

IPSOA

Danno e responsabilità

Bimestrale di responsabilità civile e assicurazioni

ISSN 1125-8918 - ANNO XXIII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

3/2018

 edicolaprofessionale.com/dannresp

GDPR e diritto alla cancellazione

**Responsabilità del precettore
per fatto illecito del maggiorenne**

Itinerari della giurisprudenza
Danno da fermo tecnico

DIREZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Carbone
Massimo Franzoni
Pier Giuseppe Monateri
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

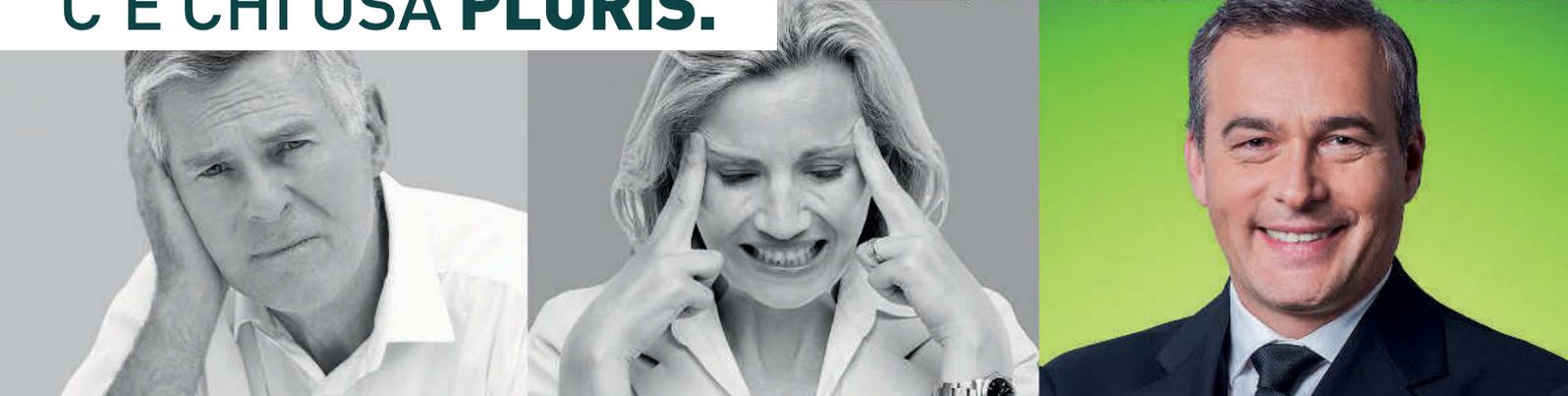




GLI AVVOCATI NON SONO TUTTI UGUALI,



C'È CHI USA PLURIS.



CHI USA PLURIS SI DISTINGUE PERCHÉ OFFRE AI PROPRI CLIENTI LE RISPOSTE MIGLIORI, LAVORANDO CON SICUREZZA E VELOCITÀ.

Pluris è il sistema di informazione e aggiornamento giuridico online più innovativo e completo.

Quotidianamente al tuo fianco per:

- ✓ **risolvere** ogni problematica grazie all'interpretazione d'autore degli unici **Codici Commentati** costantemente aggiornati e all'ampio catalogo di **Riviste** e **Libri** realizzati con il contributo dei maggiori esperti per ogni materia;
- ✓ **orientarsi** nella più ampia raccolta di legislazione, giurisprudenza e prassi grazie all'efficace e semplice sistema di ricerca;
- ✓ **aggiornarsi** ogni giorno con news, commenti e approfondimenti sui temi di maggiore attualità del **Quotidiano Giuridico**;
- ✓ **gestire** ogni caso tramite formule, schemi dinamici e modelli che ti guidano in tutte le fasi dell'attività.



Consultabile su PC e Tablet

FAI LA SCELTA GIUSTA, SCEGLI PLURIS.

RICHIEDI LA TUA PROVA GRATUITA SU WWW.PROVAPLURIS.IT

Con i contenuti d'autore di



OPINIONI

Privacy	GDPR E DIRITTO ALLA CANCELLAZIONE (OBLIO) di <i>Simone Bonavita e Roberto Pardolesi</i>	269
Farmaci	LE AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO IN CASO DI VIOLAZIONI DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NEL MERCATO DEI FARMACI di <i>Giorgio Afferni</i>	283
Immissioni intollerabili	LA DISCIPLINA DELLE IMMISSIONI TRA INDENNIZZO E RISARCIMENTO Antonio De Mauro	291

GIURISPRUDENZA

Servizi aeroportuali	LE SS.UU. CONFERMANO CHE L' <i>HANDLER</i> È UN AUSILIARIO DEL VETTORE <i>Cassazione Civile, Sez. Un., 20 settembre 2017, n. 21850</i> Nota di <i>Francesca Bertelli</i>	303 310
Precettori e maestri d'arte	RESPONSABILITÀ DEL PRECETTORE PER FATTO ILLECITO DEL MAGGIORENNE E "PRESUNZIONE DI CASO FORTUITO" <i>Cassazione Civile, Sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2334, ord.</i> Nota di <i>Daniela Muscillo</i>	317 321
Cose in custodia	ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO E DANNO CAGIONATO DA COSE IN CUSTODIA <i>Cassazione Civile, Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 25856</i> Nota di <i>Enrico Baffi e Dario Nardi</i>	327 328
Perdita di chance	IL DANNO DA PERDITA DI <i>CHANCE</i> PER UNA MANCATA PROMOZIONE E LE NON TRASCURABILI PROBABILITÀ DI SUCCESSO <i>Cassazione Civile, Sez. Lav., 25 agosto 2017, n. 20408</i> Nota di <i>Mattia Messina</i>	335 336
Responsabilità medica	IL RISCHIO DELLA "CAUSA IGNOTA" NELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE IN MATERIA SANITARIA <i>Cassazione Civile, Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392</i> Nota di <i>Giovanni D'Amico</i>	345 349
Vendita	IL CONCORSO DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRA CONTRATTUALE DEL VENDITORE: UN ETERNO RITORNO <i>Cassazione Civile, Sez. III, 6 luglio 2017, n. 16654</i> Nota di <i>Paola Merli</i>	359 363
Ritardo ferroviario	DANNO DA RITARDO FERROVIARIO: OLTRE L'INDENNIZZO PER LA TUTELA DEGLI "INTERESSI DI CLASSE" <i>Corte d'Appello Milano, Sez. II civ., 25 agosto 2017</i> Nota di <i>Silvia Monti</i>	373 379

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

Fermo tecnico	IL DANNO DA FERMO TECNICO DOPO LA SENTENZA DI "SAN CALLISTO" a cura di <i>Stefano Argine</i>	385
----------------------	---	------------

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	392
---	------------

Danno e responsabilità

Sommario

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Mario Barcellona, Giovanni Comandè, Marco De Cristofaro, Maria Vita de Giorgi, Antonio Iannarelli, Giorgio Lener, Francesco Macario, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Marisaria Maugeri, Daniela Memmo, Andrea Nicolussi, Fabio Padovini, Massimo Paradiso, Giovanni Pascuzzi, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Alessandro Somma, Onofrio Troiano, Andrea Violante.

Danno e responsabilità

Bimestrale di responsabilità civile e assicurazioni

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano (MI)

INDIRIZZO INTERNET

<http://www.edicolaprofessionale.com/dannresp>

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Stefania Banfi

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano (MI), Italia

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 526
del 23 ottobre 1995

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

telefono 0282476.015
e-mail: redazione.dannoeresponsabilita.ipsa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Servizio Clienti
telefono 02824761 - telefax 0282476.799
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a: Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 20142 Milano (MI), entro 60 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali.
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/dannresp
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/dannresp

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 219,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 215,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 438,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 215,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 20142 Milano (MI) o via fax al n. 0282476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 0282476794.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 20142 Milano (MI)

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 45,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento
Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

Privacy

GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)

di Simone Bonavita e Roberto Pardolesi

In rampa di lancio da due anni, il Regolamento eurounitario sulla protezione dei dati è divenuto operativo. La scelta legislativa, nel segno dell'uniformazione (resa necessaria dagli scostamenti registrati a livello di traduzioni domestiche della previgente Direttiva 95/46 e dalla innovazione tecnologica degli ultimi decenni), comporta significative novità, che peraltro non rinnegano l'impianto originario (di conseguenza, neppure sciolgono i nodi critici emersi per l'addietro), ma mirano a renderne più coesa, anche a rischio di ipertrofia, la trama complessiva, spostando il centro dell'attenzione dal dato al trattamento. Fra quelle novità, figura e spicca la disciplina del diritto alla cancellazione, estesa rispetto al suo calco originario e risolta nella "prima volta" normativa del diritto all'oblio, in quella che potrebbe rivelarsi come sua ennesima forma "autonoma" di emersione.

Una confessione preliminare

Le pagine che seguono tratteranno del diritto all'oblio, che, come si vedrà, *sub specie* di diritto alla cancellazione, rischia davvero di diventare uno e trino. La moltiplicazione in oggetto si deve all'art. 17 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (d'ora in avanti, anche con l'acronimo inglese GDPR (1)). Siamo dunque alla presa con una ricaduta di una novità normativa di grande rilievo; e ciò ha messo chi scrive in serio imbarazzo. Avremmo potuto dare per scontata la conoscenza dell'ordito normativo eurounitario ed entrare senza remore *in medias res*; ma, a non voler lasciare indietro l'unico lettore sprovveduto, avremmo dovuto avventurarci in una qualche ricognizione del nuovo quadro disciplinare, col pericolo, però, di aggiungere la nostra voce alla marea montante di commentari, guide pratiche, prontuari, vademecum etc. Per di più, lo confessiamo, l'idea di noiosissime pagine descrittive ci atterrisce. Abbiamo alla fine deciso, non senza contrasti, di adottare una traiettoria affatto eterodossa, che raccogliesse indicazioni, rilievi critici e spunti in modo (quasi) disorganico (una sorta di

strategia del *patchwork*), proponendoli a mo' d'impropria introduzione: con la speranza che se ne possa derivare una qualche chiave di lettura della nuova epifania del diritto all'oblio. Il lettore, sprovveduto o no, è avvertito...

Una storia di successo

In tempi di paranoia collettiva da Cambridge Analytica e dintorni, il decollo operativo - dopo due anni d'incubazione - del GDPR è stato salutato con l'evidente soddisfazione avvertita da chi, posto di fronte a minacce oscure ma sempre più tangibili, scopre di poter confidare su un adeguato bagaglio di contromisure. E, sulla scorta di questa impressione rassicurante, è dato convenire che si è alle prese con una storia di successo. Perché, nell'ambito del più spettacolare fenomeno di convergenza legislativa transnazionale di tutti i tempi - si allude, naturalmente, alla disciplina sulla *privacy* informativa, che, a partire dagli anni Settanta, e quindi in neppure mezzo secolo, ha contato l'emanazione di 124 normative domestiche (2), battendo, se non altro per la maggiore concentrazione

(1) Reg. (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Dir. 95/46.

(2) I dati riportati nel testo derivano dalle inesauste ricerche di Graham Greenleaf, di cui v., da ultimo, *Global data privacy laws 2017: 120 national data privacy laws now include Indonesia and Turkey*, (2017) 145 *Privacy Laws & Business International Report*

10-13, e *Global data privacy laws: DPAs 2017- Global networks grow in significance*, (2017) 146 *Privacy Laws & Business International Report* 14-17. Per un migliore comprensione dei parametri che ispirano queste raccolte di dati può essere utile risalire al lavoro di maggior respiro prodotto sul tema dallo stesso a.: *Sheherezade and the 101 data privacy laws. Origins, significance and global trajectories*, www.ssrn.com (2014). Per inciso, la cifra riportata nel testo derivata dalla più recente testimonianza (8 aprile

temporale, l'altro *blockbuster* legislativo per eccellenza, rappresentato dalla disciplina antitrust -, il modello europeo di seconda generazione (3), inaugurato dalla direttiva 95/46 e ora proseguito/affinato dal GDPR, fa la parte del leone. Se, infatti, a colpi di "leximetrics" (4), si individuano le caratteristiche più significative dell'originario impianto della direttiva nelle voci seguenti:

- a) ricorso alle corti per l'enforcement dei diritti relativi alla *privacy* dei dati;
 - b) distruzione o anonimizzazione dei dati, decorso un certo periodo;
 - c) restrizioni alla possibilità di esportare i dati;
 - d) autorità indipendente preposta all'applicazione della disciplina;
 - e) riduzione al minimo della raccolta necessaria al conseguimento dello scopo;
 - f) obbligo generale di trattamento "equo e legittimo";
 - g) protezione addizionale per categorie di dati particolari (5);
 - h) possibilità di opporsi, sulla base di motivi legittimi, al trattamento dei dati;
 - i) restrizioni aggiuntive concernenti talune modalità di trattamento di dati particolari;
 - j) limiti al trattamento automatizzato;
- se, dicevamo, sono queste le caratteristiche distintive del modello originario, riprodotte e implementate dal GDPR (senza negare, come si vedrà, ch'esso abbia cambiato l'ottica, dal dato al trattamento, e introdotto anche talune rilevanti innovazioni, le quali, però, non solo non smentiscono l'impronta primigenia, ma puntano piuttosto a renderla più coesa e incisiva, oltre, nemmeno a dirlo, a perseguire un evidente disegno di uniformazione della disciplina europea, per l'addietro soggetta a rilevanti scostamenti in forza delle diverse modalità applicative adottate dagli Stati membri), si scopre che gli standard europei di seconda generazione sono stati massicciamente assorbiti (con la sola eccezione di quelli *sub i* e *j*), per i quali si registra una recezione assai più

tiepida) dalle 66 discipline nazionali emanate al di fuori dell'ambito continentale.

Quanto dire, insomma - e con tutte le cautele da osservare quando si mette mano a esercizi "numerici" di questo tipo (6) -, che il modello europeo è decisamente prevalente, a dispetto delle resistenze ch'esso suscita in alcuni quadranti (segnatamente, negli U.S.A.).

Il nuovo corso e l'adeguamento domestico

Al momento in cui scriviamo queste note, non è ancora chiaro il quadro domestico in cui si andrà a inserire il GDPR. Nemmeno a dirlo, il regolamento è legge dello Stato a tutti gli effetti, per di più con la forza sovraordinata che gli deriva dall'essere disciplina uniforme della UE. Proprio per questo (ma anche, e contraddittoriamente, per la sua natura singolare di *maxidirettiva in disguise*, che lascia largo margine alle integrazioni del legislatore domestico: nel che è dato cogliere una smentita in punto fatto dell'obiettivo principale perseguito, di cui si dirà tra un momento), occorre por mano alle modifiche e alle integrazioni che lo raccordassero con - se così si può ancora dire - il sistema. E, in effetti, il legislatore se n'è dato carico, sia pure tardivamente, con l'art. 13, L. 25 ottobre 2017, n. 163 (Legge europea 2017), mercé il quale si delegava il Governo all'emanazione di uno o più decreti legislativi di adeguamento del quadro normativo nazionale alle disposizioni del GDPR.

Si era così pensato a un intervento che, in forma organica, andasse a complementare la disciplina europea, sia per quanto riguarda gli aspetti istituzionali interni, con particolare riguardo all'organo preposto all'applicazione della normativa sulla protezione dei dati, sia con l'obiettivo di conservare assetti autoctoni o comunque maturati nell'esperienza interna pregressa, sia infine per valorizzare aspetti collaterali, non coperti dal GDPR eppure avvertiti come meritevoli di specificazione (si pensi, per un esempio significativo, alle indicazioni

2018) di Greenleaf nell'ambito delle consultazioni in merito alla Convenzione 108 del Consiglio d'Europa e alla possibilità dell'adozione di una sua versione "modernizzata" da parte dell'ONU come "trattato globale".

(3) Assumendo che "[t]he term 'European standards' means standards required of European countries by the EU data protection Directive (1995) and by Council of Europe (CoE) data protection Convention 108 (1981) as modified by its Additional Protocol (2001), but which are *not* standards required by the '1st generation' standards of the OECD Guidelines (1980) and original CoE Convention 108 (1981)", si può convenire su una definizione recessiva di standard di seconda generazione come "the difference between what was required by the EU Directive as

compared with the OECD": così, riassuntivamente, G. Greenleaf, 'European' data privacy standards implemented in laws outside Europe, *www.ssrn.com* (2017).

(4) Si tratta della più fantasmagorica etichetta applicata al novero di ricerche che si riconducono alla formula riassuntiva di "numerical comparative law": cfr., in prima approssimazione, M. Siems, *Comparative Law*, II ed., Cambridge, 2018, 180 ss.

(5) Il concetto di "dati particolari", pur essendo proprio del GDPR, era già stato formulato da J. Monducci, *Diritti della persona e trattamento dei dati particolari*. Milano, 2003.

(6) Evitando di aprire il vaso di Pandora, ci si limiterà a rinviare alla pacata riflessione di H. Spamann, *Empirical Comparative Law*, 11 *Annual Rev. Law & Social Science* 131 (2015).

dettate con riguardo ai diritti delle persone decedute): il tutto nel presupposto che l'obiettivo di razionalizzazione del quadro d'insieme (e diciamo con franchezza, di semplificazione della disciplina, che - già superfetante per certi aspetti - si sarebbe altrimenti esposta a un evidente rischio di ipertrofia al quadrato) avrebbe comportato l'abrogazione del D. Lgs. n. 196/2003, *a.k.a.* Codice della privacy. Ma, alla fine, è prevalsa un'idea diversa.

Si è optato - nel segno, si direbbe, del 'non si butta nulla' e, più ancora, dell'orgogliosa rivendicazione di un pregresso primato - per la conservazione, previ massivi interventi di chirurgia demolitoria/ricostruttiva, del suddetto codice, che, a quanto pare, andrà ad annoverare, in esordio, una raffica innovativa, spinta sino all'introduzione di un art. 2 *sexiesdecies*. Salvi ripensamenti dell'ultim'ora (destinata, a colpi di "legge Moavero", a 'esplodere' ed estendere di un trimestre la *deadline* dell'intervento legislativo), si avrà, dunque, la convivenza tripolare di un lungo GDPR e di un'ancora più cospicua normativa domestica, composta dal codice (sventrato e suturato, ma preservato come memoria iconica) e dal complesso decreto di adeguamento.

Complicazioni, battimenti in frequenza? Possibili, anche se gli evidenti, volenterosi sforzi di coordinamento dovrebbero averli scongiurati. Ridondanze, sovrapposizioni? Probabili, posto che il diavolo si annida nei dettagli. Iperetofia, pletoricità? Si toccano con mano. Staremo a vedere. Ma, a occhio e croce, sembra essercene per tutti i gusti.

Le novità che contano, nel segno della continuità

Si è già accennato all'obiettivo principale perseguito dal GDPR: quello di ovviare alla "frammentazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione" e ai guasti derivanti dalla "compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali", con tanto di ricaduta, a mo' di ostacolo, sulla "libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione" e conseguente "freno all'esercizio delle attività economiche" (7). Di qui, in vista della necessità di "assicurare un livello coerente di protezione delle persone fisiche in tutta l'Unione e prevenire disparità di trattamento che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali nel mercato interno" (8), la scelta dello strumento

regolamentare, atto a garantire certezza e trasparenza, ma pur sempre compatibile con predefiniti margini di manovra per gli Stati membri.

Dati questi presupposti, non sorprende che i principi enucleati nel 1995 trovino sostanziale conferma nell'odierna disciplina. Solo che vent'anni e più non sono passati invano, anche perché in quel lasso di tempo, e con la complicità della rete (che, all'epoca del varo della direttiva, era ai suoi esordi), la rivoluzione digitale si è evoluta sino a profilare i contorni di una società sostanzialmente "data-driven". Ovvio, allora, che - fermo l'impianto teorico generale - s'imponessero alcune novità di rilievo. Che concernono:

- l'accresciuta applicabilità territoriale. La disciplina vincola chiunque, operatore europeo (che tratti dati "nel contesto delle sue attività") o non, a prescindere dalla sua collocazione territoriale, tratti dati relativi a cittadini dell'Unione.
- i profili sanzionatori, con la fissazione di un tetto del 4% del fatturato globale annuale o di euro 20 milioni.
- la rete di cautele stese in ordine al consenso (comunque revocabile in ogni momento), di modo che non vi sia più possibilità, per le imprese, di ricorrere a condizioni contrattuali alluvionali e incomprensibili.
- il rafforzamento del diritto di accesso, con la possibilità, per l'interessato, di ottenere la conferma del trattamento dei dati e sulle sue finalità, nonché una copia di detti dati in formato elettronico, senza oneri per il richiedente.
- la portabilità dei dati: in sostanza, il diritto di trasmettere i propri dati (dopo averli ricevuti in un formato di uso comune e "machine readable") a un altro titolare.
- la "privacy by design", concezione non certo innovativa ma che ora soltanto trova consacrazione in un testo normativo. L'idea sottostante è che la protezione dei dati operi dall'inizio come criterio di organizzazione del sistema, e quindi a livello di sua progettazione, piuttosto che come correttivo inserito *ex post*.
- la minimizzazione dei dati (che, peraltro, era già prevista, dall'art. 3 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).
- la previsione - nell'ambito di un complesso di misure intese a promuovere la "accountability" delle organizzazioni coinvolte - di un nuovo ruolo, quello del responsabile del trattamento dei dati (per le imprese la cui attività principale consista in trattamenti che richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala), e - per converso -

(7) Reg. 2016/679, "considerando" n. 9.

(8) Reg. 2016/679, "considerando" n. 11.

l'alleggerimento degli oneri di notificazione/registrazione presso l'autorità domestica di protezione dei dati.

- la notifica, obbligatoria e tempestiva, all'autorità di controllo di una violazione dei dati personali e l'obbligo di comunicazione all'interessato, ove sussistano rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone fisiche.
- il diritto alla cancellazione dei dati, di cui andremo ad occuparci fra un momento.

La lista non pretende di essere esaustiva, ma basta, di per sé, a dimostrare come il nuovo strumento normativo abbia l'ambizione di (ri)mettere in sintonia con i tempi un intreccio disciplinare che, nella sua originaria concisione, aveva propiziato derive (ma anche elaborazioni) non sempre coerenti, mettendo questa volta al centro non tanto il dato personale, quanto il trattamento effettuato. Mentre, cioè, gli sciamani di turno proclamano la "morte della privacy", il GDPR s'ingegna di preservarne le vestigia, così spesso pretermesse o, addirittura, smentite dai comportamenti di chi dovrebbe trarne giovamento.

Critiche dure a morire

Naturalmente, non è tutto oro quel che luccica. Il vistoso successo arreso al modello europeo non toglie ch'esso sia esposto a critiche, che si svolgevano già alla sua prima versione e appaiono ancora più penetranti con riguardo alla sua nuova epifania. Appare il caso, in questa sede, di analizzarne alcune.

Inadeguata enfaticizzazione del ruolo del titolare

Un filone importante, nella prospettiva del pollice verso - e, come si vedrà, di particolare rilievo rispetto alle modalità di protezione del diritto all'oblio -, è costituito dall'eccesso di fiducia (declinata sovente in chiave di "volonté de renforcer les obligations qui pèsent sur les responsables de traitement" (9)) nelle azioni del titolare. Si è così osservato che la disciplina si rivela troppo complessa; che, se in precedenza la complessità derivava dall'assommarsi di clausole indeterminate, le quali mettevano a dura prova la capacità di decifrazione/applicazione degli operatori, la nuova pecca per l'eccesso opposto, avendo sostituito al

bagaglio di 34 articoli della direttiva 95/46 le quasi 100 previsioni del regolamento: con l'aggravante di articolare una triplicazione dimensionale, che, però, non ovvia al carattere indeterminato di buona parte delle clausole disciplinari che contano (10).

Beninteso, la critica è, per certi versi, ingenerosa. Perché la direttiva tracciava una linea, che competeva poi agli Stati membri consolidare in un apparato complessivo idoneo all'uso, col risultato che il quadro disciplinare reale appariva assai più cespuglioso: basti al riguardo ricordare che il nostro Codice della privacy conta(va), al netto degli strumenti che lo completa(va) no su base settoriale, poco meno di duecento disposizioni. Il che, peraltro, conferma l'impressione di una disciplina rivolta agli specialisti, che richiede dai destinatari, che specialisti non sono, "più di quanto sia umanamente possibile" (11). D'altro canto, l'infittirsi di obbligazioni preventive, quali quelle relative alla valutazione d'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati e la già ricordata "protezione per impostazione predefinita", esprime un ovvio *wishful thinking*, quello secondo cui prevenire è meglio che curare, ma chiede troppo a titolari chiamati, fra l'altro e contro il loro presumibile interesse, a stabilire se il trattamento preventivato inneschi seri rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche. A questo problema si aggiunge l'intensificarsi della "ex post regulation", che proprio nel segno dell'invocata "accountability", minaccia di accentuare, a colpi di codici di condotta e di relativo monitoraggio ad opera di organismi competenti e accreditati, la mole di attività a rilievo burocratico (12). Insomma, un tripudio procedurale, dove finisce per imporsi, a mo' di obiettivo realistico, non già la salvaguardia degli interessi protetti, ma un qualche ossequio formale (nel segno di un qualche "io speriamo che me la cavo") al reticolo di prescrizioni pletoriche.

Distacco dalla realtà

Un altro filone critico denuncia la disconnessione in atto tra diritto realtà, disconnessione che il GDPR contribuisce ad esasperare. Si mira, infatti, all'obiettivo della minimizzazione dei dati, mentre siamo semplicemente travolti dallo tsunami inarrestabile dei *Big Data* (13); e, in risposta all'accentuarsi del distacco

(9) V., ad es., L. Godefroy, *Le code algorithmique au service de droit*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 734, 736.

(10) Cfr., indicativamente, B.J. Koops, *The Trouble with European Data Protection Law*, *www.ssrn.com* (2014), che, saccheggiando il titolo di un celebre film di Hitchcock, "The Trouble with Harry", dove "il problema di Harry è che egli è morto", opina che analoga difficoltà si ponga, a livello di lettera morta, per la disciplina in tema di protezione dei dati personali.

(11) Giudizio corrente, riportato da Koops, cit., che lo raccoglie da altri. Insomma, opinione diffusa.

(12) "The fallacy of creating more rules to ensure controller compliance will not lead to data protection law being a dead letter, as the letters are (at best) obediently followed, but will result in the law being a zombie: it seems to live, but lacks a vital spirit": così ancora Koops, cit.

(13) Di fronte al catastrofismo che domina la materia, e senza pretesa di mettere ordine in un dibattito che, c'è da credere, terrà banco per molto tempo, si può forse suggerire qualche cautela contro gli eccessi che rischiano di inquinare il quadro. L'immagine dal dato come "currency" nel mondo (falsamente) gratuito della

fra disciplina della protezione dei dati e pratica del loro trattamento massivo, si reagisce moltiplicando norme, obblighi e ambiti di applicazione, com'è dato desumere dall'espansione impressa alla definizione di dato personale, che oggi copre qualsivoglia informazione riguardante una persona cui sia dato risalire anche mediante un identificativo *online* (14), ad es. i *cookies*, che non vengono (o non dovrebbero essere) usati per risalire alle persone, ma si prestano ad essere utilizzati a quello scopo. D'altra parte, il GDPR pare non voler disciplinare il dettaglio delle tecnologie di trattamento, specialmente in ambiente digitale, limitandosi al massimo a riconoscerne l'esistenza (15).

Per questa via, emerge l'inclinazione a riguardare qualsivoglia forma di trattamento delle informazioni digitali in chiave di dati personali, sino a stravolgere il concetto: ne è pratica dimostrazione la disciplina in materia di portabilità dei dati, che potrebbe rilevare a livello di pratiche commerciali sleali e fors'anche di diritto della concorrenza, oltre che di diritto alla sicurezza informatica, e viene invece qui proposto nella prospettiva onnivora, ma in fin dei conti svilente proprio in ragione di questa dilatazione sconsigliata, della *data protection* (16).

Inanità del consenso

Ma le obiezioni davvero devastanti si appuntano sull'eccesso di enfasi riposta sulla 'autodeterminazione informazionale'. Come già nella direttiva, anche il GDPR assume il consenso dell'interessato a mo' di principio fondativo, ancorché soggetto ad

una serie di cospicue limitazioni. Il paradigma (che oltre Atlantico viene declinato in termini di "notice and choice") domina il campo, non solo in Europa, richiedendo al titolare del trattamento di rivelare al soggetto interessato quale tipo d'informazione personale si proponga di raccogliere e come intenda utilizzarla ("notice"), offrendogli per conseguenza l'opportunità di prevenire il trattamento col semplice diniego del proprio consenso o, in alternativa (magari poco appetibile), con la rinuncia ad attivare il connesso rapporto ("choice"). Si tratta, dunque di un principio procedurale (anche se, all'evidenza, aspira a garantire il risultato sostanziale della consapevole accettazione, o non, dell'elaborazione dei dati). Non a caso, come dianzi ricordato, il GDPR si preoccupa di garantire che il consenso sia prestato in modo inequivocabile, spiegando che deve trattarsi di un atto positivo, ossia mediante dichiarazione scritta o mercé la selezione di un'apposita casella in un sito web, fino a ricomprendere qualsiasi altro comportamento concludente che indichi chiaramente, nel contesto in cui si attua, la volontà dell'interessato di accettare: ciò che vale ad escludere, quale valida manifestazione di consenso, il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle ("pre-ticked boxes") (17). In particolare, l'art. 7 (1) richiede che, laddove il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento dev'essere in grado di dimostrare di averlo legittimamente ottenuto, mentre il paragrafo successivo intima che, ove il consenso sia prestato nel contesto di una dichiarazione scritta riguardante

rete è suggestiva quanto diffusa, ma si limita alla sollecitazione emotiva e vale, dunque, quanto l'alternativa di riguardarlo alla stregua di 'nuovo petrolio', merce d'eccellenza nell'economia digitale. Va da sé che i dati, normalmente disponibili (a saperli raccogliere), utilizzabili a più riprese su base non esclusiva, di titolarità problematica e valore relativo perché legato all'utilità di chi li impiega, privi di autentica capacità di fungere da *medium* nello scambio, non possono costituire moneta in senso tecnico (e mal si attagliano anche a fungere da corrispettivo per una qualche prestazione). E la stessa etichetta di *Big Data* offusca a malapena la diffusa consapevolezza che i dati grezzi sono profondamente anarchici, perché diversamente orientati e (dis)organizzati, al punto da riuscire fruibili per taluno quanto indifferenti per altri, e diventano davvero significativi quando sapientemente aggregati da fonti diverse e soggetti ad avveduta elaborazione analitica. A tutto concedere, l'acquisizione a man salva di enormi quantità d'informazione frammentaria e granulare non ha nulla di magico, non promette di per sé potere e ricchezza, porta al solo rumore bianco, che si supera -se vi si riesce- introducendo tecniche capaci di dare senso qualitativo all'accumulo indiscriminato di bit, cifre e riferimenti". Per approfondimenti sul punto, nell'ambito di una ricerca che rappresenta doviziosamente lo stato dell'arte, v. il rapporto di ItmediaConsulting, col contributo dell'Università Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Roma, 2018, 135 ss. e *passim*.

(14) Ma c'è chi ravvisa in questa scelta legislativa (cfr. "considerando" n. 26) un fattore fatale di debolezza: "c'est le point

d'entrée de la législation (...) qui est susceptible de poser problème: quelle pertinence il y a à faire de la donnée personnelle la condition de la protection alors que le traitement *Big Data* permettra (...) de transformer *a posteriori* des données brutes ou neutres en données identifiantes?" (così A. Bensamoun - G. Loiseau, *L'intégration de l'intelligence artificielle dans certain droits spécifiques*, in *Dalloz IP/IT*, 2017, 295.2017, 295).

(15) Cfr. il "considerando" n. 30, il quale recita: "Le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, a marcatori temporanei (*cookies*) o a identificativi di altro tipo, come i tag di identificazione a radiofrequenza".

(16) A tutto concedere, ci si può consolare rilevando - come fa A. Ricci, *I diritti dell'interessato*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati*, Bologna, 2017, 179, 219 ss.- che il neonato diritto alla portabilità conferma e consolida l'effetto che si consegue anche con l'esercizio del diritto di accesso; e ch'esso impone al titolare l'obbligo di fornire i dati non già nel formato da lui scelto, ma in un formato strutturato, di uso comune e facilmente leggibile; nel che, l'Art. 29 Working Party ha intravisto, non senza ottimismo della volontà, una modalità intesa a riequilibrare il rapporto tra titolare del trattamento. Senonché, il senso di ridondanza, come pure di estraneità/appartenenza ad altri plessi disciplinari, resta; e pesa.

(17) "Considerando" n. 32.

anche altre materie, la relativa richiesta deve essere presentata in modo chiaramente distinguibile dagli altri profili, comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro: pena l'inefficacia del vincolo (18). Il 'considerando' n. 42 si preoccupa, poi, di evocare la direttiva 93/13 in tema di clausole abusive nei contratti dei consumatori, segnalando l'opportunità della predisposizione di una dichiarazione di consenso ad opera del titolare che abbia le caratteristiche su indicate e, naturalmente, eviti clausole vessatorie: con la pretesa, paradossale ma non troppo, di curare il male inevitabile, la predisposizione unilaterale, attraverso l'oculato governo delle sue modalità attuative.

Per il vero, proprio il richiamo alla direttiva sui contratti di massa avrebbe dovuto attivare un qualche maggiore scetticismo (19). Perché la riflessione su questo versante parte dalla constatazione che, di norma, il consumatore non sa e, probabilmente, è bene che non sappia: ciò che vale a svuotare di significato il consenso formale. Per questa via, si è giunti a togliere dal giro, in materia di *standard forms*, una delle due strategie usualmente adottate per combattere i guasti della predisposizione unilaterale: quella, cioè, basata sul recupero della parità contrattuale attraverso la rimozione dell'asimmetria informativa (20). Alla fine, occorre rassegnarsi all'idea che il consumatore non abbia tempo, voglia e consapevolezza per cimentarsi nel noioso e disperante scrutinio delle condizioni generali in cui s'imbatte

con sin troppa frequenza, mentre è sensibile, eccome!, ai termini essenziali dell'affare, segnatamente al prezzo del prodotto o servizio che intende procurarsi.

Così stando le cose, puntare tutto sul recupero di un processo negoziale debitamente informato e, perciò, razionalmente capace di massimizzare il profitto congiunto, secondo i dettami della dottrina contrattuale classica, appare - a tutto concedere - velleitario. E non si vede davvero perché quest'analisi, condotta a ridosso di un'asimmetria informativa che il mercato non è in grado di correggere, non dovrebbe valere anche per il consenso al trattamento dei dati. Del fatto che, in questa materia, prevalga la predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali ad opera del professionista, nel nostro caso titolare del trattamento, non si ha davvero ragione di dubitare. Se, in particolare, si considera lo scenario della rete, si risconterà agevolmente - e in questa ricognizione ci guida la recentissima proposta di regolamento per la promozione dell'equità e della trasparenza per gli utilizzatori di servizi di intermediazione *on line* (21) - che il "digital trade" è caratterizzato da una sostanziale asimmetria di potere contrattuale tra un ristretto numero di piattaforme leader, ancorché non necessariamente dominanti ai sensi della normativa antitrust, e la massa sterminata ed enormemente frammentata di piccoli commercianti che si valgono dei servizi

(18) Per questa via, però, si finisce con l'ignorare la *trade-off* tra consenso pratico e consenso significativo: "the simpler you make the consent procedure, the less will users understand what they actually consent to; and the more meaningful you make the consent procedure (providing sufficient information about what will happen with the data), the less convenient the consent will become" (così Koops, cit.).

(19) Per un consistente 'atto di accusa' nei confronti della 'mitologia' del consenso applicato ai problemi della *privacy* ("The problems with notice-and-choice are not fixable because they are inherent to its fundamental structure"), v. J. A. Rothchild, *Against Notice and Choice: The Market Failure of the Proceduralist Paradigm to Protect Privacy online (or Anywhere Else)*, www.ssrn.com, 2018, che così riassume i punti deboli di qualsivoglia tentativo nella direzione indicata: "First, the notice-and-choice paradigm assumes that data subjects behave rationally, and yet requires them to devote an irrational amount of effort to reading and evaluating privacy policies in order to determine whether to engage with a particular entity or product. Second, the "notice" element of notice-and-choice, as presently implemented, is plainly inadequate under accepted standards that apply in the related contexts of contracting and consumer protection, and any effort to bring about adequate presentation of privacy notices is doomed to failure due to the limits of human cognition. Third, the uniformity of privacy policies means that the "choice" element of notice-and-choice is illusory. Fourth, notice-and-choice amounts to blanket consent, which is generally disfavored in privacy contexts. Fifth, the commanding role that third parties play in the dissemination and use of private information collected

from Internet-enabled data flows makes it impossible for a privacy notice to specify what an individual needs to know to make an informed choice about the disposition of her private information. And sixth, notice-and-choice cannot be implemented with respect to IoT devices that collect personal information from persons other than the owner or deployer of the device" (5).

(20) Era questa, in fondo, l'intuizione sottesa alla disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto. Il legislatore assumeva che la segnalazione di possibili trappole, e quindi una tecnica di evidenziazione, bastasse a richiamare l'attenzione e a riattivare il circuito virtuoso dell'autonomia privata. Avvertito dell'insidia, il contraente debole avrebbe recuperato il controllo della situazione e operato le proprie scelte a ragion veduta. Ma l'*highlighting* degli artt. 1341 e 1342 non è bastato a innescare lo *screening* e nemmeno a valorizzare il *signaling*: tutto quel che ne è derivato, come noto, è la prassi di contratti senza accordo e di sottoscrizioni multiple quanto oziose. In questa prospettiva, peraltro, appare ancora più velleitaria la strategia nordamericana, nel segno di un rigore fuori del tempo, di porre a carico del consumatore il dovere di leggere, che ha avuto il solo effetto di: a) esacerbare il "no-reading problem" caratteristico dei contratti dei consumatori e b) suggellare la pratica impossibilità, per le imprese interessate a battere questa via, di migliorare la qualità dei propri contratti standard perché "consumers cannot shop comparatively for terms of whose existence they are unaware": *amplius*, sul punto, I. Ayres - A. Schwartz, *The No Reading Problem in Consumer Contract Law*, 66 *Stan. L. Rev.* 545(2014).

(21) COM (2018) 238 final del 26 aprile 2018.