>. Non è sufficiente, però, il solo consenso del soggetto interessato, c'è bisogno anche della previa autorizzazione<sup>26</sup> del Garante della *privacy*.

Queste regole sono di carattere generale e riguardano sia i soggetti privati, sia gli enti pubblici economici responsabili del trattamento dei dati personali. Diversa è la questione per quanto riguarda gli enti pubblici, poiché il consenso dell'interessato non è indispensabile per il trattamento e la comunicazione di questi dati, anche nella loro accezione di dati sensibili, «se [ciò è] autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite»<sup>27</sup>.

La *ratio* della eterogenea disciplina rispetto alla natura giuridica del soggetto responsabile per il trattamento e per la comunicazione dei dati personali, e sensibili, si può riscontrare probabilmente nella stessa funzione di autorizzazione che svolgono il consenso del soggetto titolare dei dati personali, e la disposizione normativa richiamata.

La sostituzione del consenso, con la previsione legislativa che autorizza i soggetti pubblici al trattamento dei dati personali, si giustifica con il superiore interesse di cui sono titolari, volto a tutelare il singolo. Questa interpretazione, però, non è sufficiente a chiarire i limiti e le nozioni di trattamento e comunicazione dei dati personali (sensibili), rispetto alla sussistenza o meno di una loro differente attuazione a seconda del soggetto responsabile.

### **3. Il problema delle nozioni di comunicazione e di trattamento dei dati personali sensibili: ordinanza n. 3455 del 9 febbraio 2017 della I sezione civile della Corte di Cassazione.**

Il Codice in materia di protezione dei dati personali nella parte I: disposizioni generali, titolo I: principi generali, all'art. 4 fornisce le definizioni di trattamento e comunicazione dei dati personali. Il trattamento consiste in «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di

---

<sup>25</sup>Tale definizione si legge nell'art. 23, comma 3 del D.lgs. 196/2003.

<sup>26</sup> «I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti» ex art. 26 D.lgs. 196/2003.

<sup>27</sup> Art. 20 D.lgs. 196/2003.



strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati». La comunicazione si realizza, invece, «con il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione».

Dalla lettura degli articoli si evince che il trattamento è prioritario alla comunicazione dei dati personali, ma anche alla loro diffusione, che consiste nel «dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione»<sup>28</sup>.

Il *focus* si sposta, quindi, sulla distinzione tra la comunicazione dei dati personali e la diffusione degli stessi, mentre i primi sono destinati a soggetti determinati, i secondi sono indirizzati ad una pluralità di soggetti non determinati. È evidente come la diffusione dei dati personali ponga maggiori problematiche in relazione al difficile controllo che si può avere sulla circolazione dei dati, tanto è vero che viene circoscritta. Ecco allora che il limite alla diffusione dei dati personali è individuato nella natura dei dati in questione, poiché se questi rientrano nei dati sensibili, come ad esempio le informazioni sulla salute del soggetto interessato, la loro diffusione non è possibile<sup>29</sup>. Tale divieto persiste non solo quando i responsabili sono soggetti privati o enti pubblici economici, ma anche quando si tratta di enti pubblici in senso stretto, proprio in ragione della natura sensibile dei dati personali trattati.

Premesso, quindi, che i dati sensibili non possono essere diffusi a soggetti non determinati, bisogna chiarire come si concretizza il loro trattamento, la loro comunicazione, la loro diffusione e i limiti a queste operazioni; senza trascurare la verifica di una reale differenza tra le modalità di attuazione di dette procedure a seconda che il soggetto responsabile sia privato o pubblico.

La I sezione civile della Corte di Cassazione ha sottoposto la questione all'attenzione del suo Presidente, con ordinanza n. 3455 del 9 febbraio 2017, affinché questo la rimetta eventualmente alle Sezioni Unite, per dirimere il

---

<sup>28</sup> Art. 4 lett. m) D.lgs. 196/2003.

<sup>29</sup> L'art. 22, comma 8 D.lgs. 196/2003 chiarisce che «i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi».

contrasto sulle nozioni di trattamento e comunicazione dei dati personali. Il caso riguarda la richiesta di risarcimento del danno per illegittimo trattamento dei dati personali da parte di una signora beneficiaria di un indennizzo ai sensi della L. n. 210/1992, effettuato dalla Regione Campania con accredito sul suo conto corrente, presso una filiale della Unicredit S.p.a. Nello specifico, la signora ritiene che sussistano le condizioni per il risarcimento del danno poiché la Regione Campania nel provvedere al pagamento del suddetto indennizzo per via telematica, ne aveva indicato il titolo: «pagamento ratei arretrati bimestrali e posticipati...L. n. 210/2012»<sup>30</sup>, e la stessa causale era riportata nell'estratto conto che la Unicredit S.p.a. le aveva inviato.

La L. n. 210/1992 è meglio conosciuta come la norma che riconosce «l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni». In base al nome della legge applicata, la signora lamenta la violazione della *privacy*, in quanto il riferimento alla norma nella causale del versamento comporta la rivelazione di dati personali sensibili, poiché adatta a svelare il suo stato di salute.

Il tribunale di merito rigetta la richiesta risarcitoria argomentando che, sebbene l'indicazione nella causale di accredito fosse idonea a propalare lo stato di salute della beneficiaria, la Regione Campania non era incorsa nel mancato rispetto del divieto di diffusione dei dati sensibili con riguardo alla salute, poiché il soggetto destinatario di tale comunicazione era determinato, trattandosi della banca Unicredit s.p.a. Né, secondo il tribunale, trova ragione di essere la richiesta di risarcimento del danno nei confronti della banca, dal momento che è stata la stessa beneficiaria a designarla come sua delegata alla Regione Campania.

La signora ricorre, poi, in Cassazione prospettando la mancata applicazione dell'art. 22, comma 6<sup>31</sup> del D.lgs. 196/2003 da parte della Regione Campania e della Unicredit s.p.a., visto che queste non hanno adottato tecniche di cifratura o utilizzato codici identificativi per evitare la pubblicità di dati sensibili, come previsto dalla legge.

---

<sup>30</sup> Si cita testualmente quanto riportato Cass. civ., I sez., del 9 febbraio 2017, ord. n. 3455, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>31</sup> L'articolo richiamato prevede che: «I dati sensibili e giudiziari contenuti in elenchi, registri o banche di dati, tenuti con l'ausilio di strumenti elettronici, sono trattati con tecniche di cifratura o mediante l'utilizzazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendono temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità».

Sul punto si sono espressi due orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione. Il primo<sup>32</sup> sposa la tesi della ricorrente e ritiene che in questo caso è stato violato il diritto alla riservatezza dei dati sensibili, tra i quali rientra appunto lo stato di salute, per inottemperanza dell'obbligo legale di cifratura da parte dei soggetti responsabili del trattamento. Tale ragionamento, quindi, porterebbe ad accogliere la richiesta di risarcimento della ricorrente per il danno subito, a causa dell'illegittimo trattamento dei dati sensibili ad opera dei responsabili, sui quali ricadrebbe l'obbligo di risarcimento. Il secondo<sup>33</sup> si pone in posizione diametralmente opposta, infatti esclude il risarcimento del danno perché<sup>34</sup> : a) non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza comunicare dati sensibili a un terzo rappresentante del titolare e da questi indicato come destinatario della comunicazione; b) per la p.a non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza adempiere precisi obblighi di legge<sup>35</sup>; c) per la banca non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza adempiere a obblighi scaturenti da un contratto, né sulla stessa pende l'obbligo di cifratura dei dati, poiché essendo un soggetto privato non è destinatario di tale obbligo.

Come già anticipato, la I sezione della Cassazione ha interrogato il Presidente per un'eventuale rimessione alle Sezioni Unite, ritenendo che visto il contrasto giurisprudenziale debbano essere chiarite le definizioni di comunicazione e trattamento dei dati personali.

A dire il vero, il problema non sembra definitorio, in quanto il Codice in materia di protezione dei dati personali è preciso nell'indicare le nozioni di trattamento, comunicazione e diffusione dei dati personali, e sensibili. La questione esaminata investe maggiormente l'individuazione degli obblighi ricadenti sui soggetti responsabili del trattamento e della comunicazione dei dati personali. Anche questo però appare come un falso problema, perché la normativa è esplicita nel prevedere obblighi differenti rispetto al soggetto responsabile delle operazioni in discussione. La prova di quanto sostenuto si riscontra nella stessa organizzazione sistematica del D.lgs. 196/2003 (leggi Codice della *privacy*),

---

<sup>32</sup> Cass. Civ., I sez., del 19 maggio 2014, n. 10947, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>33</sup> Cass. Civ., III sez., del 20 maggio 2015, n. 10280/2015, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>34</sup> Questo è il passo riportato Cass. civ., I sez., del 9 febbraio 2017, ord. n. 3455 nel punto in cui richiama Cass. Civ., III sez., del 20 maggio 2015, n. 10280/2015, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>35</sup> L'art 18, comma 2 del D.lgs. 196/2003 afferma che: «Qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali».

dove il Capo II è dedicato alle «Regole ulteriori per i soggetti pubblici», tra cui rientra l'art. 18, comma 2 sull'utilizzo dei dati personali per lo svolgimento di fini istituzionali da parte dei soggetti pubblici, e l'art. 22, comma 6 che prevede per gli stessi l'obbligo di cifratura nella comunicazione di dati personali sensibili. Il Capo III riguarda, poi a sua volta, le «Regole ulteriori per privati ed enti pubblici economici», ma nelle norme di cui si compone non ci sono gli stessi obblighi appena menzionati per i soggetti pubblici.

Probabilmente, allora, più che una mancata chiarezza legislativa, è il procedimento ermeneutico a dover essere rivisto, in quanto la Cass. del 2014 erroneamente fa rientrare la banca tra i soggetti di diritto pubblico obbligati ad utilizzare cifrature o codici di identificazione per la comunicazione dei dati sensibili. Maggiormente condivisibile è la soluzione della Cass. 2015 che applica la normativa di riferimento, senza inciampare in sviste interpretative.

#### **4. La comparazione con il diritto tedesco.**

Interessante è verificare se nella normativa tedesca sorgono gli stessi problemi sulle definizioni di trattamento e comunicazione dei dati personali, e sull'individuazione degli obblighi per i soggetti responsabili.

Il *Bundedschutzgesetz (BDSG)*<sup>36</sup> è il codice sulla *privacy* dell'ordinamento tedesco, redatto per la prima volta nel 1970, il cui scopo è quello di proteggere l'individuo dalla lesione dei diritti della personalità dovuta al trattamento dei suoi dati personali<sup>37</sup>. Il BDSG come il codice italiano sulla *privacy* è una normativa particolare che riguarda una categoria più ampia, e cioè quella dei diritti della personalità, tutelati dal BGB<sup>38</sup>.

I diritti della personalità (APR)<sup>39</sup> non sono nominati espressamente nel BGB come categoria unitaria di diritti, tanto è vero che per la prima volta questi vengono menzionati dal BGHZ 13, 334<sup>40</sup> e poi anche dal BVerfGE 34, 269<sup>41</sup> quali

---

<sup>36</sup> L'abbreviazione del *Bundedschutzgesetz* è BDSG.

<sup>37</sup> Il testo originario è nel § 1, I BDSG: «Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird».

<sup>38</sup> Si tratta dell'abbreviazione di Bürgerliches Gesetzbuch, e cioè del *nomen* del codice civile tedesco.

<sup>39</sup> APR è l'abbreviazione di Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht e cioè del generale diritto della personalità.

<sup>40</sup> È l'abbreviazione di Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, con cui vengono indicate le decisioni del tribunale federale in materia civile, il caso è quello *Schachtbrief*.

diritti da tutelare ex § 823, I<sup>42</sup> BGB, dove si legge che «chi viola intenzionalmente o per negligenza la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o altro diritto di un altro in violazione di legge, è obbligato a risarcire all'altro il danno che ne deriva». In generale i diritti della personalità si fanno rientrare nell'art. 2 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*<sup>43</sup> «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale. Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Solo la legge può limitare questi diritti»<sup>44</sup>.

A ben vedere l'impianto normativo tedesco è simile a quello italiano, in quanto anche nel codice civile italiano non c'è una norma che prevede espressamente i diritti della personalità, ma vengono fatti rientrare in questa categoria il diritto al nome ex art. 6, il diritto all'immagine ex art. 10 c.c., ecc.). Ulteriore prova di tale affinità è il riferimento all'art. 2 della *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, quale norma di ricognizione generale dei diritti della personalità, che ha la stessa funzione degli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale italiana.

La titubanza nel riconoscere espressamente i diritti della personalità è dovuta probabilmente al rapporto di tensione tra il diritto dell'individuo alla *privacy* e al rispetto della sua personalità da una parte e l'interesse generale alla libertà d'informazione, di espressione e di *performance* artistiche dall'altra. Si evince, quindi, che come nel sistema italiano, anche nell'ordinamento tedesco è auspicato un bilanciamento tra i vari interessi in gioco.

Il riconoscimento della tutela dei diritti della personalità in generale nel BGB, e nella normativa specifica dei dati personali che tutela il diritto alla *privacy*: BDSG, è spia di un procedimento volto alla protezione di questi diritti. Dal momento che il BDSG è stato modificato dopo la Direttiva 95/46/Ce, e poi anche dopo l'entrata in vigore del TFUE, è utile analizzare se lo scopo di

---

<sup>41</sup> È l'abbreviazione di *Bundesverfassungsgericht*, e cioè della Corte costituzionale tedesca. Il caso è quello *Soraja*.

<sup>42</sup> Nel testo è riportata la traduzione del seguente testo originario: «Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird».

<sup>43</sup> Carta costituzionale della Repubblica federale di Germania

<sup>44</sup> Artikel 2 [Generelle Freiheitsrechte] «(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden».

armonizzazione tra le varie normative dei diversi Paesi europei si sia effettivamente realizzata.

Per quanto qui interessa, ci si soffermerà in primo luogo sulla definizione di trattamento e comunicazione dei dati personali. Il § 3, III<sup>45</sup>; IV, nr. 1 e 2<sup>46</sup>; V<sup>47</sup> del BDSG fornisce una definizione di trattamento dei dati personali in via implicita, in quanto non sono riunite sotto un unico *nomen*, tutte le modalità con cui questa si può realizzare, ma sono indicate singolarmente<sup>48</sup>: «Collection» cioè l'acquisizione di dati sulla persona; «Processing» ossia lo stoccaggio, modifica, trasferimento, blocco e cancellazione dei dati personali; «Modifica» con cui si intende l'alterazione della sostanza di dati personali memorizzati e «Cancellazione» dei dati personali memorizzati.

È evidente la maggiore precisione del legislatore tedesco che per ogni modalità di trattamento specifica in cosa si sostanzia, mentre il legislatore italiano elenca solamente le varie ipotesi con il nome comune di trattamento. Lo stesso si può registrare con la definizione di comunicazione, dove il § 3, IV, nr. 3<sup>49</sup> BDSG utilizza il termine «trasferimento» per indicare la divulgazione a terzi di dati personali memorizzati o ottenuti mediante l'elaborazione dei dati: a) attraverso la trasmissione dei dati a terzi o b) il terzo raccoglie o recupera i dati detenuti per la visualizzazione o il recupero.

Sempre il § 3, IX<sup>50</sup> BDSG distingue i dati personali dai «tipi specifici<sup>51</sup> di dati personali», che riguardano le informazioni su origine razziale ed etnica, le

---

<sup>45</sup>«(3) Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Betroffenen».

<sup>46</sup> (4) Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Im Einzelnen ist, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren: 1. Speichern das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung; 2. Verändern das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten».

<sup>47</sup>«Löschen das Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten».

<sup>48</sup> L'osservazione è dovuta oltre che al dato normativo, anche al commento (traduzione letterale) di Dr. PETER SCHANTZ, *Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht Aufsatz*, in *NJW* 2016, 1841, il quale sostiene che «la normativa europea sulla protezione dei dati a differenza § 3 III-V BDSG, di solito non distingue tra le varie forme di trattamento dei dati personali, ma riassume sotto il concetto di trasformazione ("trattamento")».

<sup>49</sup> «(4) Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Im Einzelnen ist, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren: 1. Speichern das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung; 2. Verändern das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten».

<sup>50</sup>«Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben».

opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, la salute o la vita sessuale. La violazione di questi tipi specifici di dati personali comporta, secondo il § 7 BDSG, il risarcimento del danno se l'organismo responsabile sta causando danni alla persona interessata per mezzo di un illecito o non corretta raccolta, elaborazione o uso dei propri dati personali ai sensi della presente legge o di tutte le altre norme sulla protezione dei dati.

Da una prima analisi, al di fuori della maggiore precisione o meno, le definizioni di comunicazione e trattamento dei dati personali sono simili a quelle del D.lgs. 196/2003, così come quella di dati sensibili, che il BDGB chiama tipi specifici di dati personali. Alla stessa conclusione, si può arrivare in relazione alla previsione del risarcimento del danno per violazione dei dati sensibili da parte dei soggetti responsabili<sup>52</sup>.

Bisogna a questo punto confrontare gli obblighi dei soggetti responsabili al trattamento dei dati personali nelle due normative nazionali di riferimento. Anche nel BDSG c'è una specifica previsione normativa tra i soggetti privati e i soggetti pubblici responsabili al trattamento e alla comunicazione dei dati personali, infatti la seconda parte dedicata a «Il trattamento dei dati da parte di organismi pubblici»<sup>53</sup>, al § 13<sup>54</sup>, II, nr. 1 e 2 BDSG prevede che la raccolta di tipi particolari di dati personali (§ 3, IXBDSG) è consentito solo nei limiti in cui la raccolta è prevista in una disposizione di legge o a causa di un importante interesse pubblico e la persona interessata ha acconsentito ai sensi § 4bis, III della presente legge.

---

<sup>51</sup>il *Beck'scher Online-KommentaDatenschutzrecht*, WOLFF/BRINK 19. Edition spiega che: «Il DS-OGM rinuncia all'articolo 4 DS-OGM una definizione dei dati personali speciali, come finora anche con l'Eu-DatSchRL era il caso. Questi sono ora in parte inclusi nella definizione di "dati personali": "una o più specifiche caratteristiche che sono espressione della fisiologica, psicologica genetica identità fisica, economica, culturale o sociale di tale persona fisica". In aggiunta, ci sono le definizioni separate per i dati di dati e sanitari genetici e biometrici».

<sup>52</sup>Ex art. 15 D.lgs. 196/2003: Danni cagionati per effetto del trattamento «1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11».

<sup>53</sup>«Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen».

<sup>54</sup> «(2) Das Erheben besonderer Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) ist nur zulässig, soles 1.eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses zwingend erfordert, 2.der Betroffene nach Maßgabe des § 4a Abs. 3 eingewilligt hat».

Il § 4a<sup>55</sup>, III, BDSG indica, senza dubbi interpretativi, che quando categorie particolari di dati personali vengono raccolti, trattati o utilizzati, il consenso deve riferirsi inoltre espressamente a questi dati. Non solo la legge tedesca in commento considera il consenso del soggetto il presupposto per il trattamento dei dati personali, ma precisa che quando si tratta di dati particolari, questo deve essere esplicitamente riferito a loro.

Lo stesso vale nel caso di «trattamento dei dati da parte di organismi privati e imprese di diritto pubblico che partecipano al concorso», a cui è dedicata la parte III del BDSG, con l'unica differenza che il §28<sup>56</sup>, VI, nr. 1, 2, 3, 4 ammette il trattamento di dati particolari anche senza il consenso se «ciò è necessario al fine di tutelare gli interessi vitali della persona interessata o di un terzo, nella misura in cui la persona interessata non è in grado di fornire il consenso per ragioni fisiche o giuridiche; 2. i dati in questione sono evidentemente stati resi pubblici dalla persona interessata; 3. ciò sia necessario al fine di far valere, esercitare o difendere i diritti legali e non v'è motivo di ritenere che la persona interessata ha un legittimo interesse prevalente alla escludendo tale raccolta, l'elaborazione o l'uso, o 4. ciò sia necessario ai fini della ricerca scientifica, in cui l'interesse scientifico nella realizzazione del progetto di ricerca sostanzialmente prevalga sull'interesse della persona interessata ad escludere la raccolta, l'elaborazione e l'utilizzo e lo scopo della ricerca non può essere raggiunto in altro modo o se altrimenti richieda uno sforzo sproporzionato».

---

<sup>55</sup> «(3) Soweit besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen».

<sup>56</sup> «(6) Das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) für eigene Geschäftszwecke ist zulässig, soweit nicht der Betroffene nach Maßgabe des § 4a Abs. 3 eingewilligt hat, wenn:

1. dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben, 2. es sich um Daten handelt, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat,
3. dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder 4. dies zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann».



È evidente che, anche nella normativa tedesca, il consenso del soggetto interessato al trattamento dei dati personali costituisce un presupposto necessario e addirittura deve essere espresso in modo specifico quando riguarda tipi particolari di dati personali, quelli che il legislatore italiano indica come dati sensibili all'art. 4, comma 1, lett. d) D.lgs. 196/2003.

La differenza che si può scorgere tra il codice sulla *privacy* italiano e quello tedesco, è che quest'ultimo senza lasciare incertezze interpretative, non solo definisce le nozioni di comunicazione e trattamento dei dati personali, ma delinea in modo netto gli obblighi dei responsabili deputati a ciò e indica la richiesta di consenso al soggetto interessato, quale adempimento necessario per svolgere tali operazioni, soprattutto con riguardo ai dati sensibili.

Il BDSG mette sullo stesso piano i soggetti pubblici, gli organismi privati e le imprese di diritto pubblico ed esclude la necessaria richiesta di consenso per il trattamento dei dati personali sensibili da parte degli organismi privati e delle imprese di diritto pubblico solamente in casi specifici, come sopra riportato.

Alla luce di tale analisi, il caso descritto e affrontato dalla giurisprudenza italiana, se fosse stato deciso da un organo giudiziario tedesco, probabilmente non sarebbe stato fonte delle stesse incertezze ermeneutiche, dal momento che la legislazione tedesca si presenta più chiara. In un gioco di prospettive, il caso italiano risolto secondo il BDSG avrebbe comportato la responsabilità sia della Regione Campania che della banca Unicredit s.p.a., poiché sebbene l'una abbia natura giuridica pubblica e l'altra privata, entrambe non hanno richiesto il consenso al trattamento dei dati sensibili all'interessato § 4a, III, BDSG. Né la Unicredit s.p.a. può giustificare la sua inottemperanza ai sensi del § 28 , VI, nr. 1, 2, 3, 4 in quanto non ricorre nessuna delle ipotesi specifiche (tutela degli interessi vitali, pubblicità dei dati ad opera della persona interessata, difendere diritti legali o ai fini della ricerca scientifica).

## **5. Ipotesi risolutiva in un'ottica di coordinamento tra le normative dei diversi Paesi europei alla luce del Regolamento (Ue) 2016/679<sup>57</sup>.**

---

<sup>57</sup> È bene precisare che questo paragrafo non ha l'intento né di sintetizzare tutte le novità apportate dal Regolamento (Ue) 2016/679, né di riportare gli orientamenti che si sono espressi in merito, bensì di prospettare nel futuro cosa potrebbe comportare l'applicazione di tale norma ad un caso concreto.

Le differenti soluzioni rispetto allo stesso caso, applicando ora il D.lgs. 196/2003 ora il BDSG, sono giustificate dalla diversa attuazione che i due legislatori nazionali hanno dato alla Direttiva 95/46/Ce, pur seguendone le linee guida fondamentali.

Questa eventualità potrà non presentarsi in futuro, in quanto il 27 aprile 2016 è stato approvato il Regolamento (Ue) 2016/679 (sarà in vigore dal 25 maggio 2018), che abroga la precedente direttiva 95/46/Ce, in applicazione del TFUE che all'art. 16<sup>58</sup> prevede la competenza legislativa dell'Unione europea sul trattamento dei dati personali.

Il Regolamento (Ue) 2016/679 nel considerando 9)<sup>59</sup> fa presente che la Direttiva 95/46 ha comportato una frammentazione tra le varie legislazioni nazionali riguardo al trattamento dei dati personali, per cui tale strumento normativo viene utilizzato per garantire un'omogeneità di tutela<sup>60</sup> dei dati personali per tutti gli Stati membri. La normativa non esclude, però, la possibilità di una maggiore specificazione<sup>61</sup> sulle modalità di trattamento dei

---

<sup>58</sup> «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti». Il testo originario può essere letto in <http://eur-lex.europa.eu>

<sup>59</sup> «(9) Sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE», in <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>60</sup> Così come enunciato nel considerando 10) del Regolamento (Ue) 2016/679, in <http://eur-lex.europa.eu>. «Al fine di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, il livello di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri. È opportuno assicurare un'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione».

<sup>61</sup> Considerando 10) del Regolamento (Ue) 2016/679, in <http://eur-lex.europa.eu>. «Il presente regolamento prevede anche un margine di manovra degli Stati membri per precisarne le norme,

dati sensibili da parte delle legislazioni nazionali, pur garantendo il livello di tutela previsto dal regolamento in commento.

Il consenso continua a essere il presupposto necessario per il trattamento dei dati personali, ed è condizione imprescindibile, a maggior ragione quando si tratta di dati sensibili. L'art. 9 del Regolamento (Ue) 2016/679 al paragrafo 1 vieta, infatti, il trattamento dei dati sensibili, a meno che non vi sia stato il consenso del soggetto interessato.

Lo stesso articolo precisa, poi, tutte le ipotesi in cui è possibile il trattamento dei dati sensibili in deroga<sup>62</sup> al paragrafo 1, avvicinandosi al modo di legiferare del

---

anche con riguardo al trattamento di categorie particolari di dati personali («dati sensibili»). In tal senso, il presente regolamento non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisca le condizioni per specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore precisione le condizioni alle quali il trattamento di dati personali è lecito»

<sup>62</sup>Come si legge nell'art. 9, paragrafo 2 del Regolamento (Ue) 2016/679, in <http://eur-lex.europa.eu>, «Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi:

- a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1;
- b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;
- c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso;
- d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato;
- e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato;
- f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali;
- g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;
- h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3;
- i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi

legislatore tedesco nel BDSG, come prima analizzato, anche se non distingue gli obblighi a seconda della natura del soggetto responsabile del trattamento dei dati in oggetto, come fa il D.lgs. 196/2003, ma anche lo stesso BDSG.

Inoltre, il regolamento riunisce in un'unica voce: il trattamento, la comunicazione e la diffusione dei dati personali, utilizzando invece in questo caso una tecnica di normazione sintetica simile a quella italiana. Allo stesso tempo, però, il nuovo regolamento europeo si distanzia dalla legge italiana e da quella tedesca, poiché tratta insieme trattamento e comunicazione dei dati personali, cosa che non avviene nelle due normative nazionali analizzate e messe a confronto.

Se, dunque, gli organi giudiziari italiani dovessero trovarsi a decidere il caso, oggetto del rinvio al Presidente della I sez. civ. della Corte di Cassazione (per un'eventuale rimessione alle Sezioni Unite), con la vigenza del Regolamento (Ue) 2016/679 la soluzione sarebbe più vicina a quella prima individuata nell'ipotetica applicazione della normativa tedesca. Questo in quanto, sia la Regione Campania sia la Unicredit s.p.a si sono rese inadempienti rispetto all'obbligo della richiesta di consenso al trattamento dei dati personali sensibili, per cui risulterebbero entrambe responsabili per tale violazione e obbligate a risarcire il danno. Né tale caso rientrerebbe tra le deroghe del divieto di trattamento dei dati sensibili ex art. 9, par. 2 Regolamento (Ue) 2016/679.

Lo scopo dell'applicazione del regolamento europeo è quello di giungere all'uniformità delle tutele e delle decisioni dei diversi organi giudiziari nazionali, procedimento già avviato negli anni '50 del novecento con le varie normative sovranazionali, per poter così giungere alla cosiddetta *full harmonisation*, termine con il quale si indica la piena armonizzazione della legislazione dei vari Stati membri dell'Unione europea. La tecnica di normazione utilizzata a tal fine è appunto il regolamento<sup>63</sup>, la cui efficacia diretta lascia ristretti spazi di manovra agli Stati membri, che possono al più specificare le modalità di tutela,

---

medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale; j)il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

<sup>63</sup> Secondo Dr. PETER SCHANTZ, *Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht Aufsatz*, in *NJW* 2016, 1841, di cui si riporta la traduzione letterale «Lo scopo del cambiamento dallo strumento della direttiva al regolamento è stato quello di ridurre ulteriormente le differenze di protezione dei dati tra gli Stati membri[...]».

ma non certo aggirare gli standard garantiti dalla normativa europea. La *full harmonisation* non si limita a coordinare e omologare le legislazioni, ma anche le tutele effettivamente possibili, ed è per questo che il regolamento in esame prevede all'art. 68 l'istituzione di un Comitato europeo di protezione dei dati personali, quale garante della sua coerente applicazione *ex art. 70*.

Si può sostenere, allora, che la *full harmonisation* permette una maggiore concretizzazione del progetto di un diritto privato eurounitario, soprattutto in un ambito come quello dei diritti fondamentali in generale, e dei diritti della personalità in particolare, dove le definizioni rischiano di avere contorni sbiaditi.