



Università di Foggia



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FOGGIA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SIENA

Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche

Persone e mercati nell'esperienza giuridica (s.s.d. IUS/01, IUS/02)

Ciclo XXXII

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Vittorio Santoro

DATI DEL CONSUMATORE TRA PERSONA E CONTRATTO

Una prospettiva italo-europea

Tutor:

Chiar.mo Prof. Alessandro Palmieri

Cotutor:

Chiar.mo Prof. Stefano Pagliantini

Dottorando:

Giuseppe Versaci

Anno accademico 2018-2019

A mia madre

Indice

Introduzione	4
1. I dati: “buco nero” del XXI secolo?.....	4
2. L’evoluzione di un settore disciplinare a cavallo tra proprietà e personalità. E il contratto?.....	5
3. L’esigenza di una prospettiva disciplinare integrata per un migliore <i>enforcement</i> e un’adeguata distribuzione degli oneri economici tra privati. Piano della ricerca.....	6
Capitolo I. Dati personali e attività economica. I modelli commerciali «dati-centrici»	10
1. <i>Personal data is the new currency?</i>	10
2. Dati personali e attività economica: diverse declinazioni del campo di indagine.....	15
2.1. <i>L’analisi economica</i> della <i>privacy</i> nel dibattito nordamericano.....	27
2.1.1. (<i>Segue</i>) Critiche e scenari operativi nel contesto giuridico europeo.....	37
2.2. La (parabola della) categoria dei dati personali di <i>contenuto economico</i> nell’ordinamento italiano.....	40
2.2.1. (<i>Segue</i>) Il trattamento dei dati personali avente <i>finalità economica</i> tra RGPD e spunti dall’ordinamento tedesco.....	46
2.3. Il <i>valore economico</i> dei dati personali nell’era dei <i>Big Data</i>	51
3. I modelli commerciali incentrati sul trattamento dei dati personali.....	57
3.1. La fornitura “gratuita” di servizi e contenuti digitali: note sulla <i>ratio</i> economica e cenni (con rinvio) sulle principali questioni giuridiche.....	60
4. Il trattamento commerciale dei dati personali tra condizioni generali di contratto e <i>privacy policies</i> : qualche esempio dalla prassi.....	66
Capitolo II. Dati personali e autonomia privata. Consenso e dimensione economico-partecipativa dell’interessato	75
1. La protezione dei dati personali. Spazi angusti per letture “sostanzialiste”.....	75
1.1. Dati personali e proprietà.....	83
1.2. Dati personali e personalità.....	88
1.2.1. Il diritto (fondamentale) alla protezione dei dati personali.....	92
1.3. I rapporti tra la disciplina di protezione dei dati personali e il diritto civile patrimoniale. Critiche a prospettive rigidamente unidirezionali.....	97
2. Dati personali e autonomia privata. La circolazione dei dati personali tra interessi e meccanismi pubblicitari e privatistici.....	106
2.1. Il consenso al trattamento dei dati personali.....	108
2.1.1. Natura giuridica.....	112
2.1.1.1. (<i>Segue</i>) La tesi negoziale.....	113
2.1.1.2. (<i>Segue</i>) La tesi anti-negoziale.....	116

2.1.1.3. (<i>Segue</i>) La tesi della duplicità della natura e/o dei consensi.....	118
2.2. Relativizzazione delle diversità qualificatorie e utilità di un'interpretazione sistematica.....	120
3. La disponibilità degli attributi immateriali della personalità: il paradigma del nome e dell'immagine.....	122
4. Il rigetto della natura "rinunciativa" del consenso dell'interessato e la qualifica di atto di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali.....	126
4.1. Il consenso dell'interessato nella teoria dell'attribuzione normativa dei beni.....	131
4.2. Il mercato dei dati personali: un problema più <i>politico</i> che concettuale.....	138

Capitolo III. Dati personali e contratto. La fattispecie di «prestazione contro dati personali» nella direttiva 2019/770/UE..... 142

1. Il crescente interesse giuridico verso diverse fattispecie di «prestazione (patrimoniale) contro dati personali».....	142
1.1. L'opportunità di distinguere le fattispecie in base alla finalità di trattamento dei dati personali.....	146
2. L'introduzione della direttiva 2019/770/UE: la rilevanza della fornitura dei dati da parte del consumatore nell'ottica di un ampliamento delle tutele.....	149
2.1. (<i>Segue</i>) Un percorso di armonizzazione massima rimediale alle frontiere del contratto (nazionale).....	153
3. Struttura del contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali a fronte della fornitura dei dati personali del consumatore.....	159
3.1. La fornitura dei dati personali e la base giuridica del trattamento ai sensi dell'art. 6, RGPD.....	161
3.1.1. Il problema della libertà del consenso al trattamento dei dati personali nelle ipotesi di "condizionalità" per l'accesso a una prestazione del titolare.....	169
3.1.2. (<i>Segue</i>) La "giurisprudenza" del Garante (<i>rectius</i> , dei Garanti) alla protezione dei dati personali e l'interpretazione della Corte di Cassazione.....	170
3.1.3. (<i>Segue</i>) Qual è la <i>ratio</i> dell'art. 7, par. 4, RGPD?.....	174
3.2. La fornitura/trattabilità dei dati personali dedotta in contratto: le possibili ricostruzioni giuridiche.....	180
3.2.1. La via tedesca: dati personali come oggetto di prestazione (<i>Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand</i>).....	181
3.2.2. Una possibile via italiana: un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali e il consenso al trattamento dei dati personali.....	183
4. (In)efficacia, (in)validità e (non) conformità del contratto di fornitura alla luce di "vizi" nel trattamento dei dati personali.....	187
4.1. Invalidità del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul contratto.....	189
4.1.1. (<i>Segue</i>) Consenso invalido per "causa imputabile" all'operatore economico: eccezione alla regola <i>simul stabunt, simul cadent</i> ?.....	191
4.2. Revoca del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul contratto.....	193

4.2.1. (Segue) Tecniche di contrasto al rischio di abuso del consumatore nel caso di fornitura definitiva di un contenuto digitale.....	196
4.3. Trattamento dei dati personali illecito o abusivo tra vizi dell'atto e vizi del rapporto.....	198
4.3.1. Trattamento dei dati personali illecito o abusivo oggetto di una clausola negoziale: mancanza di vincolatività della clausola per illiceità dell'oggetto, intrasparenza e vessatorietà.....	199
4.3.2. Trattamento dei dati personali illecito <i>in executivis</i> : difetto di conformità del contenuto o servizio digitale.....	207
5. Il senso di un tentativo di integrazione tra protezione dei dati personali e diritto privato patrimoniale.....	209
Conclusioni.....	212
Bibliografia.....	223
Giurisprudenza citata.....	247
Decisioni citate di autorità amministrative indipendenti.....	249
Ringraziamenti.....	250

Introduzione

1. I dati: “buco nero” del XXI secolo?

Se si dovesse scegliere una parola-chiave della seconda decade del XXI secolo, la scelta potrebbe tranquillamente ricadere su «*dati*». La pervasità di tale termine è dimostrata dal fatto che nell’arco dell’ultimo decennio i discorsi di ogni ambito epistemologico ruotano intorno ad esso. Non si tratta certamente di un vocabolo nuovo, ma l’uso che di questo viene fatto ha subito una crescita esponenziale, tanto da fargli assumere le sembianze di una sorta di mantra.

L’analisi dei dati è divenuta l’oggetto di una branca scientifica, la c.d. *data science* o *data analytics*, per l’apprendimento della quale proliferano i corsi di formazione, a vari livelli di complessità. L’economia globale è sempre più dipendente dalla capacità delle imprese di generare profitto attraverso tecniche e sistemi di elaborazione di ingenti masse di dati di diversa natura. L’efficienza delle amministrazioni pubbliche non può fare a meno di trasformare in dati le informazioni di cui sono in possesso al fine di poterle analizzare meglio e, di riflesso, offrire servizi più idonei a soddisfare le esigenze dei cittadini. L’avvento della maggior parte delle nuove tecnologie appare in stretta connessione con il miglioramento delle capacità computazionali e, dunque, con l’incremento dei dati raccolti. Le abitudini di vita delle persone hanno sempre più a che fare con l’utilizzo di dispositivi elettronici il cui funzionamento è intrinsecamente basato sul trattamento di dati. La società dei servizi in costante progresso affonda le sue radici più profonde non solo nell’informazione, ma ancor di più nei *dati*. D’altronde, in termini informatici, i dati altro non sono che informazione “allo stato brado”, *bit* che si cumulano da cui estrarre elementi utili a costruire comunicazioni o conoscenze. La centralità dei dati nei processi di produzione dei beni e di organizzazione dei servizi, se da un lato ha fatto nascere la domanda di nuovi attori sul piano operativo delle tecniche di elaborazione e analisi, dall’altro ha dato vita – su impulso del legislatore europeo – anche a nuove figure professionali deputate alla prevenzione dei rischi e al controllo del rispetto della normativa in materia, ossia il *data protection officer*.

Di fronte a uno scenario di tal genere, il formante legislativo prova ad aggiornarsi. Ormai da qualche decennio, infatti, interviene, nella sua nota dimensione multilivello, tipica del contesto europeo, attraverso discipline volte a garantire, da una parte, la libera circolazione dei dati e, dall'altra, la protezione della persona rispetto ai pericoli insiti nel trattamento dei dati aventi natura *personale*.

2. L'evoluzione di un settore disciplinare a cavallo tra proprietà e personalità. E il contratto?

La Convenzione di Strasburgo del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, la direttiva 95/46/CE, la direttiva 2002/58/CE e il regolamento (Ue) 2016/679 (Regolamento Generale per la Protezione dei Dati personali: RGPD) rappresentano le discipline europee facenti parte del processo di costruzione di un diritto riguardante la protezione dei dati personali. A monte di tali discipline vanno inoltre menzionati, da un lato, l'articolo 8 della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo (CEDU) e, dall'altro, gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'articolo 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Nel tempo, dunque, si è venuto formando un settore disciplinare che, seppure non del tutto omogeneo per le diversità che intercorrono tra l'ordinamento dell'Unione europea e il sistema CEDU, comunque presenta una linea evolutiva dai tratti abbastanza identificabili. La Convenzione del 1981 è certamente diversa dalla direttiva 95/46, così come quest'ultima viene innovata in diversi aspetti, anche concettuali, dal recente regolamento generale; tuttavia, il *fil rouge* di tali provvedimenti risiede nell'emersione di situazioni giuridiche soggettive che si muovono in un limbo ibrido tra i poli della proprietà e della personalità, tra la prospettiva individuale e la prospettiva collettiva, tra il diritto pubblico con la difesa del singolo dall'abuso del pubblico potere e il diritto privato con l'azionabilità orizzontale dei rimedi. Si è soliti ricondurre tali discipline al pioneristico *right to privacy* di Warren e Brandeis inteso come *right to be let alone*, ma in realtà il padre putativo sembra essere piuttosto Westin, che alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso già concepiva l'*information privacy* come un più moderno diritto di controllare le informazioni che ci riguardano.

Il diritto alla protezione dei dati personali, quindi, ha preso le sembianze di un diritto di *difesa* dai pericoli posti in essere da terzi, ma anche di un diritto di *partecipazione* nella costruzione dell'identità personale e nell'affermazione del principio di autodeterminazione. Rispetto a tali tecniche di tutela e a tali dispositivi di estrinsecazione della personalità, è rimasto fuori il tema della patrimonialità. Invero, le discipline sulla protezione dei dati personali non si sono occupate della distribuzione delle utilità economiche derivanti dal trattamento di tali dati. Come si vedrà nel presente lavoro, le ragioni di tale lacuna sembrano da rintracciarsi sia nelle incrostazioni dogmatiche che concepiscono gli aspetti della personalità come indisponibili, sia nell'assenza – fino a qualche tempo fa – di fenomeni economici che richiedessero una puntuale messa a punto di regole deputate a disciplinare, per un verso, gli obblighi dei soggetti che creano la loro principale ricchezza dal trattamento dei dati dei propri utenti e, per altro verso, i diritti di tali utenti che si relazionano con siffatti operatori economici. In particolare, fino al decennio scorso non era ancora così diffusa la prestazione di servizi digitali che prescindono dal pagamento di un corrispettivo pecuniario in quanto remunerata dal trattamento dei dati personali dei consumatori.

Le circostanze appena menzionate hanno fatto sì che la letteratura giuridica europea non si sia interessata particolarmente, a parte qualche eccezione, ai rapporti tra la protezione dei dati personali e l'autonomia privata. Dinanzi a una normativa di *data protection* di stampo imperativo, non si vedeva d'altronde l'utilità di dedicare attenzione alle categorie contrattuali per affrontare le problematiche relative al trattamento dei dati personali.

3. L'esigenza di una prospettiva integrata per un migliore *enforcement* e un'adeguata distribuzione degli oneri economici tra privati. Piano della ricerca

Ci sono almeno due ragioni che richiedono di rivedere l'impostazione finora descritta.

In primo luogo, se si continua a ritenere che il diritto contrattuale non può intercettare i profili relativi al trattamento dei dati personali, si finisce per riservare ai consumatori che ottengono la fornitura di un bene o di un servizio, in virtù della

fornitura dei dati personali che li riguardano, un trattamento peggiorativo rispetto ai consumatori che ottengono la medesima prestazione pagando un prezzo. È noto, infatti, che nel diritto contrattuale italiano, ma non solo, le obbligazioni discendenti da un contratto gratuito hanno uno statuto più affievolito rispetto a quelle che hanno origine in un contratto oneroso, sia sotto il profilo della responsabilità contrattuale che sotto l'aspetto delle tutele esperibili da parte del contraente non obbligato.

In secondo luogo, ma in termini connessi, finché non si riflette sulle modalità di regolazione dei circuiti di circolazione della ricchezza generata dal trattamento dei dati personali, bisogna aspettarsi un sempre maggiore incremento della concentrazione del potere economico nel mercato di tali dati. Infatti, sembra lecito inferire che la concentrazione attuale delle c.d. *data companies* (Google e Facebook su tutte) è dovuta, oltre che all'indubitabile *network effect*, anche all'assenza di regole puntuali relative allo scambio di dati personali. L'accesso ai dati degli utenti sembra essere facilitato dalla logica che vede i dati personali come un qualcosa di assimilabile ai beni pubblici, per il carattere di non rivalità degli stessi, e rispetto ai quali l'escludibilità dall'utilizzo è data dalla legge piuttosto che dal contratto. In un approccio del genere, dove i confini legali appaiono abbastanza incerti, l'enorme potere economico assunto da determinate piattaforme digitali fa sì che l'accesso ai dati dei consumatori dipenda *de facto* dalla discrezionalità di queste ultime invece che da chiari meccanismi circolatori.

Può riconoscersi, pertanto, che il sempre crescente valore economico dei dati personali imponga un'indagine più articolata dei fenomeni in cui questi ultimi rappresentano, di fatto, una merce di scambio. Orbene, appare opportuno compiere tale indagine non solo attraverso le categorie e le tecniche rimediali della *data protection*, ma anche attraverso le categorie del diritto civile patrimoniale, in particolare quelle contrattuali intinte con la *consumer protection*. Detto diversamente, occorre una prospettiva integrata al fine di badare, oltre che alle insopprimibili esigenze di tutela puramente personalistica, anche alle esigenze di ripartizione delle utilità e dei rischi connessi alle operazioni economiche che vedono attualmente alcuni attori del mercato digitale muoversi in un contesto di sostanziale *laissez-faire*.

La ricerca in esame intende assumere tale prospettiva, suggerita altresì dalla recente introduzione della direttiva 2019/770/UE, la quale, protesa a disciplinare i rimedi consumeristici nei casi di mancata fornitura di contenuti o servizi digitali e nelle

ipotesi in cui gli stessi abbiano un difetto di conformità, rappresenta il primo atto normativo del panorama europeo che prende in considerazione i dati personali del consumatore in una logica prettamente contrattuale. Infatti, l'articolo 3, paragrafo 1 prevede che la direttiva in questione si applica non solo quando il consumatore, a fronte della fornitura di un contenuto o di un servizio digitale, paga un prezzo, ma anche quando fornisce all'operatore economico alcuni dati personali che lo riguardano.

Il presente lavoro muoverà da una preliminare messa a punto del fenomeno economico, ossia dei modelli commerciali incentrati sul trattamento dei dati personali, inframezzata da alcuni cenni all'evoluzione diacronica dei diversi modi con cui il formante normativo ha declinato il rapporto tra dati personali e attività economica. Si vedrà come la materia non è stata ancora compiutamente tematizzata in un'ottica di ampio respiro, né è stata incardinata in una tassonomia concettuale ben definita. Si avrà inoltre modo di evidenziare come la dottrina ha seguito con moto ondivago l'emersione dei nuovi fenomeni economici, lasciandosi influenzare eccessivamente, in taluni casi, dal linguaggio del legislatore a discapito di più stringenti esigenze di sistematica concettuale. Un esempio emblematico, in tal senso, è costituito dalla scarsa attenzione dedicata alla possibile ricostruzione – in realtà, di difficile realizzazione per la presenza di scarsi appigli normativi – di uno statuto del trattamento dei dati personali avente una finalità commerciale. I richiami finali alle condizioni generali e alle *privacy policies* praticate dalle principali *data companies* serviranno ad avere maggiore contezza del fenomeno in esame.

Al primo capitolo seguirà un focus sulle oscillazioni qualificatorie delle situazioni giuridiche soggettive emergenti dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali. Si avvertirà, dunque, l'esigenza di soffermarsi sul positivizzato diritto fondamentale alla protezione dei dati personali ai sensi dell'articolo 8 della Carta di Nizza. È in questa fase del lavoro che si porrà il primo accento forte sulla convinzione dell'opportunità di un approccio integrato di differenti corpi disciplinari. Sulla scia di tale prospettiva, si cercherà di verificare se la normativa in materia di protezione dei dati personali lasci degli spazi ad eventuali meccanismi di autonomia privata. Lo sguardo, quindi, non potrà che essere rivolto all'istituto del consenso al trattamento dei dati personali, ripercorrendo le diverse tesi sulla sua natura giuridica e indagando altresì i possibili rapporti dello stesso consenso con la teoria attributiva dei beni,

quest'ultima intesa in stretta relazione al problema dell'appropriazione privata della ricchezza.

Le ricostruzioni compiute nel primo e nel secondo capitolo serviranno a inquadrare opportunamente i problemi interpretativi posti da alcune disposizioni contenute nella già citata direttiva 2019/770. Il terzo e ultimo capitolo, infatti, sarà dedicato, da un lato, all'esegesi di alcune norme significative rinvenibili nella direttiva e, dall'altro, alla risoluzione di alcune questioni non espressamente affrontate dal legislatore europeo, per la quale sarà necessario attingere a principi ed argomentazioni di ordine sistematico, talora ricavabili direttamente dall'ordinamento eurounitario, talaltra dall'ordinamento nazionale, quest'ultimo ancora centrale sul piano del diritto contrattuale generale. Nello specifico, si cercherà di comprendere, in primo luogo, qual è la base giuridica che giustifica il trattamento dei dati personali nell'ambito delle operazioni economiche di "contenuti/servizi digitali vs dati personali". A tal proposito, sarà nuovamente preso in esame il consenso al trattamento, questa volta tuttavia con l'intento di dipanare le incertezze interpretative del requisito di libertà, per come esso è modellato dall'articolo 7, paragrafo 4 del RGPD. Successivamente, ci si interrogherà su come la trattabilità dei dati personali vada ricondotta al contratto (nazionale), tema sul quale la dottrina tedesca è quella che ha compiuto gli studi più avanzati. La ricostruzione che verrà suggerita si ripercuoterà inevitabilmente su alcune questioni concernenti l'interazione tra il RGPD e la disciplina contrattuale, in particolare sulle sorti del contratto nei casi in cui il consenso al trattamento dei dati personali è invalido o viene revocato, così come sulle tecniche rimediali a livello negoziale quando il trattamento dei dati personali posto in essere dall'operatore economico si rivela illecito o, in modo più sfumato, abusivo.

L'analisi che ci si accinge a svolgere ha lo scopo di attribuire un senso alla prospettiva da cui si muove. Si cercherà di dimostrare che le sfide che la rivoluzione digitale ci presenta richiedono l'assunzione di approcci ermeneutici fin qui inusuali. La combinazione di statuti disciplinari aventi finalità diverse e dotati di strumentari difformi indubbiamente può scoraggiare l'interprete, ma non deve frenarlo dal tentativo di percorrere sentieri ancora poco battuti.

Capitolo I

Dati personali e attività economica. I modelli commerciali «dati-centrici»

Sommario: 1. *Personal data is the new currency?*; 2. Dati personali e attività economica: diverse declinazioni del campo di indagine; 2.1. L'analisi *economica* della *privacy* nel dibattito nordamericano; 2.1.1. (*Segue*) Critiche e scenari operativi nel contesto giuridico europeo; 2.2. La (parabola della) categoria dei dati personali di *contenuto economico* nell'ordinamento italiano; 2.2.1 (*Segue*) Il trattamento dei dati personali avente *finalità economica* tra RGPD e spunti dall'ordinamento tedesco; 2.3. Il valore *economico* dei dati personali nell'era dei *Big Data*; 3. I modelli commerciali incentrati sul trattamento dei dati personali; 3.1. La fornitura "gratuita" di servizi e contenuti digitali: note sulla *ratio economica* e cenni (con rinvio) sulle principali questioni giuridiche; 4. Il trattamento commerciale dei dati personali tra condizioni generali di contratto e *privacy policies*: qualche esempio dalla prassi

1. *Personal data is the new currency?*

Nel panorama internazionale è particolarmente in voga l'espressione «*personal data is the new currency*», o in alternativa, «*the new oil*». Entrambe le formule vengono richiamate frequentemente in contributi accademici¹, *report* specialistici², così come in una vasta serie di articoli di taglio più o meno divulgativo³, e finanche in discorsi istituzionali⁴. Si tratta di metafore alle quali, sebbene parecchio contestate sul

¹ *Ex multis*, P.M. SCHWARZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056.

² S. TAYLOR, *Data: the new currency*, EuropeanVoice, Brussels, 2014.

³ Tra i tanti, v. THE ECONOMIST, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 May 2017, disponibile *online* su: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>; W.D. EGGERS E AL., *Data as the new currency: Government's role in facilitating the exchange*, in *Deloitte Review*, n. 13, 2013, p. 18 ss.; D. ZAX, *Is Personal Data the New Currency?*, MIT Technology Review, 30 novembre 2011, disponibile *online* su: <https://www.technologyreview.com/s/426235/is-personal-data-the-new-currency/>; E. DUMBILL, *Data is a currency*, O'Reilly Radar, 23 febbraio 2011, disponibile *online* su: <http://radar.oreilly.com/2011/02/data-is-a-currency.html>.

⁴ Si fa riferimento, in particolare, ai discorsi pronunciati da tre diversi (in due casi ex) componenti della Commissione europea: M. VESTAGER, *Competition in a Big Data World*, Speech, Munich 17 January 2016, disponibile *online* su: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en; V. REDING, *The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*, Speech, Munich 22 January 2012, disponibile *online* su: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm; M. KUNEVA, *Keynote Speech in Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, Speech, Brussels 31 March 2009, disponibile *online* su: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm.

piano strettamente economico⁵, può comunque riconoscersi un'indubbia efficacia comunicativa, nella misura in cui riproducono plasticamente l'importanza assunta dai dati personali nella dimensione economica odierna e, al tempo stesso, restituiscono l'immagine di un'economia che si spinge oltre le categorie esistenti. Discorrendo di *new currency* e *new oil*, pur facendosi riferimento, nel primo caso, a un concetto economico tradizionale (la moneta) e, nel secondo caso, alla materia prima più rilevante dell'economia industriale (il petrolio), lo scopo non è affatto quello di trasmettere l'idea di una certa continuità con il passato, la cui soluzione piuttosto è rappresentata dall'accostamento di tali figure-chiave della sfera economica a una entità, i dati personali, finora appartenente, già sul piano semantico, ad un campo diverso da quello mercantile, concorrendo questi alla costruzione dell'identità personale di un individuo.

A dispetto delle nitide suggestioni evocate dalle suddette metafore, il fenomeno che traspare sullo sfondo risulta avere tinte molto sfocate. Anzi, può dirsi che i fenomeni affioranti siano certamente più di uno. L'importanza assunta dai dati nell'attuale contesto socio-economico non può non richiamare, ad esempio, il fenomeno dei c.d. *Big Data*⁶, così come quello dell'*Internet of Things*⁷; fenomeni diversi tra di loro, aventi come minimo comune denominatore il fatto di avere origine da innovazioni tecnologiche che hanno portato alla ribalta il tema dell'elaborazione

⁵ I peculiari caratteri dei dati, che ne fanno un bene né rivale né di consumo, sono alla base delle principali obiezioni mosse al parallelismo con il denaro e il petrolio. Tra gli articoli di taglio divulgativo, v. A.G. MARTÍNEZ, *No, Data Is Not the New Oil*, in *Wired*, 26 febbraio 2019, disponibile online su: <https://www.wired.com/story/no-data-is-not-the-new-oil/>; B. MARR, *Here's Why Data Is Not The New Oil*, in *Forbes*, 5 maggio 2018, disponibile online su: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/03/05/heres-why-data-is-not-the-new-oil/#67ff4cf73aa9>. Per una critica al paragone dei dati con il petrolio e con la moneta, optando per una loro qualificazione come *infrastructure*, v. OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 177 ss. Esclude invece anche questa opzione M. MACCARTHY, *Data is not the new oil or the infrastructure of the digital economy*, in *CIO*, 24 gennaio 2018, disponibile online su: <https://www.cio.com/article/3250697/data-is-not-the-new-oil-and-it-s-not-the-infrastructure-of-the-digital-economy-either.html>.

⁶ Per una ricognizione del dibattito scientifico circa gli elementi che caratterizzerebbero l'economia dei *Big Data*, con uno sguardo altresì alle implicazioni più significative sul piano delle politiche della concorrenza e delle politiche industriali, v. D. QUAGLIONE, C. POZZI, *Economia dei big data: lineamenti del dibattito in corso e alcune riflessioni di policy*, in *L'industria*, 2018, pp. 3-16.

⁷ L'*Internet of Things* è «un'architettura dell'informazione che facilita lo scambio di beni e servizi e si traduce in un *network* informatico che collega tra loro oggetti — fisici o virtuali — che si rendono riconoscibili e acquisiscono intelligenza grazie alla possibilità di comunicare dati su se stessi e sull'ambiente che li circonda»: v. M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 148, cui si rimanda per gli opportuni riferimenti bibliografici. In particolare, sulla mercificazione dei dati personali in quest'ambito, v. S-A. ELVY, *Commodifying Consumer Data in the Era of the Internet of Things*, in *Boston College Law Review*, 2018, p. 423 ss.

dei dati sotto vesti nuove rispetto al passato⁸. Non costituisce, infatti, una novità che le imprese raccolgano ed elaborino dati, personali e non, nello svolgimento delle loro attività, tuttavia mai fino ad ora si era ritenuto che i dati potessero costituire addirittura l'oggetto di un'economia. «Costruire un'economia dei dati» è un obiettivo prefissosi dalla Commissione europea, la quale in una comunicazione e in un documento di lavoro presentati nel 2017 ha indicato le linee di *policy* alla base di una futura regolamentazione che possa garantire un'adeguata infrastruttura normativa per il risultato auspicato⁹. A tale iniziativa ha fatto seguito l'introduzione del reg. (UE) 2018/1807 del 14 novembre 2018 che delinea il quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, presentandosi quindi come

⁸ La c.d. «*data revolution*» pienamente in atto è divenuta oggetto d'attenzione anche delle Nazioni Unite nell'ottica di indirizzare l'utilizzo sempre più dirompente delle masse di dati in circolazione verso gli obiettivi di uno sviluppo sostenibile indicati nell'Agenda 2030 (v. UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL'S INDEPENDENT EXPERT ADVISORY GROUP, *A World that Counts. Mobilising the Data Revolution for Sustainable Development*, 2014, disponibile online su <http://www.undatarevolution.org/wp-content/uploads/2014/11/A-World-That-Counts.pdf>). Tuttavia, come viene riconosciuto dagli stessi estensori del documento in questione, la sostenibilità dello sfruttamento dei dati, in una prospettiva sia di amministrazione pubblica delle risorse che di strategie commerciali delle imprese, deve essere garantita attraverso la messa a punto di alcuni principi chiari sulla *data protection* (v. UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP, *Guidance Note on Big Data for Achievement of the 2030 Agenda: Data Privacy, Ethics and Protection*, 2017, disponibile online su https://undg.org/wp-content/uploads/2017/11/UNDG_BigData_final_web.pdf). Si tratta, in fondo, di assicurare la «sostenibilità», concetto notoriamente sfuggente, in virtù del rispetto dei diritti umani, tra i quali può farsi rientrare il diritto alla *privacy*. A tal proposito, quanto meno con riguardo ai modelli commerciali basati sullo sfruttamento dei dati personali, bisognerebbe chiedersi se la sostenibilità di tali modelli possa dipendere esclusivamente dall'armamentario, normativo e concettuale, dei diritti umani. La questione investe la selezione dei metodi più appropriati per assicurare un reale rafforzamento del potere economico degli individui. Questi ultimi necessitano di strumenti sul mercato che spesso vengono forniti da enti collettivi che prendono parte ai c.d. *Personal Information Management Systems* (PIMS); non a caso il Garante europeo per la protezione dei dati personali, occupandosi dei PIMS, ha coniato l'espressione di «*a sustainable business model in the interest of the individuals*» (v. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 9/2016 on Personal Information Management Systems. Towards more user empowerment in managing and processing personal data*, 20 October 2016, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20_pims_opinion_en.pdf). Sebbene il presente lavoro non intenda focalizzarsi sulla «sostenibilità» dei modelli commerciali, le riflessioni che seguiranno potranno, in certi casi, interessare il tema sollevato.

⁹ Commissione europea, *Costruire un'economia dei dati europea*, COM(2017) 9 final. Tale documento, tuttavia, si riferisce ai soli dati *non* personali per evitare rischi di interferenze con il regime predisposto dal reg. (UE) 2016/679. Per un commento all'iniziativa della Commissione, con riflessioni sulla difficoltà di distinguere i dati personali da quelli non personali alla luce dell'amplia definizione dei primi nell'art. 4, par. 1, RGPD, e sulle sfide relative alla partecipazione economica dei consumatori con riguardo alla ricchezza generata dal trattamento dei dati, v. C. WENDEHORST, *Consumers and the Data Economy*, in *EuCML*, 2017, p. 2; *amplius*, per una critica nei confronti della scelta (illusoria) di tener separati i dati personali da quelli non personali nell'ambito delle problematiche inerenti i «*data collected by sensors*», v. ID., *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, 2017, p. 327 ss.

contrattare (ben più modesto per lunghezza e portata) del reg. (UE) 2016/679 (d'ora in avanti indicato con l'acronimo RGPD).

Dinanzi a una tematica così vasta, che potenzialmente interessa in modo trasversale ogni settore economico, e più in generale di vita sociale, la lente giuridica avverte il bisogno di ritagliare aree fattuali rispetto alle quali i tentativi di analisi e comprensione concettuale possano condurre a risultati di una qualche utilità sul piano sia pratico che teorico. Si intende dire che il presente lavoro focalizzerà l'attenzione solo su determinati aspetti della c.d. economia dei dati¹⁰.

In particolare, lo sguardo sarà rivolto alle problematiche giuridiche discendenti dalle operazioni economiche che rispondono a un modello commerciale incentrato sul trattamento dei dati personali dei consumatori. Il qualificativo «personali» ci proietta nell'ambito del diritto delle persone, mentre le categorie di «operazione economica»¹¹ e di «consumatore» ci inducono a maneggiare lo strumentario del diritto contrattuale e del diritto del consumo. La prospettiva prescelta, dunque, è quella del contratto che si *incontra*, e in taluni casi si *scontra*, con la disciplina di protezione dei dati personali¹². L'opzione è suggerita, oltre che dal substrato socio-economico sempre più ricco di modelli commerciali basati sul trattamento dei dati, soprattutto dal formante normativo¹³. Invero, il 22 maggio 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea la direttiva 2019/770/UE riguardante alcuni aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali, la quale include nel suo campo di applicazione materiale non solo i contratti nei quali il consumatore riceve un contenuto o un servizio digitale dietro il pagamento di un corrispettivo monetario, ma anche quelle operazioni in cui il consumatore ottiene la prestazione del professionista “limitandosi” a fornire a quest'ultimo i propri dati. Può anticiparsi fin d'ora che tale novità normativa ha

¹⁰ A livello transnazionale, il forte interesse giuridico verso la materia in questione è dimostrato, tra l'altro, dalla costituzione di un gruppo di ricerca operante sotto l'egida di due prestigiose associazioni accademiche, quali lo *European Law Institute* e l'*American Law Institute*, avente lo scopo di individuare dei «*Principles for a Data Economy*»: v. <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/data-economy/>.

¹¹ Sui caratteri della categoria di «operazione economica», v. E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.

¹² Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p.12 ss. e *passim*.

¹³ Com'è noto, i formanti sono un concetto tipico del metodo della comparazione giuridica, entrato a far parte del lessico giuridico grazie alla produzione scientifica di Rodolfo Sacco: *ex multis*, v. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Torino, 2008, pp. 3-6. È evidente che nel testo sopra si è utilizzato il termine con una valenza generica, senza un intento comparatistico tra sistemi giuridici.

richiamato l'attenzione, nel suo percorso di approvazione, di soggetti istituzionali, del sapere specialistico e dell'opinione pubblica in generale¹⁴. Essa, infatti, ha acceso i riflettori su un terreno, da un lato, ancora poco esplorato dalla dottrina giuridica e, dall'altro, di grande delicatezza socio-politica per la natura degli interessi in gioco.

Il presupposto di una simile ricerca è, innanzitutto, quello di comprendere le molteplici sfaccettature del fenomeno in questione, il quale, sebbene non possa dirsi ignoto alla letteratura giuridica, è stato esaminato con meno imbarazzo e maggiore disinvoltura dagli studiosi di altre scienze sociali. Non potrà, quindi, farsi a meno di prendere in considerazione anche i contributi provenienti da altre branche, che hanno già avviato una riflessione sui meccanismi di funzionamento dei modelli commerciali che fondano la propria base remunerativa sul trattamento economico dei dati personali.

Fermo restando quanto appena detto, per un'opportuna messa a punto dei problemi giuridici discendenti dalle nuove fattispecie, non può non tenersi conto di come i molteplici attori del diritto abbiano finora articolato il discorso relativo al trattamento dei dati personali nella sfera economica. Le differenti prospettive dalle quali si è osservato il tema, complice la polisemia dei termini di riferimento¹⁵, quest'ultima

¹⁴ Nella prima versione della direttiva proposta dalla Commissione europea era stato utilizzato il termine "controprestazione" in riferimento ai dati forniti dal consumatore in cambio del contenuto o servizio digitale. A tal riguardo, si è acceso un intenso dibattito. Il timore che si legittimasse una deriva mercantile è stato alla base del parere negativo espresso dal Garante europeo per la protezione dei dati personali, v. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf; per una sintesi del parere in lingua italiana, v. Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, 2017/C, 200/10.

Nella dottrina europea vi sono stati diversi commenti: cfr. A. METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, p. 2 ss.; N. HELBERGER, F.Z. BORGESIU, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, in part. pp. 1461-1463; M. NARCISO, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, pp. 202-206; H. SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, pp. 74-76; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, in part. pp. 421-439; V. CUOCCI, *Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria: luci e ombre sulla tutela del consumatore nella prospettiva del diritto contrattuale europeo*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, p. 269 ss. Sul concetto di dati come *consideration*, già prima che la proposta di direttiva venisse presentata, v. C. LANGHANKE, M. SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, pp. 218-223. Per una sintesi delle questioni relative all'utilizzo della nozione di «controprestazione», v. R. MANKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, EPRS Briefing, PE 603.929, May 2017. Nel prosieguo del testo, ci si soffermerà sui principali nodi problematici.

¹⁵ Sulla polisemanticità del termine «informazione», mettendo in evidenza le difficoltà classificatorie sul piano giuridico, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 420 ss.

dovuta anche alle costanti evoluzioni tecnologiche¹⁶, hanno reso la materia recalcitrante ad una metrica concettuale ben definita. Tener presente tale fattore è di fondamentale importanza per una ricerca che si prefigge di indagare alcuni risvolti della complessa e delicata relazione che intercorre tra dati di natura personale e agire economico.

2. Dati personali e attività economica: diverse declinazioni del campo di indagine

I confini del tema che si intende sviluppare sono delimitati da due locuzioni: *dati personali e attività economica*.

La prima, dati personali, è da ritenersi a tutti gli effetti una nozione giuridica, potendosi riscontrare una sua definizione in diverse fonti, alle quali è d'uopo riferirsi¹⁷. Si tratta di fonti sovranazionali e internazionali, il cui intervento si giustifica in ragione dell'evidente transnazionalità del fenomeno di raccolta e circolazione dei dati. Le normative attualmente vigenti contenenti una definizione di dati personali sono: la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981, n. 108, adottata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa e di recente emendata con il Protocollo del 18 maggio 2018 (c.d. Convenzione 108+)¹⁸, e il regolamento 2016/679 adottato dall'Unione europea¹⁹ (già

¹⁶ Per una riflessione relativa agli effetti che le trasformazioni tecnologiche producono sui concetti di ordine politico-giuridico, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 42-43, il quale sottolinea come le difficoltà nell'individuare soluzioni giuridiche di lungo periodo derivino non solo «dal fatto che si tratta di regolare una realtà in continuo mutamento», ma anche dal fatto che si assiste ad «una trasformazione tecnologica dei termini stessi delle [tradizionali] contrapposizioni [autoritarismo/democrazia, accentramento/decentramento, regolamentazione/deregolamentazione, decisione/partecipazione]».

¹⁷ Sul quadro delle fonti relative alla protezione dei dati personali v. P. PASSAGLIA, *Il sistema delle fonti normative in materia di tutela dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 85 ss.

¹⁸ La ratifica italiana della Convenzione è avvenuta con la l. 21 febbraio 1989, n. 98, mentre l'adesione al Protocollo modificativo è stata firmata il 5 marzo 2019.

¹⁹ Sulla competenza dell'Unione europea in materia di protezione dei dati personali, va segnalata l'importanza assunta dall'art. 16 del TFUE nel processo riformatore del Trattato di Lisbona, che ha spianato la strada alla normazione tramite regolamenti nel settore in questione. Su tali profili, v. G.F. AIELLO, *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona: natura e limiti di un diritto fondamentale «disomogeneo» alla luce della nuova proposta di General Data Protection Regulation*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, pp. 426-429, ove si dubita che «il nuovo Trattato faccia della tutela dei dati personali una vera e propria materia di competenza dell'Unione» (p. 428) e si afferma la permanenza di una residua competenza statale in materia. Tali considerazioni hanno trovato piena conferma nella

identificato come RGPD). A livello interno, il codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003), a seguito dello stravolgimento attuato dal d.lgs. n. 101/2018 contenente le norme di adeguamento al regolamento europeo²⁰, non prevede più una definizione di dato personale, essendo quella prevista dal RGPD immediatamente efficace ed applicabile.

Bisogna quindi far riferimento all'art. 4, n. 1) di tale regolamento, che definisce il dato personale come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» (persona definita «interessato» ai fini del trattamento dei dati), precisando che «si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale»²¹.

La medesima definizione, al netto di alcune differenze in ordine ai profili di identificabilità della persona (ove si è aggiunto l'esplicito riferimento al nome, ai dati relativi all'ubicazione e a un identificativo *online*), era contenuta nell'art. 2, lett. a) della direttiva 95/46/CE²², la quale veniva altresì richiamata sul punto dalla direttiva 2002/58/CE (c.d. direttiva *e-privacy*). Quest'ultima dovrebbe essere a breve sostituita dal regolamento *e-privacy*, che comunque, almeno nella versione della proposta attuale, non opera alcuna distinzione con riguardo alla definizione (generale) di dato personale contenuta nel RGPD. In termini sostanzialmente analoghi, inoltre, si esprimono anche l'art. 2, lett. a) della suddetta Convenzione di Strasburgo e gli strumenti di *soft law* che popolano la materia della protezione dei dati personali, quali le *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*

necessità di approntare una normativa nazionale di adeguamento al GDPR, predisposta dal d.lgs. n. 101/2018.

²⁰ Su tale intervento legislativo, v. G. CASSANO, V. COLAROCCO, G.B. GALLUS (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018; particolarmente critico nei suoi confronti V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1181 ss.

²¹ Per una puntuale specificazione della definizione di «dato personale» contenuta nel GDPR, v. F. GUERRIERI, *Art. 4, § III*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy* (commentario), Milano, 2018, pp. 36-38; C. DEL FEDERICO, A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, pp. 58-72.

²² In tale articolo si declinava la definizione al plurale «dati personali», ma ciò può ritenersi assolutamente irrilevante.

(art. 1, co. 1, lett. b)) dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) del 1980, anch'esse recentemente riviste nel 2013.

Il primo elemento ricavabile da tali definizioni è che il dato personale è *informazione*²³ e, al pari di altre informazioni, può essere oggetto di attività di vario genere, che, nel linguaggio normativo riguardante i dati personali, assumono la denominazione di «trattamento». Quest'ultimo viene definito dal RGPD come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione

²³ Tuttavia, il rapporto tra dato personale e informazione è oggetto di diverse ricostruzioni. A monte, è fondamentale comprendere cosa si intende per *informazione*.

Secondo Helbert Zech (H. ZECH, *Information as Property*, in *JIPITEC*, 2015, pp. 192-197), sfruttando gli insegnamenti della semiotica, è importante distinguere tre livelli relativi all'informazione: il livello semantico (il significato), il livello sintattico (l'insieme di segni) e il livello strutturale (il contenitore fisico). Esempificando il discorso, lo stesso autore indica il primo livello con le notizie o il contenuto di un libro, il secondo livello con il file di un pc, il terzo livello con un CD o un libro stampato. In questa classificazione, i dati personali attengono al livello semantico in quanto informazioni dotate di un certo significato nel riferirsi a una certa persona, tuttavia nella loro oggettivizzazione sotto forma di immagini fotografiche, di registrazioni vocali o di sequenze di geni acquista rilievo il livello sintattico, che a sua volta potrebbe sfociare nel livello strutturale, sotto forma di contenitore fisico. Secondo Zech, la distinzione dei tre livelli da lui proposta è da tenere nella massima considerazione nell'elaborazione di riflessioni economiche e giuridiche sull'informazione.

Per di più, l'*informazione* è solitamente tenuta distinta dal concetto di *conoscenza*, alla quale si riconosce pure un ruolo centrale in ambito economico. Essa viene ritenuta «il maggior *input* del processo produttivo, più delle materie prime e dello stesso capitale, ed una delle variabili fondamentali nel cammino di espansione di qualsiasi impresa» (così V. ZENO-ZENCOVICH, G.B. SANDICCHI, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 972). La distinzione tra informazione e conoscenza, quest'ultima definibile come "meta-informazione", ovverosia come capacità di impiegare l'informazione come strumento per generarne altra, viene tracciata soprattutto per attribuire un'autonoma valenza all'espressione «economia della conoscenza» rispetto alla c.d. economia dell'informazione. È da segnalare, peraltro, che a queste due espressioni (economia della conoscenza ed economia dell'informazione) c'è chi preferisce quella di «capitalismo cognitivo», ritenendola più efficace nel cogliere «la connessione totale tra lo sviluppo delle forze produttive e quello dei rapporti sociali di produzione», cfr. A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento di dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 293-294.

Ritornando adesso ai rapporti tra informazione e dato personale, essi vengono spesso descritti, con un'interpretazione che potremmo dire antiletterale delle definizioni normative riportate nel testo, in senso contrario ad una piena coincidenza tra i due concetti. Secondo una certa dottrina (G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012, p. 33), il dato o l'insieme di dati è ciò da cui l'informazione viene estratta o inferita e, dunque, l'informazione è da considerarsi l'elaborazione del dato. In questa ricostruzione, sembra tornare la distinzione tra livello semantico e livello sintattico; a tali livelli, tuttavia, vengono assegnate due nozioni differenti (informazione, per il primo livello, e dato, per il secondo). In senso parzialmente diverso si esprime chi, premettendo che l'informazione è da intendersi come un messaggio comunicabile ad altri, vede nei dati (qui intesi come categoria generale che prescindere dal carattere personale) dei componenti di un'informazione processata, che si rapportano ad essa quindi in termini di parte del tutto o elementi dell'insieme (così P. CATALA, *Essay at Synthesis*, in P. HANSEN (ed.), *Freedom of Data Flows and EEC Law*, Deventer, 1988, p. 39).

mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»²⁴. Dalla definizione di trattamento, in combinato con quella di dati personali, si evince che l'area normativamente coperta è piuttosto vasta²⁵, comprendendo qualsiasi attività possa avere ad oggetto informazioni riguardanti persone fisiche senza che rilevi la modalità tecnica utilizzata («con o senza l'ausilio di processi automatizzati»²⁶), con il solo limite dell'esclusione dei trattamenti a carattere esclusivamente personale o domestico (art. 2, par. 2, lett. c)). Se ciò vale sul piano oggettivo, qualche limitazione in più emerge sul piano soggettivo. Non tanto tra i soggetti «attivi», che effettuano il trattamento dei dati (e determinano le finalità e i mezzi dello stesso) sotto la denominazione di «titolari», potendo essi indossare le vesti di persone fisiche o giuridiche, tra cui autorità pubbliche, servizi e qualsiasi altro organismo, quanto piuttosto tra i soggetti «passivi», gli interessati del trattamento, che il RGPD restringe alle sole persone fisiche²⁷.

²⁴ Per ulteriori precisazioni sulla definizione di «trattamento» nel Regolamento, v. DEL FEDERICO, POPOLI, *Disposizioni generali*, cit., pp. 73-79; M. COPPOLA, *Art. 4, § XI*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy* (commentario), cit., p. 46.

²⁵ Lo segnala anche A. Vivarelli, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Napoli, 2019, p. 94.

²⁶ La restrizione della disciplina ai trattamenti *automatizzati* di dati personali si rinveniva nella Convenzione n. 108 del 1981 del Consiglio d'Europa. La direttiva 95/46, invece, abbandonava il criterio del carattere automatizzato del trattamento a favore del più generico riferimento ad un trattamento di dati «contenuti, o destinati ad essere contenuti, in un archivio strutturato» (considerando 15). La legge italiana del 1996 ha seguito la scelta del legislatore comunitario, con la dottrina che ha enfatizzato il fatto che si era di fronte a «una legge sulle informazioni personali, e non sulle banche dati», v. S. RODOTA, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 588.

²⁷ La limitazione alle persone fisiche si pone in linea con la direttiva 95/46, ma in contrasto con la scelta che il legislatore italiano aveva compiuto con la l. n. 675/1996, e poi (inizialmente) confermata con il d.lgs. n. 196/2003, di estendere la normativa anche ai dati riguardanti persone giuridiche o altri enti collettivi. Tuttavia, già nel 2011, con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 conv. nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, lo stesso legislatore era tornato sui suoi passi eliminando dalla definizione di «dato personale» (con riflessi ovviamente anche sulla nozione di «interessato») ogni riferimento agli enti sovraindividuali. Come si vedrà più avanti (§ 2.2), l'inclusione delle informazioni relative agli enti collettivi nell'ambito della protezione dei dati personali era stata alla base del tentativo di costruire una categoria di dati personali «economici», in quanto riferiti ad enti svolgenti un'attività economica. D'altra parte, anche a livello di ricostruzione della *ratio* della disciplina, la dottrina italiana aveva attribuito particolare rilievo a tale scelta legislativa (v. G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, pp. 29-31). Ci si potrebbe, quindi, domandare se il cambio di rotta del 2011, imposto ormai per via di un regolamento europeo vincolante e immediatamente efficace in tutte le sue parti, possa fornire appigli per una diversa lettura della disciplina di protezione dei dati personali. Tali problematiche saranno in parte riprese nel cap. II a proposito delle diverse prospettive dalle quali è possibile inquadrare la normativa sulla protezione dei dati personali.

Le maglie larghe delle definizioni appena citate fanno sì che la loro effettiva portata non può che essere determinata sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale, oltre che sulla base della produzione decisoria e regolamentare affidata alle autorità indipendenti nazionali²⁸. Nell'arco dei quasi venticinque anni trascorsi dall'emanazione della direttiva 95/46 può dirsi che l'opera delle corti, italiane ed europee, così come del Garante per la protezione dei dati personali, ha confermato l'approccio estensivo già insito nel tenore delle disposizioni definitorie²⁹.

Che la disciplina di protezione dei dati personali abbia un'estensione così ampia, attraverso le definizioni-chiave di «dato personale», «trattamento» e «titolare del trattamento», non stupisce. Infatti, è noto che le preoccupazioni di tutela della

²⁸ Alle autorità indipendenti, definite «autorità di controllo», il RGPD dedica una serie di disposizioni (artt. 51-59), innovando rispetto alla direttiva 95/46 che prevedeva il solo art. 28. Un'ulteriore novità introdotta dal RGPD è quella di aver sostituito il Gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali (c.d. Gruppo art. 29, che prendeva il nome dall'articolo della dir. 95/46 che ne sanciva l'istituzione e disciplinava le funzioni e la composizione) con il Comitato europeo per la protezione dei dati personali, noto anche come EDPB per l'acronimo inglese di *European Data Protection Board*.

²⁹ A titolo meramente esemplificativo, si possono citare alcuni casi giurisprudenziali europei. La Corte di giustizia dell'Unione europea, in una delle primissime pronunce (sentenza 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, in *Foro it.*, IV, 2004, p. 57, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della «privacy» comunitaria*) ha stabilito, dopo aver tenuto a precisare che l'ambito di applicazione della direttiva 95/46 è molto ampio (paragrafo 88), che il trattamento di dati personali include anche certe attività non lucrative compiute sul web, per cui «l'operazione consistente nel fare riferimento, in una pagina Internet, a diverse persone e nell'identificarle vuoi con il loro nome, vuoi con altri mezzi, ad esempio indicando il loro numero di telefono o informazioni relative alla loro situazione lavorativa e ai loro passatempo, costituisce un 'trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato' ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE», e non costituisce un'eccezione ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva 95/46. L'approccio estensivo della CGUE si scorge anche nella sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/16, *Nowak*, in *Dir. comun. scambi intern.*, 2017, p. 618, ove i giudici di Lussemburgo hanno affermato che la nozione di dato personale «comprende potenzialmente ogni tipo di informazioni, tanto oggettive quanto soggettive, sotto forma di pareri o di valutazioni, a condizione che esse siano «concernenti» la persona interessata» (paragrafo 34), così che le risposte scritte fornite da un candidato durante un esame professionale e le eventuali annotazioni dell'esaminatore relative a tali risposte possono costituire, sulla base delle circostanze del caso concreto, dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46/CE (nel caso di specie, le circostanze concrete conducevano in tal senso). E, sempre nella stessa direzione estensiva, si può richiamare altresì Corte giust. UE 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Breyer*, disponibile *online* su: www.curia.eu, la quale ha asserito che «un indirizzo di protocollo Internet dinamico registrato da un fornitore di servizi di media online in occasione della consultazione, da parte di una persona, di un sito Internet che tale fornitore rende accessibile al pubblico costituisce, nei confronti di tale fornitore, un dato personale [ai sensi dell' articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46], qualora detto fornitore disponga di mezzi giuridici che gli consentano di far identificare la persona interessata grazie alle informazioni aggiuntive di cui il fornitore di accesso a Internet di detta persona dispone» (paragrafo 49). A livello nazionale, sull'inclusione dei dati «valutativi» nella nozione di dati personali da parte della «giurisprudenza» del Garante della *privacy*, secondo un approccio poi recepito anche a livello legislativo, v. le considerazioni di G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, pp. 524-525.

*privacy*³⁰ si sono storicamente affermate, in un primo momento, a seguito della diffusione degli stampati e, successivamente, in modo decisivo, a seguito dell'impiego degli elaboratori elettronici³¹, che hanno permesso la creazione di banche dati tanto nella dimensione privata, quanto in quella pubblica³². Fin dalle origini, pertanto, il baricentro delle normative, quanto meno europee, in tema di protezione dei dati personali è gravitato intorno all'esigenza di salvaguardare l'individuo dalle ingerenze che le nuove tecnologie avrebbero potuto determinare nella sua sfera individuale, influenzando in tal modo l'angolo di visuale da cui osservare il problema³³.

³⁰ Come si vedrà più avanti (§ 2.1), il termine *privacy* designa una nozione giuridica controversa e polisemica. Le traduzioni del termine sono state parecchie, ma, per la forza evocativa di cui è esso portatore, fin dagli studi più risalenti diversi autori hanno preferito utilizzare tale lemma anche in contesti geografici diversi da quelli di origine: cfr. G. MARTINOTTI, *La difesa della 'privacy'*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 756; G. ALPA, *Privacy e statuto dell'informazione*, in AA.VV., *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 201.

³¹ Cfr. T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, pp. 4-9, il quale tuttavia restringe l'analisi al sorgere dell'interesse al riserbo; R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione: una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, p. 3, il quale rileva che «il legame con il progresso tecnologico spiega perché l'esigenza di tutela della vita privata sia stata avvertita dapprima nei paesi di lingua inglese – i primi, infatti, ad essere interessati (e perché no?, innervati) dalla rivoluzione industriale – e solo più tardi si è diffuso, non senza contrasti, negli altri ordinamenti liberal-democratici». Più in generale, sullo «stretto legame fra ampliamento dei mezzi di comunicazione e del pubblico da essi raggiunto, e sviluppo dei mezzi giuridici volti alla protezione della personalità», v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1995, p. 434.

³² Nel settore privato, le prime banche dati sono state segnalate principalmente nel settore creditizio, dove la raccolta di informazioni sui clienti assume chiaramente un valore particolare. Nel settore pubblico, invece, l'acquisizione di una mole sempre maggiore di informazioni relative a persone fisiche e giuridiche è da ricondurre soprattutto alla preparazione e alla gestione di programmi di intervento amministrativo, in particolar modo nella sfera fiscale e in quella di sicurezza sociale. Per riferimenti storici rispetto al sorgere delle prime banche dati, v. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, pp. 9-10, 29-30. Per una tendenza a percepire diversamente, in base al momento storico, i rischi derivanti dal trattamento dei dati personali nel settore pubblico e nel settore privato, v. S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 573, il quale segnala che «mentre all'inizio degli anni '70 il settore pubblico era considerato il destinatario principale, se non l'unico, dei principi sul trattamento dei dati, e conseguentemente il settore privato era soggetto a norme più miti, alla fine degli anni '90 l'attenzione si è concentrata più che mai sul settore privato e gli organi pubblici reclamano la posizione privilegiata che una volta era dei privati».

³³ Già con riguardo al Progetto di Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone dal trattamento automatizzato dei dati a carattere personale, si segnalava che «il documento [...] si inserisce nella evoluzione degli strumenti giuridici – via via definiti nelle diverse esperienze – che si sono congegnati per *tutelare l'individuo* dall'uso illecito di elaboratori elettronici» (corsivo aggiunto): così G. ALPA, *Raccolta di informazioni, protezione dei dati e controllo degli elaboratori elettronici (in margine a un progetto di convenzione del Consiglio d'Europa)*, in *Foro it.*, 1981, V, p. 27.

Va segnalato, tuttavia, che le prime leggi nazionali in materia (v. più avanti nota 22) dovevano considerarsi «leggi sui dati personali», più che «leggi a tutela della personalità», dal momento che si concentravano sul fenomeno del trattamento automatizzato per mezzo di banche dati, finendo per porre i valori della persona non sempre in posizione preminente. Su tali aspetti, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, pp. 164-165.

Sono state, dunque, le istanze di protezione personalistica a imporre una tale prospettiva (così ampia) sul tema del trattamento dei dati personali. Tuttavia, prima che si giungesse a una compiuta disciplina per mezzo della direttiva 95/46³⁴, negli ordinamenti, come quello italiano, che non avevano ancora una normativa nazionale in materia³⁵, l'espressione «dati personali» riusciva ad evocare orizzonti concettuali ancora più vasti, per di più molto diversi tra loro.

Orbene, nel lungo periodo di assenza di riferimenti di diritto positivo dovuto alla poca solerzia del nostro legislatore a intervenire su tali problematiche, la riservatezza era l'oggetto su cui ricadeva il maggiore interesse della dottrina, a cui però si affiancavano questioni, in qualche modo limitrofe, che potevano condurre il discorso

³⁴ È vero che già dal 1981 era presente la Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone dal trattamento automatizzato dei dati a carattere personale, tuttavia, nel caso dell'Italia, essa fu ratificata solo nel 1989 (l. 21 febbraio 1989, n. 98) e fino alla legge n. 675/1996 non venne adottata nessuna normativa per adeguarsi alla Convenzione. Pertanto, la l. n. 675/1996 servì per porre termine al difetto di adeguamento alla Convenzione, ma finì per subire una netta influenza della direttiva 95/46 nel frattempo adottata, sebbene non potesse reputarsi *strictu sensu* una legge di recepimento della direttiva. Sulla «sorte bizzarra» della l. 675/96, v. C. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., pp. 189-190.

³⁵ Le prime normative sul trattamento dei dati risalgono al 1970, anno in cui due stati federali tedeschi, l'Assia e la Baviera, hanno approvato leggi regionali regolanti la materia in questione. Successivamente, vanno menzionate in ordine cronologico: la *Datalag* svedese dell'11 maggio 1973; la *Bundesdatenschutzgesetz* della Repubblica federale tedesca del 27 gennaio 1977, *Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung* (legge per la protezione contro gli usi illeciti di dati personali); la legge francese del 6 gennaio 1978, n. 78-17, *loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* (legge sulla informatica, sugli archivi e sulle libertà); la legge norvegese del 9 giugno 1978, n. 48, sui registri dei dati personali e altro; le leggi danesi del 8 giugno 1978, nn. 293 e 294, rispettivamente *Lov om private registre* e *Lov om offentlige myndigheders registre*; la *Datenschutzgesetz DSG* austriaca del 18 ottobre 1978, n. 565; la legge lussemburghese del 30 marzo 1979, sull'identificazione numerica delle persone fisiche e giuridiche; il *Data Protection Act* inglese del 12 luglio 1984; le leggi finlandesi del 30 aprile 1987, nn. 471 e 474, rispettivamente sugli schedari dei dati personali e sulla Direzione per la tutela dei dati e sull'*Ombudsman* preposto alla loro protezione; il *Data Protection Act* irlandese n. 25/1988 del 13 luglio 1988; il *Wet persoonsregistraties* olandese del 28 dicembre 1988, n. 665; la legge islandese del 28 dicembre 1989, n. 121, concernente la registrazione e il trattamento dei dati personali; la legge portoghese del 29 aprile 1991, n. 10; la legge slovena del 7 marzo 1990 sulla sicurezza dei dati; la legge del 29 aprile 1992, n. 256/92, adottata dalla Repubblica Ceca, sulla protezione dei dati personali nei sistemi d'informazione; la *Loi fédéral sur la protection des données* (LPD) della Svizzera del 19 giugno 1992; la legge ungherese del 27 ottobre 1992, n. 63; la *Ley organica 5/1992, de 29 de octubre, de regulaciòn del tratamiento automatizado de los datos de caracter personal* adottata in Spagna; la *Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* del Belgio. Al di fuori dei confini europei, gli Stati Uniti si sono dotati del *Privacy Act* del 31 dicembre 1974 e del *Fair Credit Reporting Act* del 26 ottobre 1970, recante una disciplina sulla correttezza dei dati per il credito.

Alcune di queste normative sono riportate, tradotte in italiano, nella prima appendice che si ritrova in RODOTA, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 251-298. Per una panoramica completa del quadro storico sulle discipline di protezione dei dati personali in ambito internazionale ed europeo, v. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, pp. 3-8, 71-79. Più di recente, in sintesi, v. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, pp. 59-60.

su terreni anche parecchio distanti dalla tutela della persona³⁶. Si pensi al prestigioso convegno tenutosi a Macerata nel 1982, dal titolo «Il riserbo e la notizia»³⁷, nel quale gli illustri relatori e intervenienti spaziavano dal diritto alla riservatezza³⁸, da poco riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità³⁹, al diritto di cronaca⁴⁰, passando per il regime di *privacy* negli ordinamenti angloamericani⁴¹, e finendo per soffermarsi su temi specialistici, di ambito più propriamente commerciale, come le notizie industriali e la tutela delle invenzioni⁴². A conferma di tale approccio, che potremmo definire quasi olistico, i dati personali venivano spesso esaminati nell'ambito delle disquisizioni riguardanti il *genus* «informazione», soprattutto da parte di quella dottrina che si è sforzata di ricostruire lo statuto giuridico di quest'ultima⁴³ e ha riflettuto sulla possibile riconducibilità della stessa alla categoria dei beni⁴⁴.

In tale contesto, l'introduzione in ambito nazionale di un corpo normativo rivoluzionario come la l. n. 675/1996 ha segnato una svolta che non poteva non avere

³⁶ Impostando le questioni in termini di diritto dell'informatica, quest'ultima intesa come informazione trattata in forma automatica, va rilevato che in tale branca del diritto, negli anni '80, si includevano i seguenti temi: «la contrattualistica informatica, i reati informatici, la protezione giuridica del software, la tutela della *privacy*, il valore probatorio delle elaborazioni informatiche»: così R. PAGANO, *Aspetti economici e giuridici delle banche dati*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 124.

³⁷ AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983.

³⁸ V. FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, cit., p. 31 ss.; G. GIACOBBE, *Il diritto alla riservatezza nella prospettiva degli strumenti di tutela*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, cit., p. 139 ss.

³⁹ Il primo riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità si riconduce al celebre «caso Soraya», deciso dalla sentenza della Cassazione del 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, I, p. 2895, con nota di M. MONTELEONE. Per alcuni appunti sul vivace dibattito dottrinale intorno al diritto alla riservatezza, si rinvia al cap. II.

⁴⁰ A. CATAUDELLA, *Segreto, privato e cronaca*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, cit., p. 85 ss.

⁴¹ G.B. FERRI, *Persona e privacy*, AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, cit., p. 61 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Recenti orientamenti giurisprudenziali americani in materia di privacy*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, cit., p. 279 ss.

⁴² P. SPADA, *Intervento*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, cit., p. 273 ss.

⁴³ ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, cit., pp. 12-13.

⁴⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, pp. 34-37; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.; R. PARDOLESI, C. MOTTI, «L'idea è mia»: *lusinghe e misfatti dell'economics of information*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 345 ss. La teorizzazione unitaria dell'informazione come bene giuridico si deve soprattutto alla dottrina francese: v. P. CATALA, *Ebauche d'une théorie de l'information*, in *Inf. e dir.*, I, 1983, p. 15 ss.; S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. inf.*, 1987, p. 445 ss.; in senso critico A. PRÜM, *Information. Data and Continental Law*, in P. HANSEN (ed.), *Freedom of Data Flows and EEC Law*, cit., p. 27 ss. (spec. 32-37).

Di recente, in un'ottica europea, si è riaperto il dibattito sui dati come bene giuridico: v. A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, p. 51 ss.; H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European contract law and the Digital Single Market: the implications of the digital revolution*, Cambridge, 2016, p. 51 ss. Sul punto, si tornerà nel cap. II trattando dei rapporti tra dati personali e proprietà.

ripercussioni anche sull'approccio dottrinale relativamente alla tematica del trattamento dei dati personali⁴⁵. Non si è proseguito, ad esempio, con i tentativi di qualificazione dell'informazione sotto l'egida unificante del bene giuridico e, di pari passo, le riflessioni circa la rilevanza economica dei dati personali, pur essendo spesso accennate come punto di partenza per segnalare i rischi di invasione della sfera personale, sono divenute recessive⁴⁶ rispetto alla mole di lavori scientifici che, occupandosi della protezione dei dati, si sono soffermati sugli aspetti più propriamente personalistici discendenti dalla normativa introdotta e dalla giurisprudenza intervenuta sul tema⁴⁷. Emblematica, in tal senso, è la presa di posizione di una dottrina particolarmente sensibile al tema della tutela personalistica e contraria a un certo «pragmatismo sociologico» generalizzante:

«La fase dell'unificazione del tema dell'informazione è stata importante per segnalare l'imponenza dei fenomeni che accompagnano l'avvento della società informatica. Ma ad essa, mi sembra debba farsi seguire una nuova fase in cui questi fenomeni imponenti vengono nuovamente disaggregati per ritornare agli istituti ove solo si può pensare di trovare schemi e principi normativi in grado di orientare correttamente la soluzione»⁴⁸.

Può, adesso, richiamarsi la seconda locuzione che delimita il nostro tema: l'attività economica. Essa non può considerarsi un concetto normativo in senso stretto, né si vuole utilizzarla come se lo fosse⁴⁹. Si intende, piuttosto, evocare un campo di interessi

⁴⁵ In termini drastici, cfr. V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, pp. 691-692, il quale rimarca che «la riflessione del giurista italiano si è appuntata pressoché esclusivamente sul tema della sfera morale del soggetto cui i dati si riferiscono, senza offrire una lettura ulteriore del fenomeno studiato, in termini patrimonialistici, senza voler considerare l'ipotesi che quel soggetto ben potrebbe disporre dei propri dati ricavandone profitto, secondo i modelli e gli schemi giuridici propri dello scambio economico; e senza considerare l'attività economica di impresa che è alla base, nella prospettiva di chi "acquista" e compie operazioni economicamente valutabili, del trattamento di quegli stessi dati».

⁴⁶ Tra le (non molte) riflessioni sul tema, v. C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 1049 ss.

⁴⁷ Può segnalarsi, a tal proposito, il crescente interesse della dottrina costituzionalistica: *ex multis*, v. F. PIZZETTI (a cura), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; ID., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016; O. POLLICINO, M. BASSINI, *Art. 8 – Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 134 ss.

⁴⁸ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. prit.*, 1998, p. 345. In particolare, l'autore si riferisce criticamente alla dottrina francese citata nella nota 44 e, in parte, alla stessa dottrina italiana affascinata dalle tendenze unificatrici sotto la categoria dei beni giuridici.

⁴⁹ Parlando di concetto normativo "in senso stretto" si allude alla categoria dei c.d. «concetti legislativi» che, com'è noto, si distinguono dai c.d. «concetti teorici», o «costruzioni scientifiche». Su tale distinzione, v. A. BELFIORE, *Materiali del corso di Diritto civile 2011-12*, Catania, 2011, p. 229.

e di fenomeni, prescindendo da puntuali riferimenti a nozioni giuridiche – quali quelle di impresa o di professionista – presenti nell’ordinamento nazionale ed eurounitario. Non può trascurarsi, tuttavia, che il termine «attività» richiama uno schema concettuale ben noto alla dottrina giusprivatistica e sullo sfondo di tali studi si pongono le note che seguono⁵⁰. D’altra parte, non è certo nuova la tesi secondo la quale il trattamento dei dati personali consisterebbe proprio in un’attività, ossia in una serie di atti funzionalmente coordinati e collegati in vista di uno scopo unitario⁵¹.

Nella moltitudine delle attività sociali e istituzionali in cui si fa uso di dati personali, con la succitata definizione di «trattamento» che fa da solida sponda giuridica per una concezione ampia del fenomeno, la focalizzazione sull’attività economica si prefigge, innanzitutto, lo scopo di restringere l’ambito d’indagine. Per essere più chiari, nel presente lavoro, pur occupandoci di problematiche attinenti ai dati personali, non si volgerà lo sguardo alle pratiche di trattamento dei dati poste in essere dai soggetti che esercitano un potere pubblico, né si intende esaminare quei trattamenti privati di dati che non rispondono a un fine economico. Esemplicando: non troveranno spazio, dunque, né la raccolta di dati operata dall’ufficio anagrafe di un qualsiasi comune, né l’archivio di dati tenuto da un’associazione sportiva riguardante le generalità ed altre eventuali informazioni dei propri atleti, né il trattamento di dati che un’impresa effettua per adempiere a un obbligo di legge. In tal modo, si sta compiendo una restrizione sia sul piano soggettivo (esclusione dei soggetti che esercitano poteri pubblici e, più in generale, che non svolgono un’attività economica), sia sul piano oggettivo (esclusione degli usi di informazioni personali che perseguono fini diversi da quelli economici)⁵².

Se l’intento restrittivo è quello più evidente, non può tacersi tuttavia il secondo obiettivo di tale scelta metodologica. Accostando al sintagma «dati personali» l’evocativo di una dimensione economica, si vogliono allargare gli orizzonti intingendo il discorso nel magma di quei rapporti socio-economici in cui i dati

⁵⁰ Per tutti, v. G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 982 ss.

⁵¹ A. NERVI, *Il contenuto dell’attività di trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, pp. 61-95, spec. pp. 73-75. Su una lettura del trattamento dei dati personali svolto nell’ambito di un’attività economica, v. R. FRAU, *Profili del consenso al trattamento dei dati personali per fini economici. Raffronto con la normativa spagnola*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2598 ss.

⁵² Una simile delimitazione del campo d’indagine, sebbene volta a fini parzialmente diversi rispetto a quelli qui perseguiti, è compiuta da F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, Milano, 2018, pp. 28-29.

personali sempre di più hanno assunto una chiara rilevanza patrimoniale, senza però trovare solidi appigli sistematici nell'ordito normativo della *data protection*. Allargare l'angolo di visuale, in tal senso, può significare spingersi oltre il lessico e le categorie (liquide) della disciplina di protezione dei dati personali, nel tentativo di sistematizzare (una parte del)la materia del trattamento dei dati personali anche in altri settori dell'ordinamento giuridico. Non si tratta di recuperare una logica unificante dell'informazione intorno alla categoria di bene giuridico, piuttosto si tratta – riprendendo le parole di Messinetti, ma rivolgendole a fini diversi da quelli da lui immaginati – di proseguire in un'opera di disaggregazione, questa volta all'interno della categoria di dati personali, posto che sulla base della stessa disciplina di *data protection* non tutti i dati personali hanno il medesimo statuto normativo⁵³. A tal proposito, però, una precisazione – per quanto ovvia – è d'obbligo: il tentativo in questione non ha per nulla l'intento di *superare* la disciplina di protezione dei dati personali con riguardo al trattamento dei dati per fini economici, né mira a suggerire una riforma della stessa. L'obiettivo prefissosi è quello di verificare la possibilità di *affiancare* alla normativa di protezione dei dati personali concetti aventi una natura diversa per consentire un migliore inquadramento di fattispecie già presenti nella prassi.

Delineato il campo d'indagine, si ritiene opportuno, in primo luogo, compiere una ricognizione degli studi che hanno già accostato, in vario modo, l'informazione personale all'attività economica. Si sceglie così di individuare tre declinazioni che si reputano particolarmente significative, in quanto simbolo di tre approcci diversi tra loro. Le si introduce adesso per sommi capi, prima di esaminarle singolarmente più in dettaglio.

§ 2.1) Le prime riflessioni sulla rilevanza economica delle informazioni personali sono da attribuire agli esponenti americani dell'*economic analysis of law*⁵⁴. Negli Stati

⁵³ Circa l'esistenza di statuti differenziati delle informazioni personali, cfr. S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 304; sulla stessa linea, rimarcando le differenze tra informazioni «tradizionali» e dati genetici, SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, cit., p. 576. Sul punto, con accenti diversi ma con un comune approccio “disaggregante”, v. anche F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 613 ss.; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, *passim*; L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, p. 531, *passim*.

⁵⁴ Per tutti, v. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VIII ed., Wolters Kluwer, 2011.

Uniti, infatti, il dibattito sulla *privacy* è sfociato, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, anche sul piano economico, generando opinioni parecchio divergenti sugli effetti – in termini di efficienza – di un regime di controllo individuale delle informazioni rispetto ad un regime di piena *disclosure* delle stesse. Volendo definire tale approccio, potremmo dire che in questo caso l'*economico* riguarda il tipo di *analisi* che si effettua sulle informazioni personali, verificando attraverso i classici argomenti dell'analisi economica quale sia la disciplina giuridica preferibile.

§ 2.2) Come si è già accennato, una volta intervenuta la normativa comunitaria, con a seguito le discipline nazionali di recepimento, sono state le norme introdotte dal legislatore interno a richiamare principalmente l'attenzione della dottrina italiana. Tra i passaggi più discussi della l. n. 675/1996, val la pena di ricordare l'ambigua formula «dati personali relativi allo svolgimento di attività economiche», utilizzata dagli artt. 12, co. 1, lett. f) e 20, co. 1, lett. e) della stessa legge per riservare a tale tipologia di dati una disciplina differenziata sotto alcuni profili, nonostante la direttiva non prevedesse nulla sul punto. È sembrato, dunque, che il legislatore italiano abbia voluto garantire una disciplina *ad hoc* alle informazioni economiche (con notevoli differenze, tuttavia, a seconda che ci si riferisca – come vedremo più avanti – al contenuto o al soggetto cui le informazioni appartengono) rispetto alle altre tipologie di informazioni personali, così come suggerito da una parte della dottrina già prima dell'introduzione della legge. Risulta chiaro che, in questo caso, l'*economico* viene affiancato all'informazione personale sotto forma di attributo della stessa, con l'intento di (ri)costruire, a partire da un'indicazione di diritto positivo, una categoria particolare di dati personali. Con la riforma del d.lgs. n. 196/2003, e adesso con l'adeguamento di quest'ultimo all'entrata in vigore del RGPD, sembra essersi attenuato l'interesse scientifico verso questo tipo di approccio. Potrebbe, invece, sortire esiti più felici una valorizzazione del concetto di trattamento di dati personali avente finalità economica: in tale direzione si trarranno degli spunti dall'ordinamento tedesco.

§ 2.3) Una prospettiva meno statica di quella precedente è quella di coniugare l'*economico* con riferimento al *valore* che hanno assunto i dati personali nella realtà sociale odierna. Valore economico dimostrato dalla funzione imprescindibile che il trattamento di dati personali riveste in una moltitudine di modelli commerciali, soprattutto in ambito digitale, ma ancor di più dalla comparsa di veri e propri mercati sulla rete telematica, nei quali grandi aggregatori di dati personali offrono gli stessi

alle imprese che intendono sfruttarli per le loro attività. Quest'approccio è quello più sociologico, rispetto al quale, mentre la letteratura economica si sta già muovendo per organizzare il dato fattuale all'interno dei suoi modelli, la letteratura giuridica si trova ancora impreparata, timorosa probabilmente di "stressare" le categorie tradizionali in nome di un eccessivo (gius)realismo.

La trattazione che segue non ha la pretesa di fornire un quadro onnicomprensivo di tutti i possibili approcci attraverso i quali si può osservare l'intreccio tra dati personali e attività economica⁵⁵. Si intende, invero, offrire soltanto una panoramica che tratteggi, secondo un ordine grosso modo diacronico, alcune tappe ritenute significative del rapporto in questione.

2.1. L'analisi economica della *privacy* nel dibattito nordamericano

Prima di soffermarci sulle tesi portate dalla scuola giuseconomica americana in ordine alla disciplina giuridica più efficiente in tema di *privacy*, è doveroso chiarire cosa si intende con quest'ultima nozione, anticipando da subito la sua natura controversa e le difficoltà di traduzione nel linguaggio giuridico italiano⁵⁶.

Nella sua stessa terra d'origine, infatti, essa ha conosciuto accezioni differenti⁵⁷. La prima apparizione si fa comunemente risalire al celeberrimo saggio del 1890 pubblicato da Warren e Brandeis sulla *Harvard Law Review* col titolo «*The right to*

⁵⁵ In tema di dati personali e attività economica, un'altra possibile declinazione di questo rapporto è quella relativa ai costi che la disciplina sulla protezione dei dati personali impone all'impresa: v. A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007. Si tratta, in realtà, di una prospettiva rientrante nell'analisi economica della normativa, tuttavia non è un angolo di visuale cui si dedicherà particolare attenzione nel paragrafo dedicato all'analisi economica del diritto alla *privacy*.

⁵⁶ Si è già anticipato (v. nota 30) che diversi autori hanno suggerito di utilizzare il termine autoctono per le sue forti peculiarità, evitando così traduzioni fallaci. Tuttavia, se proprio lo si volesse tradurre in italiano, sarebbe più appropriato parlare di «diritto generale della personalità», invece che di «diritto alla riservatezza», cfr. V. ROPPO, *I diritti della personalità*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, cit., p. 62. Per l'accezione oggi assunta nell'ordinamento europeo, in virtù dei riferimenti contenuti nella CEDU (art. 8) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 7), sembra corretto intendere il diritto alla *privacy* come «protezione della vita privata»: così G. MARINI, *Diritto alla privacy*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2013, p. 200.

⁵⁷ Per una panoramica delle diverse definizioni di *privacy* nella dottrina statunitense, v. A. MANTELERO, *Privacy*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 757-779; A. ACQUISTI, *Privacy*, in *Riv. pol. econ.*, 2005, p. 319 ss.

privacy»⁵⁸. Il diritto alla *privacy*, declinato come diritto di essere lasciati soli (*the right to be let alone*), sorgeva come un'esigenza derivante dalla diffusione, per mezzo del giornalismo di impresa su carta stampata⁵⁹, di fatti privati principalmente riguardanti persone note, tutelabile riservando una sfera di intangibilità alla dimensione personale secondo schemi pressoché riconducibili alla proprietà privata. In tale contesto socio-fattuale, sotto una spinta ideologica di stampo liberale, il diritto alla *privacy* delle origini è stato visto come un portato prevalentemente della classe borghese⁶⁰. Va segnalato, inoltre, che le prime pronunce delle corti nordamericane hanno inteso il diritto in questione in un senso funzionale all'attribuzione di una tutela dallo sfruttamento economico altrui degli attributi della personalità⁶¹. In tal modo, esso finiva per garantire una protezione a quegli interessi, di tipo commerciale, che a distanza di qualche tempo sarebbero stati separati con il riconoscimento autonomo del *right of publicity*, che può essere definito come «*a celebrity's right to the exclusive use of his or her name and likeness*»⁶². Invero, il *right to privacy* sviluppato da Warren e Brandeis non rispondeva in modo soddisfacente alle esigenze di Broadway e Hollywood, dove le celebrità sono attratte dalla «*publicity, which may be regarded as*

⁵⁸ S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193-220. Si è evidenziato, tuttavia, che lo scritto dei due giuristi bostoniani non ha rappresentato una creazione *ex novo*, ma una rifondazione di un diritto già noto all'ordinamento statunitense, discendente dal principio per cui l'individuo deve essere tutelato nella persona e nella proprietà, riconosciuto dagli stessi autori del saggio come un principio «*as old as the common law*»: per simili notazioni, v. MANTELERO, *Privacy*, cit., p. 758; G.B. Ferri, *Persona e privacy*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, cit., p. 59. D'altra parte, l'origine storica della *privacy* è da taluni ricondotta alla prassi britannica, a partire dal *case Prince Albert v. Strange* del 1849, e da altri all'opera di Kohler «*Das Autorrecht*»: v. R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in ID. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, pp. 4-5.

⁵⁹ Evidenza che il *right to privacy* prende forma verso la fine dell'Ottocento, quando si diffonde la stampa in *offset*, la fotografia e il giornalismo di impresa, PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pp. 46-47.

⁶⁰ RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 21-24: in particolare, si è notato che «la nascita della *privacy* non si presenta come la realizzazione di una esigenza "naturale" di ogni individuo, ma come l'acquisizione di un privilegio da parte di un gruppo. Non è un caso che gli strumenti giuridici di tutela siano prevalentemente modellati su quelli caratteristici del diritto borghese per eccellenza, la proprietà; e che esigenze analoghe a quelle fatte valere dalla borghesia sotto l'etichetta della *privacy* o non siano affatto riconosciute alla classe operaia o vengano più tardi realizzate attraverso strumenti giuridici completamente diversi (si pensi, ad esempio, alla tutela della personalità)». Sull'origine dell'interesse al riserbo, da individuarsi principalmente nel «passaggio da una società rurale a una società industrializzata e dal conseguente esodo dalla campagna alla città», v. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, cit., pp. 1-7 (in part. 2-3). Peraltro, per un'interpretazione dell'articolo di Warren e Brandeis nel senso invece di una critica che i giuristi bostoniani hanno inteso muovere alla concezione proprietaria della *privacy*, a favore di una visione personalistica ed individuale della stessa (*privacy-dignity*), v. MANTELERO, *Privacy*, cit., p. 759 (in part. nota 7).

⁶¹ Segnala quest'aspetto MANTELERO, *op. ult. cit.*, p. 759.

⁶² G.R. CAPLAN, *The right of publicity*, in *Glendale Law Review*, 1995, p. 93.

the reverse side of the coin of privacy»⁶³. Nonostante il sopravvento del *right of publicity*, intorno agli anni Sessanta del secolo scorso la dottrina americana fu colta da un rinnovato interesse verso la *privacy*. In particolare, a riaccendere il dibattito sono stati, da un lato, Prosser, con il suo tentativo di fornire una sistematizzazione all'estesa *law of privacy*, la quale garantisce tutela a diversi tipi di invasione della sfera personale attraverso quattro distinte figure di *torts* (*intrusion, public disclosure of private facts, false light in public eye, appropriation*)⁶⁴, e, dall'altro lato, Westin, con la sua rivoluzionaria declinazione di *privacy* alla luce della mutata realtà socio-economica, cioè *privacy* intesa nel senso di diritto di controllare i propri dati personali⁶⁵, che a quei tempi iniziavano ad essere oggetto di raccolta automatizzata per mezzo delle banche dati dei colossi imprenditoriali statunitensi. Il cambio di prospettiva di quest'ultima opera ha riscosso notevole successo anche nella letteratura europea, che ha ripreso la felice intuizione dell'autore nordamericano⁶⁶.

A seconda dell'angolo di visuale assunto dagli autori che nell'arco di quasi un secolo e mezzo hanno scavato nella miniera della *privacy*, si sono enfatizzati di volta in volta aspetti diversi. Un gruppo di studiosi, ad esempio, ha voluto associare la *privacy* al tema dell'informazione, intendendo la stessa come «*the concealment of*

⁶³ M.B. NIMMER, *The Right of Publicity*, in *Law and Contemporary Problems*, 1954, p. 204.

⁶⁴ W. PROSSER, *Privacy*, in *California Law Journal*, 1960, pp. 383-423. Come si è detto nel testo, l'opera di Prosser ha stimolato un vivace dibattito accademico oltreoceano: si veda, ad esempio, E.J. BLOUSTEIN, «*Privacy as an Aspect of Human Dignity - An Answer to Dean Prosser*», in *New York University Law Review*, 1964, pp. 962-1007.

⁶⁵ A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, London, 1970 (si tratta di una ristampa europea del testo originario *Privacy and Freedom*, New York: Athenum, 1967), in part. p. 7, dove l'autore definisce la *privacy* come «*the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others*».

⁶⁶ In ambito italiano, la rielaborazione più lucida del cambio di prospettiva si trova nelle pagine di RODOTÀ, *Tecnologi e diritti*, cit., *passim* (spec. pp. 22-29 nel capitolo «*La privacy tra individuo e collettività*», pp. 50-52 nel capitolo «*Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*», pp. 101-105 nel capitolo «*Privacy e costruzione della sfera privata*»). Magistrali le seguenti considerazioni che vanno oltre la stessa prospettiva di Westin, svincolando l'angolo di visuale da ogni pretesa rigidamente definitoria: «Una delle possibili definizioni funzionali della *privacy* è [...] quella che la descrive come uno strumento per limitare la circolazione delle informazioni. Tuttavia, proprio seguendo le molteplici vicende della definizione della *privacy*, ci accorgiamo ormai come essa, considerata isolatamente, sia inidonea a costituire una precisa regola per la circolazione delle informazioni: quel che conta è soprattutto il contesto, sociale ed istituzionale, all'interno del quale la questione della *privacy* si trova storicamente collocata. Il riferimento della *privacy* esprime l'indicazione di un valore tendenziale più che una vera e propria definizione legislativa. E questo è confermato dal fatto che tutta la legislazione sulla protezione dei dati non contiene al suo interno formali definizioni della *privacy*». (ID., *op. ult. cit.*, pp. 79-80). Più di recente, v. ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, pp. 395-398.

Tra i primi a segnalare il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica della *privacy* incentrata sul controllo, v. anche FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, cit., p. 22-23.

information»⁶⁷; in altri termini, come contrario di *disclosure*. Si tratta della prospettiva assunta dagli economisti e dai giuristi aderenti a quella corrente metodologica, nota come analisi economica del diritto, attenta a riflettere sulle conseguenze economiche discendenti dagli istituti giuridici⁶⁸.

Ecco, dunque, come si è giunti all'interesse economico per la *privacy*. Letta quest'ultima in chiave di informazione, o meglio di *non*-informazione, le riflessioni economiche su di essa possono farsi rientrare tra gli studi circa l'importanza dell'informazione nell'economia⁶⁹.

Una recente ricognizione dell'*economics of privacy* distingue tre fasi di tale area di ricerca: la prima riconducibile alla fine degli anni '70 e ai primi anni '80 del secolo scorso; la seconda protagonista negli anni '90; e infine la terza caratterizzante i nostri tempi⁷⁰. Le prime due fasi sono simili in quanto caratterizzate da studi basati sull'utilizzo dei tipici argomenti dell'analisi economica, rapportati al tema della *privacy*; la terza fase, invece, ha un'impronta diversa, essendo gli ultimi studi focalizzati sulla ricerca empirica e sulla costruzione di modelli più che sull'utilizzo di argomenti economici. In questa sede, in coerenza, da un lato, al significato classico attribuito all'analisi economica del diritto e, dall'altro, alla dimensione *lato sensu* diacronica che si è scelto di adottare, passeremo in rassegna le tesi riconducibili principalmente alle prime due fasi, stando alla classificazione operata da Acquisti, Taylor e Wagman, rinviando più in avanti (§ 2.3) per una considerazione degli studi sul valore economico dei dati personali nella società contemporanea.

Il primo studio giuseconomico avente ad oggetto la *privacy* risale a Richard A. Posner, il quale, pur riconoscendo che in astratto l'assegnazione agli individui di un

⁶⁷ R.A. POSNER, *The right of privacy*, in *Georgia Law Review*, 1978, p. 393. A voler essere precisi, la barriera al flusso di informazioni determinata dalla *privacy* può avvenire sotto un duplice versante: sia come informazione che l'individuo rifiuta di ricevere («*the protection against intrusion by unwanted information*»), sia come informazione che l'individuo rifiuta di concedere («*the ability to control information about oneself and one's activities*»); così E.M. NOAM, *Privacy and self-regulation: Markets for electronic privacy*, in *Privacy and Self-regulation in the Information Age*, US Department of Commerce, 1997.

⁶⁸ Com'è noto, la nascita dell'*economic analysis of law* si fa risalire alla scuola di Chicago, la quale, per l'appunto, ha ospitato il famoso convegno su «*The Law and Economics of Privacy*» del 1979, i cui atti sono stati pubblicati in un fascicolo monografico del *Journal of Legal Studies* (vol. 9, no. 4, dec. 1980).

⁶⁹ L'economia della *privacy* è considerata una sotto-branca dell'economia dell'informazione da A. ACQUISTI, C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The economics of privacy*, in *Journal of Economic Literature*, 2016, p. 443. Tra i molteplici contributi sull'economia dell'informazione, v. a titolo esemplificativo J.E. STIGLITZ, *The contributions of the economics of information to twentieth century economics*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2000, pp. 1441-1478.

⁷⁰ ACQUISTI, TAYLOR, WAGMAN, *The Economics of Privacy*, cit., pp. 450-462.

diritto proprietario sulle informazioni che li riguardano potrebbe garantire, attraverso lo scambio volontario, di far utilizzare l'informazione a chi attribuisce ad essa il maggior valore, ha sostenuto che l'informazione personale che gli individui intendono tenere riservata non è comunque il prodotto di un significativo investimento, come nel caso dei segreti d'impresa. Solitamente, infatti, la domanda di *privacy* – secondo Posner e Stigler⁷¹ – riguarda l'informazione negativa, quella che screditerebbe gli individui, e in tal modo si tradurrebbe in un tentativo di inganno. Da queste premesse, la conclusione degli esponenti della scuola di Chicago è che la restrizione della circolazione delle informazioni personali, attuata mediante la *privacy*, è inefficiente perché limita l'uso di informazioni rilevanti nel circuito economico, con costi superiori a quelli determinati da un regime di pubblicità e libera circolazione⁷². In linea con quest'approccio critico, un altro autore ha evidenziato che una maggiore disponibilità di informazioni da parte delle imprese eviterebbe anche il costo di “annoiare” gli individui con offerte di *marketing* che non incontrano gli interessi dei destinatari. Se, infatti, le imprese conoscessero quanto più possibile le preferenze dei consumatori, la stessa domanda di *privacy* – nel senso di «*right not to be annoyed*» – verrebbe quasi meno⁷³. Per altro verso, evocando il teorema di Coase⁷⁴, si è notato che la riservatezza o la pubblicità delle informazioni personali, in assenza di costi di transazione, non dovrebbe dipendere dall'iniziale allocazione dei diritti sulle informazioni stesse, ma dalle valutazioni economiche delle parti interessate a quelle informazioni: se un consumatore, quindi, valuta la sua *privacy* più di quanto l'azienda, che tratta i suoi dati personali, valuta questi ultimi, i dati di quel consumatore verranno protetti perché, anche in assenza di un intervento regolatorio, costui sarà disposto a pagare per il diritto di proteggere i suoi dati⁷⁵, e viceversa.

È evidente che le due tesi appena enunciate avversano il riconoscimento del diritto alla *privacy*: nel primo caso, infatti, si ritiene inefficiente l'attribuzione di diritti

⁷¹ G.J. STIGLER, *An introduction to privacy in economics and politics*, in *The Journal of Legal Studies*, 1980, pp. 623–644.

⁷² In questa prospettiva, gli europei sono stati spesso accusati dagli statunitensi di avvalersi delle leggi sulla tutela della *privacy* per ostacolare il flusso internazionale dei dati: v. R. PAGANO, *Aspetti economici e giuridici delle banche dati*, in *Inf. dir.*, 1983, 3, p. 94.

⁷³ H.R. VARIAN, *Economic Aspects of Personal Privacy*, in W.H. LEHR, L. PUPILLO (eds.), *Cyber Policy and Economics in an Internet Age*, Boston, 2002, p. 127 ss.

⁷⁴ Per la prima illustrazione del teorema, v. R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44.

⁷⁵ Cfr. NOAM, *Privacy and Self-Regulation: Markets for Electronic Privacy*, cit.

proprietari agli individui, preferendo un regime di pubblicità delle informazioni; nel secondo caso, si ritiene che il benessere aggregato è indifferente rispetto all'allocazione dei diritti proprietari sulle informazioni personali, avendo essa un'incidenza solo sul benessere delle parti individuali con ricadute su chi deve pagare per accedere alle informazioni (le imprese), o per proteggerle (gli individui consumatori).

Tali orientamenti sono stati oggetto di critica sul piano strettamente economico. Una prima critica è giunta sul piano del metodo, da parte chi ha fatto notare che il modello dell'agente pienamente razionale, ossia persecutore di un interesse puramente egoistico, non è sufficiente al di fuori dei tradizionali contesti di mercato, come nel caso in questione della *privacy*⁷⁶. Inoltre, si è obiettato che, in un regime di pubblicità delle informazioni personali, gli individui tenderebbero a distorcere le loro azioni per rafforzare o preservare la loro reputazione, mentre, in un regime di controllo sulle stesse (*privacy*), essi sceglierebbero di compiere liberamente le azioni che incontrano le loro preferenze⁷⁷. Il desiderio di *privacy* degli individui, secondo una dottrina che ha compiuto una vera e propria *economic defence of privacy*, non può comunque essere ridotto alla salvaguardia della reputazione, essendovi altri fattori psicologici che possono spiegare le scelte degli individui, come la vergogna di rendere noti certi fatti personali o il desiderio di non essere disturbati da terzi⁷⁸. D'altra parte, il riconoscimento giuridico della *privacy* produrrebbe anche dei «*dynamic benefits*» (incentivi positivi) che risiederebbero, innanzitutto, nel fatto di evitare che gli individui, in assenza di una tutela garantita dal diritto, si ritrovino a sostenere costi socialmente improduttivi per mantenersi autonomamente un certo grado di *privacy*⁷⁹. Infine, anche l'applicabilità del teorema di Coase è stata messa in discussione per la presenza di asimmetrie informative che renderebbero tutt'altro che superfluo – ragionando sempre in termini economici – un intervento di regolazione allocativo della

⁷⁶ J. HIRSHLEIFER, *Privacy: Its origins, function and future*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, p. 654 ss. Tale critica può essere oggi rinvigorita in considerazione delle contestazioni generalizzate (non solo quindi all'ambito settoriale della *privacy*) mosse nei confronti dell'*economic analysis of law* da parte della *behavioural law and economics*: v. C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471 ss.

⁷⁷ A. DAUGHETY, J. REINGANUM, *Public goods, social pressure, and the choice between privacy and publicity*, in *American Economic Journal: Microeconomics*, 2010, pp. 191-221.

⁷⁸ R. MURPHY, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, in *Georgetown Law Review*, 1996, p. 2386.

⁷⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 2397.

risorsa iniziale⁸⁰. La massimizzazione del benessere complessivo dipende, infatti, dalla capacità individuale di operare una corretta valutazione economica della risorsa, nel caso di specie l'informazione personale. Se i consumatori non hanno sufficienti informazioni, ad esempio, sugli usi secondari che possono avere ad oggetto i loro dati personali (gli usi che potrebbe compiere un terzo, diverso dal primo utilizzatore), o non si avvedono della capacità delle imprese di sfruttare le loro informazioni, ad esempio, per condurre campagne di discriminazione sui prezzi, il *surplus* discendente dalla *disclosure* delle informazioni sarà tutto a favore delle imprese e a discapito dei consumatori⁸¹. A ciò si aggiunga che, oltre ad asimmetrie informative, vi possono essere altri fallimenti di mercato che inducono a preferire un'allocazione dei diritti sulle informazioni personali in capo agli individui interessati. A tal proposito, è stata segnalata la presenza di esternalità negative sempre in riferimento agli usi secondari delle informazioni: i terzi acquirenti potrebbero usare le informazioni personali in modi che impongono costi agli individui cui l'informazione si riferisce⁸². Inoltre, si è evidenziato che l'allocazione iniziale a favore delle imprese sarebbe inefficiente in quanto gli individui dovrebbero sostenere costi ingenti per scoprire quali loro informazioni sono state raccolte e trattate. Al contrario, con un'allocazione iniziale in capo agli individui, le imprese non dovrebbero sostenere tali costi di ricerca considerato che sono esse stesse che operano il trattamento delle informazioni personali. E ancora, la mancanza di un diritto alla *privacy* sarebbe pure inefficiente dal momento che le imprese non imposterebbero le loro attività sulla base delle preferenze di *privacy* di ciascun individuo, con il risvolto negativo, per i singoli, di affrontare i noti problemi relativi alle azioni collettive (ad es. la presenza di *free riders*) in questo caso necessarie per negoziare le condizioni di trattamento dettate dalle imprese⁸³.

Le tesi fin qui esposte rispondono, in modo più o meno esplicito, alla questione concernente chi deve vantare, per una migliore efficienza economica, diritti proprietari sulle informazioni personali, dando praticamente per scontato che l'informazione è, o

⁸⁰ Cfr. ACQUISTI, TAYLOR, WAGMAN, *The Economics of Privacy*, cit., p. 453.

⁸¹ C. TAYLOR, *Consumer Privacy and the Market for Customer Information*, in *RAND Journal of Economics*, 2004, pp. 631-650.

⁸² Cfr. VARIAN, *Economic Aspects of Personal Privacy*, cit., p. 127 ss.; K.C. LAUDON, *Markets and Privacy*, in *Communications of the ACM*, 1996, p. 92 ss.

⁸³ J. KANG, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1193 ss.

può essere, oggetto di proprietà⁸⁴. Un altro filone di ricerca, invece, si è posto il problema circa la preferibilità – sempre in un’ottica utilitaristica – di tutelare l’informazione personale con diritti proprietari o con regole di responsabilità. Gli autori statunitensi che si sono confrontati con la questione enunciata hanno preso le mosse dalla nota distinzione tra *property rules* e *liability rules* tracciata da Guido Calabresi e Douglas Melamed. Entrambe le regole sono mezzi per proteggere un *entitlement*, con la differenza che «*an entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller*», mentre «*whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule*». Nel primo caso, «*it is the form of entitlement which gives rise to the least amount of state intervention: once the original entitlement is decided upon, the state does not try to decide its value*», al contrario le «*liability rules involve an additional stage of state intervention: not only are entitlements protected, but their transfer or destruction is allowed on the basis of a value determined by some organ of the state rather than by the parties themselves*»⁸⁵. La scelta tra i due regimi può dipendere da vari fattori, tra cui va certamente annoverato quello dell’efficienza. Pertanto, nonostante il modello proprietario sia ritenuto in astratto il più efficiente, il modello della responsabilità può essergli preferito sia quando una «*market valuation of the entitlement is deemed inefficient*», in quanto «*either unavailable or too expensive compared to a collective valuation*», sia nell’ipotesi in cui «*facilitates a combination of efficiency and distributive results which would be difficult to achieve under a property rule*»⁸⁶.

Applicando tale quadro teorico alla materia dei dati personali, si è argomentato a favore del regime proprietario, oltre che per inefficienze interne al sistema nordamericano dei *torts*, per la sua capacità di tutelare meglio, nel caso di specie, gli

⁸⁴ Cfr. N. PURTOVA, *Property rights in personal data: Learning from the American discourse*, in *Computer Law & Security Review*, 2009, p. 515, la quale mette bene in evidenza un passaggio emblematico dello scritto di Murphy sopra citato: «*[Personal] information, like all information, is property. The question the law must answer is: Who owns the property rights to such information – the individual involved, the person who obtains the information, or some combination?*».

⁸⁵ G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, p. 1092.

⁸⁶ *Ibid.*, *op. ult. cit.*, p. 1110.

interessi degli individui e della società in generale⁸⁷. Se, invero, potrebbe dirsi che è più efficiente attribuire all'informazione personale un valore oggettivo al di fuori di una logica di scambio, evitandosi così i costi di negoziare il valore con ciascun individuo, si è controbattuto che la tutela dei soggetti interessati avverrebbe solo attraverso il meccanismo *ex post* di *litigation*, su base *case-by-case*, che comporterebbe notevoli costi per le parti in causa e per il sistema giudiziale; a ciò andrebbero aggiunti anche i problemi in ordine all'onere probatorio sui danni subiti⁸⁸.

A favore di una propertizzazione dei dati personali si sono schierati anche altri studiosi americani⁸⁹, non tutti però seguendo un approccio di mera efficienza economica. A parte gli argomenti basati sulla *natural rights theory*⁹⁰ e sulla forza retorica della proprietà nel contesto socio-culturale in questione⁹¹, argomenti che esulano dall'analisi economica di cui si sta trattando, è opportuno richiamare le tesi – comunque di stampo utilitaristico-economico⁹² – di coloro che punterebbero su un regime proprietario per innescare un meccanismo di incentivi per le imprese a investire in tecnologie più rispettose della *privacy*. Infatti, se gli individui avessero un diritto di proprietà sui dati personali, ciò costringerebbe le imprese a negoziare con essi, tenendo conto dei loro interessi, con la conseguenza ulteriore che le imprese potrebbero prevenire la negoziazione investendo, a monte, nello sviluppo di tecnologie *privacy-friendly*⁹³.

Non mancano, peraltro, opinioni diverse rispetto all'efficienza del modello proprietario. Una parte della dottrina giuseconomica ha evidenziato analiticamente i difetti di un siffatto regime⁹⁴. Innanzitutto, ha rimarcato che l'introduzione di diritti proprietari necessita della creazione di un'architettura istituzionale che permetta il

⁸⁷ V. BERGELSON, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, in *UC Davis Law Review*, 2003, p. 414 ss.

⁸⁸ ID., *op. ult. cit.*, pp. 417-418.

⁸⁹ Cfr. SCHWARZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, cit., p. 2056 ss.; L. LESSIG, *Privacy as Property*, in *Social Research*, 2002, p. 247 ss.

⁹⁰ Cfr. D. SOLOVE, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, in *Stanford Law Review*, 2001, p. 1446.

⁹¹ Lessig, *Privacy as Property*, cit., p. 247.

⁹² Cfr. PURTOVA, *Property Rights in Personal Data: Learning from the American discourse*, cit., p. 508 la quale presenta gli argomenti economici a favore del riconoscimento di diritti proprietari sulle informazioni personali, precisando di utilizzare i termini «*utilitarian*», «*instrumental*» e «*economic*» come sinonimi (in part. nota 7).

⁹³ LESSIG, *Privacy as Property*, cit., p. 263.

⁹⁴ J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in *Stanford Law Review*, 2000, p. 1283 ss.; P. SAMUELSON, *Privacy as Intellectual Property*, in *Stanford Law Review*, 2000, pp. 1136-1146; SOLOVE, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, cit., pp. 1450-1455.

funzionamento del mercato, comportando inevitabilmente dei costi sociali sottovalutati dalla maggior parte degli autori che si sono schierati a favore della proprietizzazione. In secondo luogo, il modello proprietario non potrebbe raggiungere l'obiettivo di un maggior controllo delle informazioni personali, e quindi di una maggiore *privacy*, se non si prevede una regola che impedisca l'alienazione dei dati a terzi da parte del primo acquirente senza il consenso del soggetto interessato, primo alienante. In terzo luogo, la più comune giustificazione per l'attribuzione di un diritto di proprietà, ossia la possibilità di permettere al mercato di allocare risorse scarse, nel caso di specie non varrebbe posto che è la *privacy* ad essere scarsa, non i dati personali su cui ricadrebbero i poteri dominicali. Né può dirsi che vi sia un'analogia con la logica che presiede la proprietà intellettuale, considerato che non è in gioco la necessità di recuperare i costi di investimento nella produzione di una certa risorsa: i dati personali, infatti, sono una risorsa già presente nella società a prescindere da un'attività "creatrice" delle persone cui i dati si riferiscono.

Una ricognizione degli argomenti economici, favorevoli e contrari al riconoscimento giuridico della *privacy* e all'introduzione di un modello proprietario sui dati personali, può ritenersi potenzialmente valida anche al di fuori del contesto geografico in cui tali argomenti sono stati portati, proprio in virtù del loro carattere *economico*. Tuttavia, è stato opportunamente segnalato che risulta difficile, in concreto, separare le tesi di analisi economica dall'ordinamento giuridico di riferimento, in particolare per la specifica concezione della proprietà e la specifica debolezza dell'*information privacy* di marca statunitense⁹⁵. La portata della questione può essere ridimensionata evidenziando come dagli studi che si sono compendati non emerga comunque una linea economica unitaria dalla quale poter attingere. Riprendendo le note conclusive dello scritto più volte richiamato di Acquisti, Taylor e Wagman, «*the path towards optimally balancing privacy protection and benefits from disclosure is, at the very least, uncertain*», posto che «*both the sharing and the protecting of personal data can have positive and negative consequences at both the individual and societal levels*».

⁹⁵ PURTOVA, *Property Rights in Personal Data: Learning from the American Discourse*, cit., p. 515.

2.1.1. (Segue) Critiche e scenari operativi nel contesto giuridico europeo

Nella letteratura giuridica italiana, ma più in generale potremmo dire in quella europea, la prospettiva nordamericana di analisi economica del diritto alla *privacy* non ha avuto particolare seguito⁹⁶. Le ragioni di tale diffidenza sono pressoché intuitive, tanto che già in ambito statunitense si è riconosciuto che «[w]hile utilitarian considerations weigh heavily in the minds of many Americans who have written on information privacy issues, [...] [t]hose who conceive of personal data protection as a fundamental civil liberty interest, essential to individual autonomy, dignity, and freedom in a democratic civil society, often view information privacy legislation as necessary to ensure protection of this interest»⁹⁷. Lo stesso argomento è utilizzato dalla nostra dottrina per rigettare la logica economico-proprietaria con riguardo ai dati personali, con l'ulteriore precisazione che, anche a ragionare in termini economici, essendo le "transazioni" (nel senso inglese di *transactions*) riguardanti la *privacy* caratterizzate da una marcata disparità di potere contrattuale, «un intervento legislativo sarebbe comunque necessario proprio per consentire un funzionamento corretto delle regole di mercato»⁹⁸.

Volendo provare a rendere più esplicita la diffidenza del vecchio continente verso l'approccio di analisi economica del diritto, si potrebbe dire che siccome la *ratio* della disciplina europea di protezione dei dati personali è ispirata alla tutela del valore della persona e alla garanzia di diritti e libertà fondamentali⁹⁹, la materia in questione, e le norme insistenti sulla stessa, non potrebbero essere osservate con le lenti giuseconomiche, se l'intento è quello di indirizzare attraverso di esse l'attività di interpretazione e applicazione del diritto¹⁰⁰, nonché l'attività di creazione di nuove

⁹⁶ In generale, segnala che in Europa i giuristi aderenti all'analisi economica del diritto non sono la maggioranza F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, p. 49.

⁹⁷ SAMUELSON, *Privacy as Intellectual Property*, cit., p. 1128, la quale richiama la direttiva europea sulla protezione dei dati personali osservando che quest'ultima si fonda sulla garanzia di un *fundamental civil liberty interest* (op. ult. cit., nota 15). In generale, sulle differenze tra l'approccio statunitense e l'approccio europeo alla *privacy*, v. J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1153 ss.; P.M. SCHWARTZ, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1966 ss.

⁹⁸ RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 55.

⁹⁹ *Ibidem*, ove si parla di *privacy* come «parte integrante della più generale dimensione della garanzia dei diritti civili e dell'organizzazione della democrazia».

¹⁰⁰ Intendendo l'analisi economica del diritto come un tipo di interpretazione orientata alle conseguenze: così L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 9-11, il quale ammonisce circa l'esistenza di limiti per un giurista positivo in merito all'utilizzo di

regole giuridiche. Le lenti giuseconomiche – si potrebbe proseguire – sarebbero adatte, invece, per analizzare settori dell'ordinamento aventi una diretta incidenza patrimoniale, quali il diritto *antitrust*, la responsabilità civile, la proprietà, il diritto dei contratti. Rispetto ai diritti della personalità, pertanto, un'analisi economica risulterebbe «dissacrante»¹⁰¹. In altri termini, sintetizzando brutalmente: se, a monte, la scelta legislativa di garantire un diritto alla protezione dei propri dati non ha seguito ragioni di efficienza economica, dovrebbe concludersi, a valle, che la materia non dovrebbe essere analizzata con argomenti puramente economici.

Posta così la questione, il discorso, per quanto apparentemente lineare, rischia di risultare riduttivo e forse fuorviante, non essendo così scontata la premessa circa i rapporti tra la *ratio* di una disciplina giuridica¹⁰² e l'utilità/legittimità di un'analisi

questo tipo di argomentazione in un'ottica giusformalista. Sul punto, cfr. anche DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 46 ss., il quale limpidamente osserva che «l'indicazione per l'interprete è quella di preferire interpretazioni che esaltino l'autodeterminazione delle parti interessate e la possibilità per queste di contrattare direttamente tra loro le migliori soluzioni dei conflitti. L'idea è che nessuno meglio delle parti coinvolte è in grado di valutare esattamente le conseguenze di un dato corso di eventi ed è perciò auspicabile che sia l'accordo tra le parti a determinare tale corso. Là dove non sia opportuno il perseguimento di questo obiettivo, e cioè quando [...] siano presenti effetti che le parti non sono in grado di apprezzare esattamente e di governare efficacemente, l'indicazione è nel senso di dare ai vari conflitti la stessa soluzione che il mercato avrebbe verosimilmente dato loro se avesse potuto funzionare correttamente» (p. 47).

¹⁰¹ G. PINO, *Il diritto all'identità personali ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., p. 276. Nello stesso senso, M. MAGLIO, *Analisi economica del diritto alla riservatezza*, in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. Attività produttive e protezione dei dati personali*, Roma, 2002, p. 248, ove si segnala altresì il sospetto di inutilità dell'analisi economica.

¹⁰² Con riguardo alla *ratio* della disciplina sulla protezione dei dati personali, deve prendersi atto che essa risponde, oltre che a un'evidente finalità personalistica, anche ad una logica di tipo economico, sintetizzabile nel favorire la circolazione di informazioni personali nel mercato unico dell'UE. Non può negarsi, dunque, che lo statuto europeo del trattamento dei dati personali è retto non solo dall'esigenza di assicurare un soddisfacente livello di protezione della persona, soprattutto in termini di garanzia della propria identità, ma anche da esigenze diverse, che potremmo definire mercantili. Basti pensare che la base giuridica della direttiva 95/46/Ce era costituita dall'*ex art.* 100 A del Trattato Cee, riguardante la competenza per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno; per di più, i considerando 3, 4 e 5 della medesima direttiva certificavano in modo esplicito la rilevanza economica del flusso di dati personali all'interno del mercato della Comunità europea. Con il regolamento (Ue) 2016/679, pur essendo cambiata la base giuridica, che ora trova riscontro nell'espressa competenza dell'Unione a dettare norme relative alla libera circolazione dei dati di carattere personale ai sensi dell'art. 16 TFUE, non sono affatto venute meno le ragioni economiche sottese alla normativa. Ad esempio, il considerando 2 del regolamento dichiara l'obiettivo di contribuire alla realizzazione «di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno [oltre che al benessere delle persone fisiche e alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia]» (corsivi aggiunti); coerentemente, il considerando 7 afferma «l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno». Ad avviso di alcuni autori, il regolamento pone addirittura l'enfasi maggiore proprie sulle esigenze di circolazione delle informazioni nel mercato rispetto alle istanze di tutela personalistica: F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim* (in part. pp. 188-199), ove addirittura si riscontra nel considerando 4 del Regolamento «il germe di una norma [...] dalla portata astrattamente demolitoria del principio personalistico». In generale, su posizioni simili, ma

giuseconomica e soprattutto circa le conseguenze giuridiche che si vogliono far discendere da questo tipo di analisi¹⁰³.

Più realisticamente, dovrebbe prendersi contezza, piuttosto, che le nette prese di posizione della nostra dottrina contro l'opportunità di applicare la logica economica al tema della *privacy* nascono (e si spiegano) soprattutto dalla necessità di rispondere alle provocazioni di Posner di analizzare le relazioni personali *come se* fossero rapporti di mercato. Scisso il giudizio sull'analisi economica della *privacy* dalle riflessioni suscitate dagli scritti del celebre esponente della scuola di Chicago, ai quali deve riconoscersi di aver monopolizzato gran parte del dibattito scientifico sul tema, appare opportuno, per verificare l'utilità e la legittimità di un discorso giuseconomico sui dati personali, disarticolare i riferimenti normativi, ponendosi in una prospettiva che non insegue pretese generalizzanti¹⁰⁴. In tale ottica, si possono valorizzare le considerazioni di quella dottrina che, pur criticando certe distorsioni e abnormità dell'*economics of privacy*, ritiene opportuno distinguere le informazioni «neutre» dalle

con toni critici verso la complessiva impalcatura regolamentare, v. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 375 ss., e A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 305; sembra accogliere, invece, positivamente l'impronta mercantilistica del RGPD, in quanto più coerente allo stato della prassi, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 716 ss.

¹⁰³ Non si possono trascurare i diversi approcci di analisi economica già presenti nel contesto nordamericano. Com'è noto, l'*economic analysis of law* della scuola di Chicago è ben diversa dalla *law and economics* della scuola di Yale. Su tali differenze, v. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven, CT, Yale University Press, 2016, pp. 9-17, il quale con la consueta nitidezza chiarisce: «*What I call Economic Analysis of Law uses economic theory to analyze the legal world. It examines that world from the standpoint of economic theory and, as a result of that examination, confirms, casts doubt upon, and often seeks reform of legal reality. In effect, it acts as an Archimedean place to stand and upon which to place a lever, a lever that permits the scholar, when appropriate, to argue for change in that legal reality. In its most aggressive and reformist mode, having looked at the world from the standpoint of economic theory, if it finds that the legal world does not fit, it proclaims that world to be "irrational." [...] What I call Law and Economics instead begins with an agnostic acceptance of the world as it is, as the lawyer describes it to be. It then looks to whether economic theory can explain that world, that reality. And if it cannot, rather than automatically dismissing that world as irrational, it asks two questions. The first is, are the legal scholars who are describing the legal reality looking at the world as it really is? Or is there something in their way of seeing the world that has led them to mischaracterize that reality? This question is what Melamed and I were led to ask by our article now commonly known as "The Cathedral."*». A tal proposito, va rilevato che diverse critiche mosse contro l'analisi economica del diritto hanno ad oggetto uno specifico punto di vista e non implicano un rifiuto dell'«idea di utilizzare i metodi e le acquisizioni della scienza economica al fine di meglio comprendere le caratteristiche della realtà cui le norme devono essere applicate»: così DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 44, nota 2.

¹⁰⁴ L'attribuzione di cittadinanza a letture strumentali nell'ambito della disciplina sul trattamento dei dati personali dovrebbe essere scissa dal giudizio sull'analisi economica del diritto. Lo iato che separa l'*economic analysis of law* da altre concezioni strumentali del diritto, quanto meno quelle discendenti dal pensiero di Jhering, è tratteggiato incisivamente da F. DENOZZA, *Le situazioni soggettive nelle concezioni strumentali del diritto: un'incursione teorica tra Jhering e l'Economic Analysis of Law*, in *Politeia*, 2016, p. 84 ss.

informazioni «delicate», asserendo che «è quantomeno dubbio che si possano mettere sullo stesso piano dati personali quali, ad esempio, l'essersi diplomato in una certa scuola e l'essere affetto da una certa malattia»¹⁰⁵. Sulla stessa scia, sempre in un'ottica critica rispetto all'approccio puramente mercantile che deresponsabilizza il formante normativo, ma allo stesso tempo diffidente verso un eccessivo livello di rigidità e paternalismo, s'è osservato che «un'impostazione multi-dimensionale – aperta, cioè, al riconoscimento che una persona può avere interessi differenti rispetto alle informazioni che la riguardano, anche in ragione del contesto rispetto al quale opera le valutazioni di circostanza – si candida come prospettiva più acconcia a gestire la complessità dei problemi legati alla *data collection* e postula un grado di flessibilità che una rigorosa predeterminazione normativa non è comunque idonea a garantire»¹⁰⁶.

2.2. La (parabola della) categoria dei dati personali di contenuto economico nell'ordinamento italiano

Il fatto che l'analisi economica applicata alla *privacy* non abbia attecchito nella nostra cultura giuridica non deve far pensare che non vi siano state riflessioni sulla rilevanza delle informazioni personali nel fenomeno economico. Nei primi scritti pionieristici sulla materia, in particolare nel saggio del 1974 intitolato *La privacy tra individuo e collettività*, Rodotà ha dedicato alcune note all'«informazione economica». Tra le considerazioni più significative, val la pena di riportare le seguenti:

«La liberalizzazione dell'accesso all'informazione economica, la sua «socializzazione», è indispensabile per porre su un piano di parità tutti coloro i quali sono interessati a concorrere, attraverso la libera discussione, alla determinazione della politica del proprio paese. [...] Una tendenza visibile in tutti i paesi mostra una divaricazione crescente tra la tutela concessa a quelle che, in senso lato, possiamo chiamare le «opinioni» di un soggetto, e alle altre sue caratteristiche e abitudini, e la garanzia riconosciuta ai dati riguardanti la sua attività economica. Quest'ultima tende ad indebolirsi, determinando un vero e proprio capovolgimento della scala di valori a

¹⁰⁵ PINO, *Il diritto all'identità personali ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, cit., p. 280.

¹⁰⁶ PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, cit., pp. 56-57.

cui era stata finora ispirata, nella gran parte dei casi, la disciplina della *privacy*. [...] Il privilegio accordato alle informazioni economiche sotto il profilo della segretezza, costituisce appunto uno strumento che rafforza la posizione di proprietari e imprenditori, così sottratti a continui e sostanziali controlli da parte della collettività»¹⁰⁷.

Il discorso del Maestro aveva l'impronta di una linea d'indirizzo in chiave di politica del diritto, essendo, a quel tempo, l'ordinamento italiano ancora privo di una normativa di diritto positivo in materia di *privacy*. Le suddette riflessioni sono state fatte proprie da una parte della dottrina giuscommerciale, attenta a ricostruire lo statuto delle informazioni riguardanti (la persona fisica o giuridica svolgente) l'attività d'impresa. Il rischio da scongiurare era l'affermazione di un diritto alla *privacy* economica che permettesse alle imprese di frenare il flusso delle informazioni che le riguardassero, ostruendo così il buon funzionamento del mercato¹⁰⁸. Il discorso veniva svolto *de iure condendo*, riferendosi ai "dati economici" come «qualcosa di più e di maggiormente complesso dei semplici dati aziendali noti ad amministratori, dipendenti, sindaci, revisori, professionisti, ecc.; né si ha riguardo esclusivamente (o prevalentemente) alle informazioni necessarie per la vita dell'impresa e per una sua corretta gestione»¹⁰⁹. Nell'accezione ampia suggerita da Alagna, andava assicurato un regime speciale per i «dati economici (non coperti da vincoli e obblighi di segreto) su soggetti (individuali e collettivi), sugli assetti del capitale e sulle conformazioni societarie, sulle vicende delle imprese, sulla loro posizione nel mercato, sui capitali disponibili, sui crediti attinti e disponibili, sui finanziamenti ordinari e speciali, sui programmi e sulle prospettive di sviluppo e di investimento, sugli utili previsti, ecc.: dati, questi, dai quali è possibile dedurre per così dire *l'immagine del soggetto o dell'impresa*, come del resto (dopo i necessari accorpamenti di dati di base) un quadro dei vari settori e dell'intero mercato»¹¹⁰. Dati, insomma, che si riferiscono principalmente alle imprese, senza tuttavia rifiutare l'inclusione di «notizie economiche riferite ai singoli», nella misura in cui – appare implicito – siano

¹⁰⁷ RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 30-31.

¹⁰⁸ S. ALAGNA, *Banche dati e notizie commerciali: spunti di riflessioni sulla compatibilità della tutela della persona e della immagine dell'impresa col diritto alle informazioni economiche*, in *Dir. Inf.*, 1988, pp. 701-720 (in part. 707-709); cfr. anche A. ROCCO, *La tutela della persona dall'informazione alla informatica economica*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 312.

¹⁰⁹ ALAGNA, *op. ult. cit.*, p. 705.

¹¹⁰ *Ibidem*.

funzionali alla trasparenza del mercato, che impone il riconoscimento di un generalizzato (ma non illimitato) diritto di accesso alle informazioni economiche di individui e imprese¹¹¹.

A distanza di qualche anno dagli scritti testé citati, l'emanazione della legge del 31 dicembre 1996, n. 675 ha costituito un banco di prova per verificare se i suggerimenti dottrinali erano stati accolti dal legislatore. La norma dell'abrogata legge su cui ricade immediatamente l'attenzione è l'art. 12, il quale disciplinava i casi in cui il consenso dell'interessato era escluso (*rectius*, non era richiesto¹¹²) ai fini del trattamento, tra i quali alla lett. f) si menzionava l'ipotesi in cui il trattamento «riguarda dati relativi allo svolgimento di attività economiche raccolti anche ai fini indicati nell'articolo 13, comma 1, lettera e), nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale». Si tratta di una delle norme su cui maggiormente si è discusso sotto la vigenza della legge in questione, per la sua «non chiara formulazione legislativa»¹¹³ o se si vuole, con maggiore incisività, perché «oggettivamente ambigua»¹¹⁴.

L'espressione «dati relativi allo svolgimento di attività economiche», utilizzata anche dall'art. 20, co. 1, lett. e) per affermare l'ammissibilità della comunicazione e la diffusione di questi dati anche in assenza di consenso dell'interessato (arg. ex art. 20, co. 1, lett. a)), è suscettibile di almeno due significati: secondo il primo, le attività economiche vanno intese come svolte dal soggetto che effettua la raccolta dei dati, cioè il titolare del trattamento; in base al secondo, invece, le stesse attività vanno considerate come svolte dal soggetto cui i dati si riferiscono, vale a dire l'interessato. La dottrina maggioritaria ha optato per quest'ultima interpretazione¹¹⁵, se non altro perché «la più logica»¹¹⁶, in quanto a dar per buona la prima interpretazione si sarebbe dovuto concludere che ogni qualvolta un soggetto avesse effettuato un trattamento di

¹¹¹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 715.

¹¹² V. le acute osservazioni di CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., pp. 198-199, il quale fa notare che «poiché il significato intende essere la non necessarietà del consenso dell'interessato ai fini del trattamento, molto meglio si sarebbe detto 'trattamenti non richiedenti consenso', ché l'esclusione del consenso per sé dovrebbe significare tutto il contrario di quello che la legge intende dire: cioè il difetto di potere del titolare o del responsabile relativamente al trattamento, nonostante il consenso dell'interessato».

¹¹³ V. RICCIUTO, *Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 691.

¹¹⁴ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 199.

¹¹⁵ RICCIUTO, *Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche*, cit., p. 691; C. GRANELLI, *Il trattamento dei dati economico-patrimoniali nella recente legge sulla tutela della privacy*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 978; RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 593.

¹¹⁶ RICCIUTO, *op. ult. cit.*, p. 691.

dati personali nello svolgimento un'attività economica, non vi sarebbe stato bisogno del consenso dell'interessato, con il risultato di una «evidente vanificazione della normativa» di protezione dei dati personali¹¹⁷. La *ratio* della norma, infatti, ad avviso di tale dottrina, andava ricostruita in chiave di tutela della concorrenza e della trasparenza del mercato, considerato che, se si fosse dovuto richiedere a una impresa il consenso per il trattamento delle informazioni che la riguardassero, quest'ultima avrebbe avuto l'interesse a negarlo, con il rischio ulteriore di sperequazioni tra imprese più forti e imprese più deboli¹¹⁸.

In termini più dubbiosi sull'interpretazione da preferire, si è espressa un'altra parte della dottrina, secondo la quale le norme della l. n. 675/96 ponevano di fronte a «una vera e propria *interpretatio duplex*, espressiva dell'incapacità di ciascuno dei significati contrapposti di sopraffare l'altro»¹¹⁹. Infatti, se, da un lato, a favore dell'interpretazione che considerava l'attività economica come quella svolta dal soggetto i cui dati vengono raccolti, cioè dall'interessato, si poteva citare soprattutto il richiamo dell'art. 12, lett. f) al rispetto della normativa in materia di segreto aziendale e industriale, che certamente attiene alla circolazione dei dati *del* soggetto economico¹²⁰; dall'altro lato, l'interpretazione storica (il confronto con la direttiva comunitaria), così come l'interpretazione logica (il riferimento all'art. 13, lett. e)) e sistematica (le altre ipotesi enumerate dall'art. 12), suggerivano di intendere l'attività economica come svolta dal titolare del trattamento¹²¹.

Delle due interpretazioni enunciate, è evidente che solo la prima avrebbe fornito, in qualche modo, una base normativa a quell'orientamento dottrinale che, come si è visto, inneggiava da tempo a una (più) libera circolazione dei dati personali di carattere economico. Questi ultimi, tuttavia, a differenza di quanto ci si auspicava negli scritti degli anni '70 e '80, sarebbero stati intesi come “economici”, e quindi sottoposti a un regime giuridico differenziato, per la semplice referenza a un soggetto che svolge attività d'impresa, non invece per il loro contenuto.

¹¹⁷ ID., *op. ult. cit.*, p. 692. Critico nei confronti di questa argomentazione, nel senso che essa «non può meritare consenso di per sé», CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 206.

¹¹⁸ RICCIUTO, *op. ult. cit.*, pp. 692-693; RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 593.

¹¹⁹ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 200.

¹²⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 206.

¹²¹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 201-205.

Ciononostante, una parte della dottrina ha tentato ugualmente di fornire una definizione di «dati economico-patrimoniali» più estensiva¹²². Le difficoltà da essa incontrate sono state notevoli, soprattutto nel tracciare la linea di confine con i dati personali inerenti alla sfera intima. Se, infatti, l'informazione circa un avvenuto pagamento potrebbe apparire un'informazione tipicamente economico-patrimoniale, è facile ravvedersi che da quel pagamento potrebbero essere estrapolate informazioni strettamente personali, a seconda del luogo in cui è stato effettuato, del soggetto beneficiario, dell'importo, ecc. Si spiega, dunque, il motivo per cui si è opportunamente osservato che una disciplina differenziata dei dati economico-patrimoniali «potrebbe giustificarsi – anche da un punto di vista costituzionale – solo nei limiti in cui il trattamento dei dati economico-patrimoniali coinvolga interessi del soggetto cui si riferiscono *diversi* da quelli di natura personale che vengono normalmente invocati a giustificazione dei limiti dall'ordinamento posti all'accesso ed alla circolazione dei dati afferenti alla sua vita privata»¹²³.

Con l'entrata in vigore del codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003), si è ampliato il numero delle disposizioni che, in vario modo, hanno affrontato il tema del trattamento di «informazioni a contenuto economico»¹²⁴. In dottrina, peraltro, si è continuato a ritenere valida la distinzione tra dati attinenti alla sfera personale e dati economici¹²⁵.

A dire il vero, nel codice del 2003 il dettato normativo è risultato tanto articolato da necessitare una “destrutturazione” per una sua migliore comprensione. Più che di norme relative al trattamento di (veri e propri) dati economici, sarebbe meglio dire che il legislatore, in primo luogo, ha mantenuto ferma l'indicazione sul trattamento speciale riservato al *soggetto economico* (v. art. 24, co. 1, lett. d): «il consenso non è richiesto quando [...] riguarda dati relativi allo svolgimento di attività economiche,

¹²² GRANELLI, *Il trattamento dei dati economico-patrimoniali nella recente legge sulla tutela della privacy*, cit., p. 971 ss., il quale include nei dati economico-patrimoniali quelli attinenti alla attività economica e alla situazione patrimoniale dei consociati. Al termine di un'analisi meticolosa, l'autore sembra ricomprendere in questa categoria, certamente, i dati relativi alla capacità professionale, alla solidità finanziaria e alla correttezza commerciale, che, sebbene possano influire sulla reputazione personale in virtù dei giudizi nascenti in forza degli stessi, sono da considerare afferenti alla sfera meramente economica.

¹²³ ID., *op. ult. cit.*, pp. 973-974.

¹²⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *Privacy e informazioni a contenuto economico*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, cit., p. 446.

¹²⁵ C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in ID., F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, XXIV-XXV.

trattati nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale»); in altri casi, ha badato all'*interesse economico* del titolare del trattamento (v. art. 24, co. 1 lett. g): «il consenso non è richiesto quando [...] il trattamento, con esclusione della diffusione, è necessario per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, anche in riferimento all'attività di gruppi bancari e di società controllate o collegate»); altre volte, ha prestato attenzione ai dati personali di *contenuto economico* (v. art. 37, co. 1, lett. f): obbligo di notifica al Garante per i «dati registrati in apposite banche di dati gestite con strumenti elettronici e relative al rischio sulla solvibilità economica, alla situazione patrimoniale, al corretto adempimento di obbligazioni»); in altri casi ancora, è stato il *fine economico* del trattamento a meritare una considerazione legislativa (v. art. 37, lett. d): obbligo di notifica al Garante per «dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici volti [...] ad analizzare abitudini o scelte di consumo»)¹²⁶.

Con l'adeguamento del codice per la protezione dei dati personali al reg. (UE) 2016/679, avvenuto con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, sono state abrogate le disposizioni appena citate, così che appare (sempre) più difficile oggi parlare di «dati economici» come di un concetto avente una qualche pregnanza normativa.

Da questa breve parabola della categoria (*rectius*, del tentativo di costruire una categoria) di dati economici, emerge dunque come in passato, nell'ordinamento italiano, a livello dottrinale e legislativo, preminente attenzione sia stata prestata al *soggetto* cui i dati si riferiscono (secondo l'interpretazione maggioritaria della formula «dati relativi allo svolgimento di attività economiche») e/o al *contenuto* dei dati personali. Si trattava di una prospettiva che potremmo definire “statico-passiva”, nel senso che non si è cercato di costruire un concetto di dato economico in connessione al *tipo* e al *fine* di trattamento dei dati effettuato dal titolare. D'altronde, non stupisce che quando si intende fornire un attributo a una certa entità, si tenga conto dei caratteri il più possibile intrinseci, risultando più difficile da sostenere che un dato personale sia *economico* sol perché utilizzato per finalità di tal genere. Infatti, ragionando in termini di tecnica normativa, la logica della fattispecie tende a prediligere concetti “statici”, attraverso i quali è più agevole operare il meccanismo sussuntivo; di contro, ponendo l'accento sulla funzione e sul contesto del trattamento, si finisce per aprire le

¹²⁶ Le disposizioni citate vengono richiamate da V. ZENO-ZENCOVICH, *Privacy e informazioni a contenuto economico*, cit., pp. 447-449.

maglie della disposizione con l'effetto di relativizzare la portata della regola¹²⁷. Tuttavia, non può disconoscersi che è proprio questa la direzione intrapresa dalla disciplina di protezione dei dati personali, sempre più improntata alla relazionalità e alla dinamicità delle disposizioni regolatrici¹²⁸.

2.2.1. (Segue) Il trattamento dei dati personali avente finalità economica tra RGPD e spunti dall'ordinamento tedesco

Se quanto appena detto è vero, deve evidenziarsi che, nonostante l'impronta funzionalistica della disciplina europea di *data protection*, non si è ancora affermato un concetto generale, alternativo a quello (sfuggente e desueto) di «dato (di contenuto) economico», che prenda in considerazione, con ricadute sistematiche in prospettiva più efficaci, il *trattamento economico dei dati personali*, cioè quello svolto dal titolare per il perseguimento di finalità eminentemente mercantili¹²⁹. Da questo punto di vista, il RGPD ha rinunciato a unificare le problematiche connesse a fattispecie di tal genere, preferendo ricorrere ad altri criteri selettivi di disciplina, tra cui la tipologia dei dati (distinguendo tra categorie *particolari* di dati personali – art. 9, RGPD, sottoposte a un regime di armonizzazione più che di vera uniformazione¹³⁰, e categorie

¹²⁷ Sul tentativo fallito di giungere a una puntuale indicazione delle regole a cui sottoporre ciascuna categoria dei dati, con una sempre maggiore rilevanza attribuita al contesto e alla funzione del trattamento, cfr. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 83-84.

¹²⁸ Si approfondirà meglio quest'aspetto nel cap. 2.

¹²⁹ Segnala la mancanza di un'indagine sistematica sulla situazione giuridica soggettiva del titolare del trattamento, che opera nello svolgimento di un'attività economica, BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 22-23, il quale giustifica così l'opportunità di uno studio in tale direzione. Tuttavia, la prospettiva assunta dall'autore assume un raggio di ipotesi ben più ampio rispetto alla fattispecie di "trattamento avente finalità economica" suggerita nel testo. Infatti, il trattamento svolto nel contesto di un'attività economica, per quanto limitato ai casi in cui possa dirsi, seconda la tesi sostenuta dall'autore, espressione di un "diritto" del soggetto imprenditoriale, se ben si intende, prescinde dal perseguimento di una specifica finalità economica, rilevando maggiormente il contesto del trattamento. A dimostrazione di ciò, si tenga in considerazione, a titolo esemplificativo, che l'autore fa rientrare nella fattispecie da lui delineata «i trattamenti volti ad accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria [...], nei limiti in cui il trattamento rilevi nell'ambito dello svolgimento dell'attività libero professionale o di difesa giudiziale di un proprio diritto, rientrante nella libertà di impresa» (p. 76), così come «il trattamento [...] connesso all'esecuzione di interesse pubblico, ove [l'attività] sia comunque svolta da soggetti privati o con strumenti giusprivatistici, come nel caso di funzioni notarili o dell'agire *iure privatorum* della pubblica amministrazione» (p. 78).

¹³⁰ L'art. 9, par. 4, RGPD prevede che «[g]li Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute».

implicitamente *ordinarie* di dati personali, sottoposte alla disciplina generale uniformata) e il criterio dei mezzi, o delle forme, del trattamento (v. le disposizione *ad hoc* sulla profilazione, la quale è ritenuta, per l'appunto, una particolare forma di trattamento più che una finalità dello stesso, trattandosi di un «trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica» – art. 4, n. 4), RGPD, con la possibilità di potervi ricorrere sia per fini economici, sia per fini che non possono dirsi tali). Le finalità economiche perseguite dal titolare, senza che il legislatore ne fornisca una definizione nel vocabolario di cui all'art. 4 del RGPD, rilevano solo in specifici ambiti disciplinari: ad esempio, l'art. 21 prevede che qualora i dati siano trattati per finalità di *marketing* diretto, l'interessato ha diritto ad opporsi al trattamento, ottenendo immediatamente (sembra questo il senso dei due parr. 2 e 3 in contrapposizione al par. 1) l'astensione del titolare dal trattamento stesso.

In realtà, il quadro è ancora più composito di quanto appare da questa prima panoramica. Si prenda in esame l'art. 6, par. 1, lett. f), RGPD: esso contempla come base giuridica del trattamento il perseguimento di un «legittimo interesse del titolare», non specificando tuttavia che tipo di interesse dev'essere, in quanto l'unica precisazione attiene al fatto che, da un lato, tale interesse deve essere bilanciato con «gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali» e, dall'altro lato, che tale ipotesi non riguarda il «trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti». Ci si potrebbe domandare, a questo punto, se il legittimo interesse del titolare possa essere di natura economica e, quindi, coprire (anche) il raggio d'azione di un trattamento effettuato per il perseguimento di finalità commerciali. Un'indicazione in senso positivo viene fornita dal considerando 47 del RGPD, ove si prevede che «può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di *marketing* diretto».

Di fronte a una tale disposizione, di portata potenzialmente dirompente nel sistema costruito dal RGPD, il ruolo dell'interprete diventa fondamentale¹³¹. A meno di non voler legittimare un totale stravolgimento del rapporto tra *ratio* economicista e *ratio* personalistica della disciplina¹³², in direzione di una sopraffazione della prima sulla seconda, sembra doveroso rimarcare con opportuna enfasi la circostanza che la (semplice) legittimità dell'interesse perseguito dal titolare non è *di per sé* sufficiente per trattare i dati personali dell'interessato. È vero, infatti, che il legislatore europeo avrebbe potuto escludere *a priori* il bilanciamento tra un interesse (puramente) economico del titolare e un interesse personalistico dell'interessato, tuttavia ciò non toglie che è quanto meno difficile immaginare che il bilanciamento, in concreto, di meri obiettivi di *marketing* (o in generale di meri obiettivi commerciali del titolare) con gli interessi, i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, possa avere un esito diverso dalla prevalenza di questi ultimi¹³³. Il titolare del trattamento, in virtù del principio di responsabilizzazione, sarà pure deputato ad essere il primo autore del bilanciamento in esame¹³⁴, ma ciò non legittima alcuna deduzione circa l'esito dello stesso, essendo comunque possibile un vaglio giudiziale. Deve considerarsi, inoltre, che uno scopo di trattamento *lato sensu* economico, qual è l'esecuzione di un contratto o di misure precontrattuali adottate su richiesta dell'interessato, riceve un'autonoma considerazione nella lett. b), par. 1 dell'art. 6 del RGPD, in quel caso costituendo una base giuridica del trattamento dei dati personali che prescinde dal bilanciamento, in concreto, con gli interessi o altre situazioni giuridiche fondamentali dell'interessato,

¹³¹ Nella dottrina di area germanica, sono stati sollevati dubbi circa la coerenza di tale disposizione nel sistema complessivo del RGPD: v. C. WENDEHORST, F. GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, in *NJW*, 2016, p. 3746.

¹³² Si consideri che gran parte dei meccanismi di protezione dell'interessato, previsti dal RGPD, presuppongono il consenso come base giuridica di trattamento. Lo fanno opportunamente notare IID., *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., p. 3747.

¹³³ Sembra muovere in questa direzione GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 3 ottobre 2017, versione emendata il 6 febbraio 2018. Esse, infatti, precisano innanzitutto che «Article 6(1) (f) does not automatically apply just because the controller or third party has a legitimate interest. The controller must carry out a balancing exercise to assess whether their interests are overridden by the data subject's interests or fundamental rights and freedoms» (p. 14). Inoltre, richiamando l'opinione espresso dallo stesso Gruppo sulla nozione di "legittimo interesse del titolare" (espressa, tuttavia, sotto la vigenza della Dir. 95/46), si ricorda che quest'ultima «suggests it would be difficult for controllers to justify using legitimate interests as a lawful basis for intrusive profiling and tracking practices for marketing or advertising purposes, for example those that involve tracking individuals across multiple websites, locations, devices, services or data-brokering» (p.15).

¹³⁴ Cfr. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., 2018, p. 215 ss.

proprio in virtù della stretta necessità del trattamento stesso rispetto ad un'attività che risponde, tra l'altro, ad un interesse *non esclusivo* del titolare¹³⁵. D'altronde, la stessa necessità di trattamento per l'esecuzione di un contratto va intesa restrittivamente, così da non permettere l'inclusione al suo interno di trattamenti di dati puramente commerciali che non rispondono a criteri *oggettivi* di necessità¹³⁶.

Da tali disposizioni si potrebbe abbozzare la seguente illazione interpretativa: che un trattamento avente finalità puramente economica, che risulti essere non strettamente necessario e risponda altresì a un interesse soggettivo (quanto meno prevalente) del titolare, *tendenzialmente* richiede come base giuridica, *in concreto*, il consenso dell'interessato¹³⁷. A parte una tale conclusione, prodotto di un'interpretazione orientata alla miglior tutela dei diritti fondamentali dell'interessato¹³⁸, è difficile ricavare dal RGPD altre indicazioni in merito ai trattamenti che possano dirsi avere un fine prettamente economico. Né può dirsi altrimenti a livello di ordinamento italiano.

Alcuni spunti, invece, sembrano potersi trarre volgendo lo sguardo ad altre discipline nazionali. In particolare, è possibile ritrovare un riferimento al trattamento di dati personali avente finalità commerciale nell'ambito di una disciplina tedesca molto settoriale, quella sugli atti di ingiunzione (*Unterlassungsklagengesetz*)¹³⁹. Quest'ultima, nell'indicare le normative sulla protezione dei consumatori, richiama le regole che disciplinano l'ammissibilità del trattamento dei dati personali relativi a un

¹³⁵ L'esecuzione di un contratto o di misure precontrattuali adottate *su richiesta dell'interessato* evidentemente risponde ad un interesse che non può dirsi esclusivo del titolare del trattamento, essendo l'interessato, nel primo caso, anch'egli parte del contratto e, nel secondo caso, promotore della richiesta che ha fatto sorgere la necessità del trattamento dei suoi dati.

¹³⁶ GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 28 novembre 2017, versione emendata il 10 aprile 2018, p. 9. In dottrina, cfr. T. LÉONARD, *Yves, si tu exploitis tes données?*, in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (eds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace – Liber amicorum Yves Pouillet*, Bruxelles, 2018, pp. 663, 674-675, 677-678.

¹³⁷ Sulla base di argomentazioni parzialmente differenti, sembrano giungere alla medesima conclusione (o quanto meno, si auspicano che la CGUE sposi la riduzione teleologica suggerita con riguardo alle basi giuridiche di trattamento di cui alle lett. b) e f) dell'art. 6, RGPD) WENDEHORST, GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., pp. 3747, 3749.

¹³⁸ Si segnala che una simile operazione è stata compiuta da un autore con riferimento all'art. 1, par. 3 del RGPD, speculando anche sul dettato dell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 210 ss.

¹³⁹ Un richiamo a tale disciplina si rinviene nella relazione tenuta da Christiane Wendehorst alla "XXXII Nordic Conference on Legal Informatics" del 13 novembre 2017, dal titolo «*The Proposed Digital Content Directive and its Implications for the Data Economy*». Le diapositive sono disponibili online su: <https://www.jus.uio.no/ifp/om/organisasjon/seri/arrangementer/2017/wendehorst.pdf>. Per ulteriori cenni alla disciplina sull'uso commerciale dei dati personali, v. WENDEHORST, GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., p. 3747.

consumatore. In particolare, si fa riferimento al trattamento effettuato da un imprenditore, se i dati sono raccolti, elaborati o utilizzati a scopi pubblicitari, per la ricerca di mercato o di opinione, per la gestione di un ufficio di credito, per la creazione di profili di personalità e di utilizzo, per il commercio di indirizzi, altri scambi di dati o per simili scopi commerciali. A quest'ultimo riguardo, si precisa che l'espressione «simile scopo commerciale» non comprende l'ipotesi in cui i dati personali del consumatore vengono raccolti, elaborati o utilizzati da un imprenditore esclusivamente per la conclusione, l'esecuzione o la risoluzione di un contratto o di un simile rapporto giuridico con il consumatore (§ 2(2), n. 11(b))¹⁴⁰. Orbene, la presenza di tale disposizione nell'ordinamento tedesco ha permesso alla Corte d'appello di Berlino di affermare che le previsioni di protezione dei dati personali devono essere considerate anche come previsioni di tutela consumeristica, con la conseguenza che le organizzazioni collettive dei consumatori possono agire in giudizio per i casi di violazione della *data protection* e, inoltre, le norme sulle pratiche commerciali scorrette e sulle clausole vessatorie possono essere applicate anche a situazioni che riguardano il trattamento dei dati personali¹⁴¹.

Non può nascondersi che una simile nozione di «trattamento dei dati personali con scopo commerciale» potrebbe fruttuosamente designare – a livello di ordinamento eurounitario, così come nel sistema giuridico italiano – l'area di intersezione tra la disciplina di protezione dei dati personali e il diritto contrattuale dei consumatori o, più genericamente, il diritto privato patrimoniale. Infatti, è proprio quando il trattamento dei dati concorre a integrare la ragione economica dell'operazione negoziale che l'interessato può acquisire l'ulteriore veste di consumatore-contraente, soprattutto in termini di rimedi contrattuali esperibili. Per dirla con le parole di una

¹⁴⁰ «(2) Verbraucherschutzgesetze im Sinne dieser Vorschrift sind insbesondere [...] 11. die Vorschriften, welche die Zulässigkeit regeln [...] b) der Verarbeitung oder der Nutzung personenbezogener Daten, die über einen Verbraucher erhoben wurden, durch einen Unternehmer, wenn die Daten zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betriebes einer Auskunft, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. [...] Eine Datenerhebung, Datenverarbeitung oder Datennutzung zu einem vergleichbaren kommerziellen Zweck im Sinne des Satzes 1 Nummer 11 liegt insbesondere nicht vor, wenn personenbezogene Daten eines Verbrauchers von einem Unternehmer ausschließlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Verbraucher erhoben, verarbeitet oder genutzt werden».

¹⁴¹ HELBERGER, BORGESIOUS, REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, cit., p. 1452.

dottrina tedesca, l'uso commerciale dei dati personali rende il documento di informativa sulla *privacy* una disposizione contrattuale¹⁴².

2.3. Il valore economico dei dati personali nell'era dei *Big Data*

Che i dati personali costituiscano sempre di più una risorsa economica¹⁴³, somigliante ad una materia prima¹⁴⁴, non è certo una novità. Risulta comunque opportuno comprendere come si è giunti a questa fase storica e quali sono le analogie e le discontinuità con il passato.

Il trattamento dei dati personali per scopi imprenditoriali è un fenomeno certamente antecedente all'avvento degli elaboratori elettronici. La semplice archiviazione di informazioni relative a determinate persone, fisiche e/o giuridiche, può ritenersi da tempo immemore una tipica attività strumentale all'esercizio di un'impresa. Basti pensare, ad esempio, alla tenuta di registri, di vario genere, contenenti informazioni relative ai propri clienti, lavoratori dipendenti o partner commerciali: tutte informazioni qualificabili come personali. Inoltre, non può dirsi che l'attività di *marketing* personalizzato sia un fenomeno del tutto nuovo nella commercializzazione dei prodotti di massa¹⁴⁵. Va rilevato, insomma, che l'informazione ha sempre avuto un valore economico¹⁴⁶.

Con la diffusione delle tecnologie informatiche, tuttavia, sono mutati i paradigmi di riferimento¹⁴⁷. Sono state esse ad aver consentito che i dati personali divenissero

¹⁴² WENDEHORST, GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., p. 3748.

¹⁴³ Nella letteratura giuridica italiana, cfr. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, cit., p. 1049 ss.; nel contributo citato, è emblematico il titolo del terzo paragrafo: «Il dato personale come oggetto di diritti e come *risorsa economica*» (corsivo aggiunto). Cfr. anche MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, cit., p. 532.

¹⁴⁴ Sulla qualifica di materia prima, v. già R. PAGANO, *Aspetti economici e giuridici delle banche dati*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, cit., p. 110.

¹⁴⁵ C.D. TINDALL, *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2003, p. 183, dove l'autore osserva: «*The use of personal information for marketing purposes is not new. In the 1920s, for example, General Motors targeted potential customers by identifying owners of two-year-old Ford automobiles*».

¹⁴⁶ Cfr. V. FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, cit., p. 22, il quale riporta come esempio più famoso l'informazione «fornita da Giuda Iscariota su Gesù Cristo, che venne pagata con trenta denari».

¹⁴⁷ TINDALL, *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information*, cit., p. 183, il quale completa il discorso accennato nella nota 110 affermando: «*Modern technology has, however, made the commercial collection and use of personal information much more effective*».

«oggetto istituzionale di attività professionalmente organizzate di elaborazione»¹⁴⁸, inseribili nei processi produttivi di ricchezza e, dunque, assimilabili a una risorsa economica. Per di più, per mezzo dell'informatica, le informazioni hanno ottenuto un plusvalore economico derivante dalla loro trasformazione da materia prima in prodotto industriale, con il risultato di poter «metterle letteralmente in scatola»¹⁴⁹. L'utilizzo di tecnologie sempre più sofisticate ha reso il processo di trattamento di dati personali sempre più raffinato e, al tempo stesso, sempre più essenziale nelle imprese operanti nel settore digitale. Un punto di svolta è indubbiamente costituito dall'avvento delle reti telematiche, ed in particolare dalla diffusione di internet¹⁵⁰. Secondo uno dei pionieri della *data protection*, «la commercializzazione [dei dati personali] ha davvero preso piede da quando Internet ha subito una trasformazione, da *forum d'élite* a mercato di massa», tanto da rendere gli utenti «al contempo fornitori di dati e recettori delle informazioni, il che consente di avere una conoscenza delle loro abitudini, opinioni e interessi»¹⁵¹.

La recente affermazione del fenomeno dei c.d. *Big Data* si inserisce in questo *trend* d'innovazione tecnologica. E se la domanda spontanea è: «Cosa cambia?», si può già rispondere con le parole di una dottrina particolarmente attenta a tali tematiche: «*Many things, because the sheer size of data modifies their role, use and value*»¹⁵². Parlando di *Big Data*, si fa riferimento a un miglioramento delle tecnologie determinato dalla crescita esponenziale della capacità dei computer di acquisire ed elaborare rapidamente grandi volumi di dati, questi ultimi a sua volta in aumento per via della crescita delle attività *online* determinata dal proliferare di servizi forniti da *providers* c.d. *over-the-top* (OTT)¹⁵³, oltre che dal sempre più diffuso utilizzo di dispositivi di

¹⁴⁸ CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy*, cit., p. 1057.

¹⁴⁹ Così FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, cit., p. 22.

¹⁵⁰ Cfr. V. CARIDI, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 763 ss., secondo il quale Internet ha influenzato la tutela dei dati personali da un duplice punto di vista: «da una parte, sotto un profilo che potremmo definire statico, ha fornito a soggetti pubblici e privati nuove possibilità di intercettazione e sorveglianza elettronica ovvero di raccolta “occulta” dei dati personali [a tal proposito, si evidenzia che a differenza delle reti tradizionali caratterizzate dalla passività e dalla unicità della trasmissione dei dati, la rete Internet si connota per l'interattività e la tendenziale illimitatezza di comunicazioni simultaneamente attuabili]; dall'altra, introducendo una dimensione dinamica del problema, ha reso difficilmente controllabile la circolazione, lo scambio e l'aggregazione delle informazioni».

¹⁵¹ SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, cit., pp. 573-574.

¹⁵² V. ZENO-ZENCOVICH, *Do “Data Markets” Exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 2, p. 23.

¹⁵³ Sono definiti *over-the-top* i servizi offerti da soggetti economici che, privi di una propria infrastruttura di telecomunicazioni, agiscono al di sopra della rete (da cui, per l'appunto, la definizione *over-the-top*). Per un inquadramento generale delle imprese che operano nel settore ICT (*Information and Communication Technology*) e un'analisi dei difficili rapporti tra OTT e Telco, v. G. VANNUCCHI,

nuova generazione come smartphone e tablet. Se poi, al volume dei dati e alla velocità computazionale, si aggiunge la varietà delle sorgenti attraverso cui viene operata l'aggregazione dei dati e il valore che tali aggregazioni assumono in virtù dei caratteri precedentemente elencati, si spiega il motivo per cui la definizione di *Big Data* sembra al momento sintetizzabile nelle c.d. «4 Vs»: volume, velocità, varietà e valore¹⁵⁴.

Peraltro, a fianco delle trasformazioni tecnologiche si attestano, in modo strettamente connesso, le evidenti trasformazioni del sistema di produzione e distribuzione delle merci, che accrescono la domanda di dati personali a causa del passaggio «da un sistema prevalentemente di *produzione di massa* a uno di c.d. *personalizzazione di massa*»¹⁵⁵.

Nello scenario tecnologico e socioeconomico appena descritto, le imprese, in particolare nel settore digitale¹⁵⁶, utilizzano i dati personali per attività di vario tipo: dalla profilazione degli utenti per generiche finalità di *marketing* alla profilazione mirata, più specificamente, all'offerta di prodotti o servizi su misura dei propri clienti¹⁵⁷, o addirittura a quella strumentale alla personalizzazione dei prezzi¹⁵⁸; e ancora, dalla concessione a terzi di spazi pubblicitari, personalizzabili in base alle informazioni degli utenti (c.d. *target advertising*)¹⁵⁹, alla concessione sempre a terzi di trattare in prima persona i dati in questione (la c.d. cessione di dati). A ciò va

Internet e le dinamiche dei ruoli degli OTT ("Over The Top") e Telco nel panorama ICT, in *Mondo Digitale*, novembre 2015, pp. 1-19, disponibile online su: http://mondodigitale.aicanet.net/2015-5/articoli/02_internet_dinamiche_ruoli_OTT.pdf.

¹⁵⁴ In questi termini, v. (anche per i riferimenti bibliografici) A. GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, p. 309. Sui caratteri dei *Big Data*, con annesse riflessioni in termini di diritto *antitrust*, cfr. G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, pp. 425-460; M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018. Per un'analisi approfondita del fenomeno dei *Big Data*, che tiene conto anche dei risvolti in ambito economico e socio-politico, v. il *report* dell'OCSE: *Data-driven innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015, disponibile online su: <http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>.

¹⁵⁵ V. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/1996 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 640-641.

¹⁵⁶ Le ragioni per cui i dati personali sono più preziosi per le piattaforme digitali, rispetto ad altri tipi di imprese, possono essere sintetizzate nel fatto che, da un lato, esse generalmente hanno accesso a un più vasto catalogo di informazioni e, dall'altro, sono più abili nell'elaborare i dati per una varietà di fini: in questi termini H. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, p. 1678.

¹⁵⁷ Si pensi, in particolare, al trattamento dei dati effettuato da aziende come Amazon e Netflix, che proiettano sulla loro piattaforma i prodotti o servizi sulla base di informazioni precedentemente rilasciate dagli utenti.

¹⁵⁸ Cfr. F.J.Z. BORGESIU, *Online Price Discrimination and Data Protection Law*, Amsterdam Law School Research Paper, 2015, n. 32, pp. 1-21.

¹⁵⁹ Il pensiero volge al modello di *business* di molti *social networks*, ma anche a quello dei motori di ricerca. V. *amplius* § 3.1.

aggiunto che stanno prendendo forma dei veri e propri mercati dei dati personali, ossia delle piattaforme in cui avvengono scambi di dati per mano dei c.d. *data brokers*¹⁶⁰. In tali piattaforme, di cui già nel 2013 se ne contavano centottanta con sede negli Stati Uniti, i *data brokers* si fanno carico di raccogliere i dati di singoli utenti da pubblici registri o da altre fonti dove gli individui rilasciano le loro informazioni, con l'obiettivo successivo di scambiare tali dati, solitamente "raffinati" a seguito di un'attività di aggregazione e analisi compiuta dagli stessi *brokers*, con le imprese-clienti interessate a trattarli per finalità aziendali¹⁶¹. Nel modello "*data brokers*" qui descritto, deve evidenziarsi che i profitti provenienti dagli scambi dei dati sono di esclusivo appannaggio di tali intermediari, senza alcuna partecipazione attiva dei singoli utenti cui i dati si riferiscono. Contrastando tale tendenza di esclusione dei consumatori dagli immensi guadagni derivanti dall'economia dei dati personali (*personal data economy*), di recente sono sorte delle imprese, solitamente in versione di *start-up*, aventi lo scopo di porre gli utenti nelle condizioni di controllare a pieno i propri dati fino al punto di ricevere una remunerazione dal fatto di concedere alle imprese l'utilizzo degli stessi dati¹⁶².

Per rendere l'idea della rilevanza del fenomeno complessivo, si può richiamare uno studio del 2012 condotto dal Boston Consulting Group¹⁶³, secondo il quale il trattamento economico dei dati personali può raggiungere un rendimento annuale per le imprese di 330 bilioni di euro entro il 2020, prevedendosi altresì che entro la stessa data esso possa rappresentare addirittura l'8% del Pil europeo. I settori economici maggiormente interessati sono: le comunicazioni e il gioco *online*, il commercio elettronico e le c.d. *web-communities*.

¹⁶⁰ La più grande piattaforma di questo genere sembra essere BlueKai, appartenente ad Oracle, la quale possiede 750 milioni di profili di utenti e processa più di 30.000 attributi su di essi: cfr. S. SPIEKERMANN ET AL., *Personal data markets*, in *Electron Markets*, 2015, p. 91; A. ROSENDAAL ET AL., *Personal data markets*, TNO report R11390, 2014, p. 6.

¹⁶¹ Per approfondimenti, v. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*, 2014, disponibile online su: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>.

¹⁶² Di tali imprese la più nota sembra essere Datacoup, la cui missione è «*to help people unlock the value of their personal data. [...] Datacoup is changing this asymmetric dynamic that exists around our personal data. The first and most important step is getting people compensated for the asset that they produce. We are building for a future where individuals like you are in control of your data and are the chief beneficiaries of its value*»: così nel suo sito web <http://datacoup.com/docs#about>. Sul tema generale, v. S-A. ELVY, *Paying for Privacy and the Personal Data Economy*, in *Columbia Law Review*, 2017, p. 1369 ss.

¹⁶³ BOSTON CONSULTING GROUP, *The value of our digital identity*, Liberty Global Policy Series, 2012, disponibile online su: <http://www.lgi.com/PDF/public-policy/The-Value-of-Our-Digital-Identity.pdf>.

Sulla base di tali elementi fattuali, la letteratura specialistica non esita ad affermare che i dati personali costituiscono ormai un importante *asset* aziendale¹⁶⁴, chiarendo tuttavia che si tratta di un *asset critical*¹⁶⁵, di certo non ordinario¹⁶⁶. In particolare, i dati degli utenti di una piattaforma digitale possono essere considerati: a) un *input* di produzione, che permette all'impresa di migliorare la fornitura dei propri servizi incrementando così i propri ricavi; b) un *asset* strategico, che consente all'impresa, da un lato, di mantenere una posizione di *leadership* rispetto ai concorrenti che non dispongono della stessa quantità di dati sui propri utenti e, dall'altro, di limitare l'ingresso di *new comers* che si scontrano inevitabilmente con la mancanza di informazioni sui potenziali clienti; c) una merce, che l'impresa può vendere ad altre imprese che non sono in grado di raccogliere da sé certi dati personali¹⁶⁷. Tuttavia, secondo alcuni studi, in considerazione delle proprietà economiche dei dati, questi ultimi andrebbero considerati una «risorsa infrastrutturale»¹⁶⁸: i dati, infatti, non sono né un bene rivale, né un bene di consumo¹⁶⁹.

In un tale quadro di riferimento, definire il valore monetario dei dati personali diventa un'operazione particolarmente complessa, sia perché sono diversi i criteri che si possono adottare (assumere la prospettiva delle imprese o dei consumatori, evidentemente, non è lo stesso)¹⁷⁰, sia perché il valore dei dati risulta molto dipendente dal contesto di utilizzo¹⁷¹. Si è osservato, inoltre, che i dati in sé non avrebbero valore,

¹⁶⁴ A tal proposito, si segnala altresì che i dati degli utenti e gli algoritmi di profilazione possono essere oggetto di tutela giuridica tramite le norme sui segreti aziendali: v. G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Law*, 2018, p. 290.

¹⁶⁵ SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, cit., p. 1678.

¹⁶⁶ SPIEKERMANN ET AL., *Personal data markets*, cit., p. 91.

¹⁶⁷ SHELANSKI, *op. ult. cit.*, pp. 1678-1682.

¹⁶⁸ OCED, *Data-driven innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, cit., p. 177 ss.

¹⁶⁹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 179-180.

¹⁷⁰ Cfr. ROOSEDAAL ET AL., *Personal data markets*, cit., pp. 7-13; N. JENTZSCH ET AL., *Study on monetising privacy - An economic model for pricing personal information*, European Network and Information Security Agency (ENISA), 2012, disponibile online su: <https://www.enisa.europa.eu/publications/monetising-privacy>; OECD, *Exploring the Economics of Personal Data - A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers, n. 220, OECD Publishing, Paris, 2013, disponibile online su: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/exploring-the-economics-of-personal-data_5k486qtxldmq-en.

¹⁷¹ Sull'importanza del contesto nel trattamento dei dati personali, cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *Unlocking the Value of Personal Data: From Collection to Usage*, Geneve, 2013, p. 11, disponibile online su: http://www3.weforum.org/docs/WEF_IT_UnlockingValuePersonalData_CollectionUsage_Report_2013.pdf; SPIEKERMANN ET AL., *Personal data markets*, in *Electron Markets*, 2015, p. 92.

piuttosto è solo grazie al loro utilizzo, in particolare grazie al ruolo svolto dagli algoritmi, che un certo valore economico viene creato¹⁷².

Non sono mancati, comunque, studi che hanno provato a definire quanto meno delle metodologie di stima del valore attribuibile ai dati. Tra questi, va certamente menzionato quello condotto dall'OCSE¹⁷³, che tuttavia rimarca l'assenza di una metodologia di calcolo comunemente accettata. Distinguendo tra stime basate sulle valutazioni delle imprese e stime basate sulle valutazioni degli individui, tra le prime vengono presi in considerazione i seguenti parametri: la capitalizzazione o il reddito netto di un'impresa che opera con i dati, diviso per il numero di utenti di cui sono stati raccolti i dati; i prezzi di mercato negli scambi effettuati dai *data brokers* legali; i costi di un eventuale furto di dati; le valutazioni dei mercati illegali. Tra le seconde, invece, si è dato rilievo, sulla base di sondaggi ed esperimenti economici, a indici quali: il prezzo che le imprese dovrebbero pagare ai consumatori per avere i loro dati rivelati; il prezzo che gli individui sarebbero disposti a pagare per avere i loro dati protetti sotto forma di assicurazione per furti di dati.

Alla luce dello scenario appena descritto, se il valore aggiunto ricavabile dallo sfruttamento dei dati personali, con possibilità che agli stessi venga attribuito addirittura un prezzo, è un fattore di cui prendere consapevolezza, va comunque tenuto conto fin d'ora che, come è stato opportunamente osservato, ciò «non autorizza di per sé l'interprete a trarre alcuna conclusione sul regime giuridico degli atti di disposizione degli stessi»¹⁷⁴. In altre parole, si tratta di un *fatto* al quale l'interprete, tramite l'attività qualificatoria, deve dare voce giuridica¹⁷⁵, senza con ciò sminuire l'importanza che, in sede interpretativa e argomentativa, può (e deve) rivestire l'ancoraggio alla realtà fattuale delle soluzioni giuridiche prospettabili. Il punto da rimarcare è che il *fatto*, senza la mediazione giuridica, resta (*rectius*, non può che restare) muto sul piano degli effetti giuridici producibili. Chiarito l'ovvio, si tratta di verificare il meccanismo di mediazione giuridica, cioè se questa possa avvenire già per mano dell'interprete sulla

¹⁷² ID., *op. ult. cit.*, p. 12; P. SONDERGAARD, *Big Data Fades to the Algorithm Economy*, in *Forbes*, 2015, disponibile online su <https://www.forbes.com/sites/gartnergroup/2015/08/14/big-data-fades-to-the-algorithm-economy/#11f7036751a3>.

¹⁷³ OECD, *Exploring the Economics of Personal Data - A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers, n. 220, OECD Publishing, Paris, 2013.

¹⁷⁴ AIELLO, *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 2015, p. 423.

¹⁷⁵ Cfr. D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 181-182, ove si rimarca come il momento qualificatorio sia il connotato fondamentale che rende la scienza giuridica una scienza valutativa.

base del *ius conditum* o se, per il tipo di risultato che si vuol raggiungere, sia necessario un intervento legislativo, che comunque non può esimersi da un filtro di compatibilità sistematica.

Quanto appena assunto aiuta a comprendere le proposte dottrinali che vengono avanzate in merito alle problematiche riguardanti il valore commerciale dei dati personali. In questo scenario, può segnalarsi la proposta, presentata da alcuni autori, di introdurre *de lege ferenda* un nuovo diritto dell'interessato di ricevere dal titolare del trattamento informazioni circa il valore monetario dei dati personali¹⁷⁶.

3. I modelli commerciali incentrati sul trattamento dei dati personali

La rilevanza economica dei dati personali è pienamente dimostrata dalla presenza di modelli commerciali che non solo fanno ricorso al trattamento di tali dati per ottimizzare o facilitare l'attività aziendale ricadente nei più vari settori di commercio, ma fanno dello stesso trattamento addirittura il loro *core business* o, comunque, un'attività essenziale per il tipo di *business* prescelto¹⁷⁷.

Una ricerca del 2014 del TNO (Netherlands Organisation for Applied Scientific Research) sui mercati dei dati personali (*personal data markets*) classifica i servizi digitali basati sul trattamento dei dati in tre categorie: i servizi digitali “gratuiti”, le

¹⁷⁶ MALGIERI, CUSTERS, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, cit., pp. 289-303. Gli autori di questo contributo sostengono che la proposta in questione, a differenza di altre soluzioni avanzate in dottrina (ad es: gli «*active choice models*» che permetterebbero al consumatore di scegliere tra il pagare con denaro e il “pagare con i propri dati”), è compatibile con la normativa europea di protezione dei dati personali.

¹⁷⁷ Il passaggio del trattamento dei dati da elemento “accidentale” ad elemento “essenziale” dei modelli commerciali è descritto efficacemente da B. VAN DER SLOOT, *Money Does Not Grow on Trees, It Grows on People: Towards a Model of Privacy as Virtue*, in N. HELBERGER ET AL. (eds), *Digital consumers and the law towards a cohesive European framework*, The Hague, 2013, p. 162, così come da G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “safe harbour principles” al “privacy shield”*, Roma, 2016, pp. 272-273, ove lucidamente si osserva che «[n]egli ultimi anni, il regime di utilizzo dei dati da parte dei prestatori ha superato la mera funzione di volano delle strategie commerciali (si pensi alle preferenze d'acquisto desumibili dal c.d. *profiling* e alle proposte individuali effettuabili attraverso il *behavioural advertising*): sono i dati stessi l'oggetto principale dell'attività imprenditoriale. Il dato – sia personale che anonimo – viene captato, veicolato, trattato e nella maggior parte conservato ed accumulato, rappresentando una forma di ‘capitale’ diverso e alternativo al plusvalore ottenuto dalla vendita dei servizi o degli spazi pubblicitari». Più indietro nel tempo, già coglieva il punto A. SERRA, *Note in tema di trattamento dei dati personali e di disciplina dell'impresa*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 107. Più di recente, cfr. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Do “Data Markets” Exist?*, cit., pp. 23-24.

offerte personalizzate di beni e servizi e i c.d. servizi aggregati¹⁷⁸. In realtà, tali categorie costituiscono degli “idealtipi”, in quanto nella prassi le imprese digitali di frequente adottano dei modelli misti che presentano caratteri appartenenti a più di una delle categorie individuate¹⁷⁹. Dei servizi menzionati, i *free digital services* presentano i profili di maggior interesse nell’ambito dei rapporti tra protezione dei dati personali e diritto contrattuale, soprattutto alla luce delle questioni sollevate dalla direttiva sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali; per tale motivo, meritano una trattazione separata (*infra* § 3.1). In questo studio, tuttavia, non si tiene conto dei più recenti modelli commerciali che non si limitano a utilizzare i dati degli utenti “*as payment*”, come avviene nei servizi digitali “*free*”, ma si prefiggono di ristorare direttamente gli utenti che rilasciano dati personali attraverso un corrispettivo monetario. Sebbene sia indubbio che l’aumento del valore economico dei dati personali è da attribuirsi principalmente al loro trattamento di massa (*Big Data*), l’avvento di intermediari – di cui si è parlato in sopra (v. l’esempio di Datacoup) – che agevolano lo scambio *diretto* di dati personali tra singoli individui e operatori economici, contrariamente quindi a quanto fanno i *data brokers* che escludono dal circuito gli interessati, può permettere ai singoli di diventare parte attiva del mercato in questione¹⁸⁰.

Prima di procedere alla trattazione separata dei *free digital services*, è opportuno offrire una rapida panoramica delle altre categorie di servizi incentrati sul trattamento dei dati. Per quanto concerne le offerte personalizzate, esse consistono nel differenziare il *display* di prodotti o servizi offerti all’utente sulla base dei suoi dati “storici” (ad es. gli acquisti effettuati in precedenza) e “comportamentali” (ad es. i *clicks* su un determinato prodotto o servizio). Esempi tipici di aziende che adottano tale modello commerciale sono Amazon e Netflix: il primo nel commercio elettronico generalista, il secondo nella distribuzione *online* di film, serie televisive e altri contenuti di intrattenimento. Per questo tipo di trattamento di dati personali, la base giuridica solitamente è rappresentata dal consenso del soggetto interessato, cioè

¹⁷⁸ ROOSENDAAL ET AL., *Personal data markets*, cit. p. 21.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ V. nuovamente ELVY, *Paying for Privacy and the Personal Data Economy*, cit., p. 1369 ss.

l'utente del servizio, o dal perseguimento di un legittimo interesse del titolare del trattamento, cioè la piattaforma¹⁸¹.

Passando ai servizi “aggregati”, secondo la descrizione del *report* cui si sta facendo riferimento, essi si basano su un'analisi di dati c.d. *inferred*, cioè elaborati sulla base sia delle informazioni volontariamente fornite dai consumatori che di quelle ottenute osservando il comportamento degli stessi, di modo che da tale analisi si possano ricavare indicazioni destinate alla propria azienda o ad aziende terze¹⁸². I dati trattati sono il più delle volte anonimizzati, pertanto il loro trattamento spesso ricade al di fuori del campo di applicazione della disciplina sulla protezione dei dati personali¹⁸³.

¹⁸¹ Così ROSENDAAL ET AL., *op. ult. cit.*, p. 22. A tal proposito è opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 6, par. 1 del RGPD, le basi giuridiche del trattamento dei dati, oltre al consenso dell'interessato (lett. a)), sono le seguenti: la necessità del trattamento per l'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o per l'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (lett. b)); la necessità del trattamento per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (lett. c)); la necessità del trattamento per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. d)); la necessità del trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (lett. e)); la necessità del trattamento per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (lett. f)).

¹⁸² Per una classificazione dei dati in: *volunteered data* (creati ed esplicitamente condivisi dagli individui), *observed data* (ottenuti dalla registrazione delle azioni degli individui) e *inferred data* (dati elaborati sulla base di analisi delle informazioni *volunteered* e *observed*), v. WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, Geneve, 2011, p. 7.

Alla luce di tale classificazione meramente descrittiva, si può scorgere un elemento fattuale che può rilevarsi non indifferente per la qualificazione giuridica: la “volontà” (da intendere qui in senso chiaramente atecnico) è presente solo nella prima classe di dati. Ciò non significa che, nella misura in cui i dati in questione siano di carattere personale, non sia necessario un consenso (preventivo) al trattamento degli stessi, qualora non vi siano altre basi giuridiche che lo legittimino sulla base della disciplina in materia di protezione dei dati. Tale circostanza è altamente probabile che si verifichi soprattutto per gli *observed data*. Tuttavia, nel momento in cui si intende ricondurre le operazioni compiute su tali dati nell'ambito di un rapporto contrattuale, bisognerebbe domandarsi se la volontà negoziale abbracci anche tali aspetti o se invece, quanto meno sul piano contrattuale, questi stessi vadano considerati alla stregua di semplici *fatti*. In altri termini, un *fatto* che risulta giuridicamente rilevante per la normativa sulla protezione dei dati personali, potrebbe tranquillamente non superare il vaglio della rilevanza giuridica in un altro settore dell'ordinamento, quale sarebbe il diritto contrattuale.

¹⁸³ ROSENDAAL ET AL., *Personal data markets*, cit. p. 25. Stando alle esemplificazioni contenute in tale studio, può segnalarsi che un'azienda che fornisce la tipologia dei servizi in questione è Equens, operante nel settore bancario, la quale analizza i dati relativi ai pagamenti elettronici al fine di fornire indicazioni, ad esempio, sulla percentuale di clienti che generano la maggior parte di fatturato.

Per quanto riguarda l'affidabilità delle tecniche di anonimizzazione dei dati, il dibattito scientifico in realtà è aperto. Si discute, in particolare, dell'opportunità di escludere dal campo di applicazione della *data protection* quei dati anonimizzati che, attraverso l'utilizzo di nuove tecnologie, potrebbe tornare ad essere “personali”, nel senso di identificabili di una certa persona. Su tali problematiche, cfr. F. BORGESIU, *Singling out People without Knowing Their Names – Behavioural Targeting, Pseudonymous Data, and the New Data Protection Regulation*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, p. 256 ss.

3.1. (Segue) La fornitura “gratuita” di servizi e contenuti digitali: note sulla *ratio* economica e cenni (con rinvio) sulle principali questioni giuridiche

I servizi fin qui descritti, che come si è visto hanno un legame strettissimo con il trattamento dei dati, prevedono comunque un pagamento per i fruitori: i servizi offerti da Amazon e Netflix, stando agli esempi di cui sopra, ne sono una dimostrazione. Vi sono, tuttavia, contenuti e servizi digitali¹⁸⁴ che, in virtù del trattamento dei dati personali degli utenti, vengono forniti dagli operatori economici senza richiedere in cambio un corrispettivo pecuniario. Basti pensare ai servizi di motore di ricerca, posta elettronica, archiviazione *cloud*, oltre al frequentatissimo mondo dei *social networks*. In quest’ultimo settore, è emblematico il noto slogan di Facebook: «*It’s free and always will be*».

Sul fatto che tali servizi siano realmente *free*, gratuiti, si nutrono parecchi dubbi, sia sul piano economico che su quello giuridico. Tuttavia, se sul piano economico il “pagamento tramite dati personali” può risultare quasi un truismo¹⁸⁵, sul piano giuridico la qualificazione è tutt’altro che scontata.

Dal punto di vista della “sostenibilità lucrativa” dell’impresa, la fornitura di tali servizi digitali senza oneri pecuniari in capo agli utenti si giustifica proprio grazie allo sfruttamento dei dati personali di questi ultimi¹⁸⁶. A tal proposito, la letteratura economica rileva come nelle piattaforme digitali si riscontra spesso un mercato a due o più versanti¹⁸⁷. Mentre in un modello commerciale che potremmo definire “basico”

¹⁸⁴ Per la definizione di contenuto digitale e servizio digitale si può ricorrere a quanto disposto dalla direttiva 2019/770/UE, dove per «contenuto digitale» si intende i dati prodotti e forniti in formato digitale (art. 2, n. 1) e per «servizio digitale»: a) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure b) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati (art. 2, n. 2). Più avanti si tornerà su tali definizioni.

¹⁸⁵ M. SCHMIDT-KESSEL, A. GRIMM, *Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche von Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten*, in *ZpPW*, 2017, p. 84.

¹⁸⁶ Cfr. S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’Internet*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 377, secondo i quali «[p]er i meno ingenui dovrebbe essere chiaro che i dati personali sono una *commodity* – una delle principali *commodities* – che si scambia quotidianamente sulla rete. La maggior parte degli utenti trova questo normale e non trova nulla di male nello scambio privacy contro servizi».

¹⁸⁷ Il principale studio sul funzionamento dei mercati a due versanti nelle piattaforme digitali si deve a J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the Eur. Econ. Ass.*, 2003, 1/4, p. 990 ss. Nella dottrina giuridica italiana, per accenni sul punto cfr. E. CAMILLERI, *Facebook credits e commercializzazione di beni virtuali per social games: l’abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale*, in *AIDA*, 2011, pp. 146-148. Per quanto concerne le piattaforme digitali, c’è chi evidenzia che non sempre si rinviene un vero e proprio mercato a due versanti, in particolare quando «*there is simply an exchange of data against services, and the service*

è lecito attendersi che il singolo fornitore, per offrire certi servizi a una moltitudine di utenti, richieda il pagamento di un prezzo, sia per sostenere i costi di produzione e gestione che per ottenere un guadagno, in un mercato a due versanti il medesimo fornitore può comportarsi diversamente dal momento che si relaziona con due gruppi di soggetti, che finiscono per caratterizzare la conformazione del mercato in due segmenti, un lato c.d. *low price* e un altro c.d. *high price*. Il primo versante del mercato è rappresentato dai consumatori che beneficiano dei servizi gratuitamente o a un prezzo molto basso per una duplice ragione: in primo luogo, il servizio fornito viene finanziato da coloro che agiscono sul secondo versante del mercato, che il più delle volte sono inserzionisti pubblicitari; in secondo luogo, ma in stretta connessione al primo, il finanziamento avviene grazie ai dati, personali e non, rilasciati dagli utenti del servizio, nel senso che la piattaforma digitale che fornisce il servizio attrae gli inserzionisti (riuscendo così a finanziarsi e ad offrire, quindi, servizi “gratuiti”) proprio in virtù del fatto che essa è in grado di trattare i dati dei propri utenti per fini commerciali (ad es. il *target advertising*)¹⁸⁸.

Oltre che sul versante economico, un’architettura così congegnata presenta dei lati oscuri anche sul versante psicologico-comportamentale dell’utente. Com’è stato opportunamente sottolineato, i *free online services* possono rivelarsi «*enabling, disenfranchising, disempowering*»¹⁸⁹. Essi, infatti, non solo diventano una parte essenziale dell’esistenza virtuale degli utenti (*enabling*), ma soprattutto, in quanto gratuiti, assumono le sembianze di un “dono” e, pertanto, come tutti i doni non hanno bisogno né di giustificazione, né di legittimazione: nell’immaginario comune si perde il “diritto” di rivendicare pretese di ogni specie perché *non si è pagato nulla* per usufruire del servizio (*disenfranchising*). Infine, tornando al piano più propriamente

*provider, subsequently, uses the data to provide separate and unrelated services to third parties. A typical example can be the “Street View” service offered by Google, which creates it sending vehicles with fish-eye lenses around a town and subsequently offers it to its clients who pay for it through their data»: ZENO-ZENCOVICH, Do “Data Markets” Exist?, cit., p. 32. Sulle difficoltà definitorie in relazione all’espressione «piattaforme digitali», v. G. RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *MediaLaws*, 2018, 1, pp. 232-233.*

¹⁸⁸ J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services – A double Challenge for European and National Contract Law*, in *EuCML*, 2016, pp. 42-43. Cfr. anche W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, p. 232, il quale, con riferimento ai *social networks*, osserva che «per il gestore del servizio gli utenti, in realtà, non rappresentano altro che la contropartita offerta agli inserzionisti a fronte del loro investimento».

¹⁸⁹ L. FLORIDI, *Free Online Services: Enabling, Disenfranchising, Disempowering*, in *Philos. Technol.*, 2015, p. 163 ss.

economico, si è evidenziato che le imprese digitali che forniscono tali servizi indeboliscono le imprese che richiedono un corrispettivo monetario, ponendo in tal modo la concorrenza al di fuori dei prezzi (*disempowering*).

Quest'idea di offrire un servizio "gratuito", come se fosse appunto una liberalità, è stata analizzata anche da una prospettiva di *law and economics*. Intendendo la gratuità nel senso di esenzione da costi, uno studio americano, che adotta un approccio basato sulla teoria economica dei costi transattivi¹⁹⁰, sostiene che il concepire le transazioni in questione come *free* può nuocere gravemente alla concorrenza, essendovi in tali transazioni numerosi costi non pecuniari, nascosti per i consumatori¹⁹¹. Si tratta di costi *ex post*, nascosti appunto in una logica che considera esclusivamente il prezzo, ossia il tipico costo *ex ante*. Tali costi possono essere di vario genere: possono consistere, ad esempio, nel dover spendere tempo e risorse per ridurre l'impatto delle *marketing practices* basate sull'utilizzo delle proprie informazioni¹⁹², o per riparare i danni subiti a causa di un uso abusivo delle stesse, rispetto al quale dovesse risultare difficile accertare il responsabile¹⁹³. Secondo tale dottrina, possono definirsi realmente *free* soltanto quei servizi e prodotti nei quali l'impresa non trasferisce sui consumatori il rischio di recuperare i costi da essa sostenuti¹⁹⁴. A tal proposito, è vero che le imprese che forniscono i servizi digitali di cui si discute non affrontano costi marginali nella distribuzione (o comunque quelli che affrontano sono *too cheap to matter*), per via di una «tripletta di tecnologie più veloci, migliori e meno care»¹⁹⁵, tuttavia i costi di produzione a cui le imprese vanno (ancora) incontro non sembrano essere del tutto slegati da una sorta di traslazione sui consumatori, nel senso che, come si è visto, è proprio il trattamento dei dati di questi ultimi a consentire alle imprese di reggersi a livello finanziario.

¹⁹⁰ Secondo tale teoria, i costi generatisi nella formazione del contratto proseguono anche con l'esecuzione dello stesso, potendosi quindi distinguere i costi che sorgono in corso, c.d. *ex post*, da quelli iniziali, c.d. *ex ante*. La teoria si fonda sulla tesi di Williamson secondo la quale i soggetti sono sì razionali, ma non possono prevedere tutto ciò che accadrà durante l'esecuzione del contratto, cfr. C.J. HOOFNAGLE, J. WHITTINGTON, *Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price*, in *Ucla Law Review*, 2014, pp. 614-619.

¹⁹¹ ID., *op. ult. cit.*, p. 608 ss.

¹⁹² ID., *op. ult. cit.*, p. 625.

¹⁹³ ID., *op. ult. cit.*, p. 610, nota 13.

¹⁹⁴ ID., *op. ult. cit.*, pp. 624-626.

¹⁹⁵ C. ANDERSON, *Gratis: come funzionerà l'economia del futuro*, Milano, 2013 (trad. it. di Katerinov), p. 103, secondo il quale sono proprie le nuove tecnologie digitali «il motore dietro al nuovo Gratis, quello che va oltre i trucchi del marketing o il sovvenzionamento incrociato».

Dal fenomeno sinteticamente descritto¹⁹⁶ emergono svariate questioni *strictu sensu* giuridiche, per nulla di poco conto: da quelle di ordine teorico – *i*) innanzitutto, può davvero dirsi che le operazioni che ricalcano il modello commerciale testé descritto integrino a pieno gli elementi della fattispecie contrattuale?¹⁹⁷; *ii*) come corollario della domanda precedente, la natura e lo statuto del consenso al trattamento dei dati personali sono d’ostacolo a una sua “contrattualizzazione”, e in che termini la teoria dei diritti della personalità può influire sulla questione?¹⁹⁸; *iii*) nell’ipotesi in cui si riescano a sciogliere i dubbi iniziali, tali contratti sarebbero da qualificare come gratuiti (secondo il diritto contrattuale italiano, ed europeo?), posto che il trattamento dei dati personali quanto meno colora la loro ragione economica?¹⁹⁹; *iv*) da cui poi segue: ai contratti che non prevedono un corrispettivo pecuniario si applica il diritto dei consumatori?²⁰⁰; – a quelle di ordine pratico, ma strettamente connesse all’approccio teorico prescelto – *v*) le *privacy policies* fanno parte del regolamento contrattuale, tanto da poterle sottoporre alla disciplina sulle clausole vessatorie laddove unilateralmente predisposte?²⁰¹; *vi*) che succede al contratto nel caso di revoca

¹⁹⁶ Per approfondimenti, v. G.A.M. BELLOMO, “*There ain’t no such thing as a free lunch*”. *Una riflessione sui meccanismi di mercato dell’economia digitale e sull’effettività delle tutele esistenti*, in *Conc. merc.*, 2016, p. 205 ss.

¹⁹⁷ Cfr. R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford, 2017, pp. 273-280; RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 418-420.

¹⁹⁸ Cfr. V. JANEČEK, G. MALGIERI, *Data Extra commercium* (June 7, 2019), in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Oxford, 2019 (Forthcoming), disponibile online su: <https://ssrn.com/abstract=3400620>, pp. 2-14; F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2555 ss. (in part. 2564-2568).

¹⁹⁹ Cfr. M. NARCISO, ‘*Gratuitous*’ *Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *EuCML*, 2017, p. 198 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, pp. 55-62; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, p. 102 ss. (in part. 107-111); S.F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 1087 ss. (in part. 1095-1110); P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, pp. 95-98. Per l’ordinamento tedesco, cfr. SCHMIDT-KESSEL, GRIMM, *Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche von Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten*, cit., p. 84 ss.

²⁰⁰ Cfr. HELBERGER, BORGESIOUS, REYNA, *The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law*, cit., p. 1442; M. LOOS, J. LUZAK, *Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers*, in *Journal of Consumer Policy*, 2016, p. 67; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d’uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 639-640.

²⁰¹ Cfr. WENDEHORST, GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., p. 3745 ss. (in part. 3748-3750); D. CLIFFORD, I. GRAEF, P. VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections*, in *German Law Journal*, 2019, p. 679 ss. (in part. 687-698).

del consenso al trattamento da parte dell'interessato/consumatore²⁰² e nell'ipotesi di contrasto di una clausola con la normativa sulla protezione dei dati personali²⁰³?; vii) a parte i rimedi previsti dalla direttiva 2019/770/UE, il consumatore di un contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, in cui non paga un prezzo ma fornisce dati che lo riguardano, ha a disposizione altri rimedi?; viii) la pubblicizzazione dei servizi e contenuti digitali in questione come gratuiti costituisce una pratica commerciale sleale del professionista?²⁰⁴.

Delle questioni elencate, può segnalarsi che quelle di cui ai punti ii), v) e vi), pur avendo specifico rilievo nell'ambito dei servizi e contenuti digitali forniti "gratuitamente", possono avere una portata più generale, interessando tendenzialmente tutti i modelli commerciali incentrati sul trattamento dei dati personali. Ad ogni modo, il minimo comune denominatore degli interrogativi che ci si è posti è che essi si inscrivono nell'ambito dei rapporti tra il diritto sulla protezione dei dati personali e il diritto privato patrimoniale. Rispetto a quest'ultima branca dagli ampi confini, deve chiarirsi, come d'altronde emerge già dal tipo di domande, che l'attenzione sarà rivolta quasi esclusivamente al diritto contrattuale. La scelta, come si è già accennato, è dettata dalla circostanza che la recente emanazione della direttiva 2019/770 richiede uno studio proprio su tale fronte, posto che, nonostante il tentativo di intercettare alcune delle problematiche sopracitate, si tratta di un atto normativo molto carente sul piano del coordinamento dei concetti coinvolti, la cui ricostruzione sistematica non può che essere compito della dottrina e della giurisprudenza²⁰⁵.

Ciò non vieta, comunque, di tenere uno sguardo più lungo. Infatti, al di fuori delle questioni propriamente contrattuali, si può qui segnalare il dibattito concernente la possibile integrazione della fattispecie di pratica commerciale sleale relativamente ai

²⁰² Cfr. C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015, p. 222.

²⁰³ Cfr. P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, cit., disponibile online su: <https://ssrn.com/abstract=3391772>, pp. 10-12.

²⁰⁴ V. più avanti nel testo.

²⁰⁵ Cfr. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 77 e *passim*. L'autore, scrivendo quando ancora la direttiva era in fase di proposta, prevedeva che anche con la sua adozione poco sarebbe cambiato sul piano del coordinamento tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e la disciplina generale sulle obbligazioni e sui contratti. In altri termini, la direttiva 2019/770/UE accende i riflettori sul tema più che fornire gli strumenti di risoluzione del problema.

riferimenti di gratuità contenuti nei messaggi pubblicitari dei servizi in esame²⁰⁶. Nell'ambito della dottrina europea, vi è chi sostiene che la suddetta condotta vada qualificata come ingannevole²⁰⁷. Tuttavia, la questione è stata al centro di alcuni, ancora sporadici, procedimenti amministrativi e giudiziari con esiti controversi²⁰⁸.

Con riguardo alle pratiche commerciali di Facebook, di recente si è pronunciata in primo grado la Corte regionale di Berlino (*Landgericht Berlin*)²⁰⁹. Quest'ultima, nonostante abbia giudicato una parte dei termini di servizio e delle *privacy policies* del *social network* in contrasto con il diritto del consumo, in particolare con la normativa sulle clausole abusive²¹⁰, non ha ritenuto ingannevole lo slogan sulla gratuità del servizio in quanto un corrispettivo immateriale non può essere considerato un costo, rigettando così la tesi sostenuta dalla Federazione delle organizzazioni dei consumatori tedeschi (VZBV)²¹¹.

Di recente, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato ha affrontato la medesima questione giungendo a conclusioni differenti rispetto alla Corte tedesca²¹². Essa ha sostenuto, infatti, che la pratica di Facebook di esaltare la gratuità del servizio, senza fornire adeguate informazioni in ordine alla propria attività di raccolta e utilizzo a fini commerciali dei dati dei propri utenti, risulta ingannevole poiché non permette ai consumatori di «assumere una decisione consapevole di natura commerciale quale è quella di registrarsi nella Piattaforma Facebook per usufruire dell'omonimo servizio

²⁰⁶ Il n. 20 dell'Allegato I (richiamato dall'art. 5, par. 5) della Direttiva 2005/29/Ce considera ingannevole la pratica di «descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore deve pagare un sovrappiù rispetto all'inevitabile costo di rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare l'articolo».

²⁰⁷ LOOS, LUZAK, *Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers*, cit., p. 64, nota 15.

²⁰⁸ Tali casi sono citati nel documento della Commissione Europea sugli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali", COM(2016) 320 final, p. 102, disponibile *online* su: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN>. La Commissione prende posizione affermando che «[l]a commercializzazione di tali prodotti come "gratuiti" senza informare i consumatori del modo in cui saranno utilizzati i dati relativi alle loro preferenze, i dati personali e i contenuti generati dagli utenti in alcune circostanze può essere considerata una pratica ingannevole».

²⁰⁹ Landgericht Berlin, 16.01.2018, 16 O 341/15, disponibile *online* su: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/02/12/facebook_lg_berlin.pdf.

²¹⁰ Sul punto ci si soffermerà nel cap. III.

²¹¹ Per un breve resoconto (in inglese) della decisione, v. il comunicato della VZBV, *Facebook in breach of German data protection law*, disponibile *online* su: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/02/14/18-02-12_vzbv_pm_facebook-urteil_en.pdf.

²¹² AGCM, Provvedimento 29 novembre 2018, n. 27432, PS11112, *Facebook – condivisione dati con terzi*.

di social network»²¹³. D'altronde, già in passato, in un settore di servizi diverso dai *social networks*, l'AGCM si era schierata su posizioni simili. Il messaggio pubblicitario di poter fruire di un servizio *online* gratuitamente è stato reputato ingannevole nella misura in cui erano sottaciute le onerose condizioni di fruibilità dell'offerta, che nel caso di specie erano ravvisate nei seguenti elementi: l'accettazione di ricevere pubblicità commerciale nella propria posta elettronica; l'autorizzazione al monitoraggio della propria navigazione su internet; la visualizzazione, a pena di risoluzione del contratto, di un numero minimo di email pubblicitarie sul proprio terminale²¹⁴. In un altro provvedimento, la medesima Autorità ha proseguito lungo la stessa linea, concludendo in maniera ancora più netta che «l'obbligo [...] di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, "profilati" sulla base del proprio utilizzo della rete via Internet, può configurarsi come una vera e propria prestazione passiva»²¹⁵.

4. Il trattamento commerciale dei dati personali tra condizioni generali di contratto e *privacy policies*: qualche esempio dalla prassi

Fin qui si è cercato di descrivere il fenomeno dei modelli commerciali «dati-centrici» da una prospettiva principalmente socio-economica, con accenni da ultimo alle questioni giuridiche che meritano un'analisi accurata nei prossimi capitoli. Prima di procedere in tal senso, per avere un quadro delle problematiche il più completo possibile, non sembra si possa fare a meno di considerare il piano giuridico-empirico. Quanto finora descritto trova, infatti, base giuridica nelle condizioni generali di contratto e nelle *privacy policies* che le imprese predispongono esercitando quello che viene efficacemente definito il «potere regolamentare privato d'impresa»²¹⁶.

Com'è noto, le principali società che adottano modelli commerciali basati sul trattamento dei dati personali (gestori di piattaforme e fornitori degli altri servizi

²¹³ AGCM, Provvedimento 29 novembre 2018, n. 27432, PS11112, cit., paragrafo 55.

²¹⁴ AGCM, Provvedimento n. 8051/2000, PI2671, *Libero Infostrada*, paragrafo 6, quarto e quinto capoverso.

²¹⁵ AGCM, Provvedimento n. 10276/2001, PI3501, *Messaggio La settimana su Internet*, paragrafo 6, quinto capoverso.

²¹⁶ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M.R. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 60. Sul diritto "creato" dagli uffici legali delle multinazionali, cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 238.

digitali sopra menzionati) hanno dimensioni che trascendono i confini nazionali, così che l'individuazione della giurisdizione competente e della legge applicabile diventa una questione particolarmente rilevante, puntualmente disciplinata nelle condizioni generali²¹⁷. Tuttavia, su tali aspetti l'autonomia privata incontra i limiti previsti dalle norme di diritto privato internazionale e dal RGPD.

Per quanto riguarda quest'ultimo, va rilevato che esso ha un ambito di applicazione territoriale molto vasto, includendo sia il trattamento dei dati personali effettuato da soggetti titolari e responsabili stabiliti in Unione europea, a prescindere dal fatto che esso ivi avvenga (art. 3, par. 1, RGPD), sia il trattamento dei dati personali di soggetti interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da titolari e responsabili che non sono ivi stabiliti, purché riguardi a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato, oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione (art. 3, par. 2, RGPD). Per quanto concerne, invece, le norme di diritto privato internazionale, bisogna rivolgersi al reg. (CE) 2008/593 (c.d. Roma I). Quest'ultimo, sebbene preveda che le parti sono libere nella scelta della legge applicabile, purché la scelta sia espressa o risulti chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso (art. 3, par. 1), impone dei limiti con riguardo ai contratti conclusi da consumatori (art. 6). In particolare, il paragrafo 2 di tale articolo dispone che la legge eventualmente scelta dalle parti non può privare il consumatore della tutela assicurategli dalla «legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1», ossia la legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, con la sola condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo.

Dalle disposizioni passate in rassegna si intuisce che il diritto europeo sulla protezione dei dati personali e il diritto nazionale di protezione dei consumatori (anch'esso, comunque, di chiara matrice eurounitaria) sono frequentemente applicabili

²¹⁷ Cfr. M. GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA*, 2011, p. 127; E. WAUTERS, E. LIEVENS, P. VALCKE, *Towards a better protection of social media users: a legal perspective on the terms of use of social networking sites*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2014, pp. 272-278; LOOS, LUZAK, *Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers*, cit., pp. 82-86.

ai contratti predisposti dai gestori di piattaforme digitali e dai fornitori degli altri servizi digitali sopra menzionati. Tale circostanza, quindi, giustifica un'analisi delle condizioni contrattuali che si prenderanno in esame anche in una prospettiva italo-europea.

In particolare, si vuole verificare come le società che offrono i principali servizi digitali disciplinano nelle loro condizioni generali di contratto e nelle loro *privacy policies* (queste ultime solitamente costituenti un documento separato, ma ritenute comunque facenti parte del regolamento contrattuale²¹⁸) il trattamento economico dei dati personali, intendendo con questa espressione quel trattamento che permette all'impresa di disporre dei dati personali dei propri utenti come una risorsa da cui ottenere profitto, così come esplicitato nei paragrafi precedenti. Se si vogliono esaminare le principali *data companies*, la scelta ricade su Google, Amazon, Facebook e WhatsApp.

Tutte e quattro le piattaforme prevedono, nelle proprie condizioni generali di contratto (variamente definite: «Termini di servizio» per Google²¹⁹ e WhatsApp²²⁰; «Condizioni d'uso» per Facebook²²¹ e «Condizioni generali d'uso» per Amazon²²²), l'obbligo in capo all'utente di concedere una licenza d'uso²²³ in relazione ai contenuti inviati, condivisi, pubblicati, caricati, trasmessi, memorizzati o ricevuti durante l'utilizzo del servizio²²⁴. Tale licenza è semplicemente «globale» per Google; le altre piattaforme specificano che è anche non esclusiva, trasferibile, sub-licenziabile, non

²¹⁸ Così GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks*, cit., p. 134.

²¹⁹ <https://policies.google.com/terms?hl=it> (versione in vigore dal 22 gennaio 2019).

²²⁰ <https://www.whatsapp.com/legal?eca=1#terms-of-service> (versione modificata il 24 aprile 2018).

²²¹ https://www.facebook.com/legal/terms/plain_text_terms (versione revisionata il 31 luglio 2019).

²²² <https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000> (versione aggiornata l'11 luglio 2019).

²²³ In realtà, gli usi dei contenuti oggetto della licenza vengono articolati nel dettaglio. Nei termini di servizio di Google, si prevede di «utilizzare, ospitare, memorizzare, riprodurre, modificare, creare opere derivate (come quelle derivanti da traduzioni, adattamenti o altre modifiche apportate in modo tale che i contenuti funzionino al meglio con i nostri Servizi), comunicare, pubblicare, eseguire pubblicamente, visualizzare pubblicamente e distribuire» i contenuti degli utenti. Amazon li intende «utilizzare, riprodurre, pubblicare, rendere disponibile, tradurre e modificare tali contenuti in ogni parte del mondo (incluso il diritto di sub-licenza a terzi)». Facebook se ne vuole avvalere «per la trasmissione, la distribuzione, la modifica, l'esecuzione, la copia, la pubblica esecuzione o la visualizzazione, la traduzione e la creazione di opere derivate». WhatsApp, infine, si «limita» a «utilizzare, riprodurre, distribuire, creare lavori derivativi, visualizzare ed eseguire».

²²⁴ Per essere precisi, Google si riferisce ai contenuti che «l'utente carica, trasmette, memorizza, invia o riceve»; Amazon considera «le recensioni cliente, commenti, domande o risposte cliente» che l'utente decide di pubblicare e gli «altri tuoi contenuti [...] creati per la visualizzazione sul sito» che l'utente decide di inviare; Facebook richiama i contenuti che «l'utente condivide, pubblica o carica»; WhatsApp fa riferimento alle «informazioni (compresi i contenuti) che [l'utente] carica, invia, memorizza o riceve».

soggetta a *royalty* (così Facebook, ma in termini molto simili anche Amazon e WhatsApp). È evidente che essa venga richiesta per evitare violazioni dei diritti di proprietà intellettuale vantati dagli utenti sui propri contenuti. Questi ultimi, tuttavia, sono altresì (fonti di) informazioni personali e, pertanto, il trattamento operato dalle imprese su di essi è sottoposto anche alla normativa sulla *privacy*. Non a caso, Facebook esplicita tale rilievo nella sezione delle condizioni d'uso relativa alle autorizzazioni concesse dall'utente (che costituisce, a sua volta, una sottosezione degli «impegni dell'utente nei confronti di Facebook e della sua community»), tra le quali autorizzazioni rientra anche quella ad usare «il proprio nome, l'immagine del profilo e le informazioni relative alle azioni intraprese su Facebook in relazione o in connessione a inserzioni, offerte e altri contenuti sponsorizzati che Facebook mostra all'interno dei suoi Prodotti, senza alcuna remunerazione a suo vantaggio».

Per quanto riguarda le *privacy policies*, che Facebook chiama «Normativa sui dati»²²⁵, in modo simile a Google con le sue «Norme sulla privacy»²²⁶ e a differenza di Amazon e WhatsApp che parlano di «Informativa sulla privacy»²²⁷, si è soliti distinguere la sezione relativa ai dati raccolti, nella quale si forniscono indicazioni sui modi in cui tale *raccolta* avviene, dalla sezione dedicata alle modalità di *utilizzo* delle informazioni, a cui ne segue spesso un'altra che informa l'utente circa la *condivisione* dei dati in questione. Inoltre, in una pagina *web* separata, le piattaforme in esame (ad eccezione di WhatsApp) forniscono spiegazioni più dettagliate sull'utilizzo dei *cookies*²²⁸ a fini pubblicitari.

La parte che interessa di più, ai fini della nostra indagine, è evidentemente quella relativa alle modalità di utilizzo dei dati personali, ma talvolta – come vedremo – si trovano indicazioni rilevanti anche in altre sezioni delle suddette *policies*.

Partendo da Google, come *incipit* esso dichiara con tono trionfante di utilizzare «i dati per creare servizi migliori», salvo poi specificare i diversi scopi di taglio

²²⁵ <https://www.facebook.com/about/privacy/update/printable> (versione revisionata il 19 aprile 2018).

²²⁶ <https://policies.google.com/privacy?hl=it> (versione in vigore dal 15 ottobre 2019).

²²⁷ Per Amazon: https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_v4_sib?ie=UTF8&nodeId=201909010 (versione aggiornata il 12 settembre 2019). Per WhatsApp: <https://www.whatsapp.com/legal?eea=1#privacy-policy> (versione modificata il 24 aprile 2018).

²²⁸ I *cookies* sono brevi file di testo che vengono inviati da un *web server* al *browser* dell'utente che effettua l'accesso a un sito *web*; essi vengono memorizzati sul computer dell'utente e poi essere ritrasmessi al *server* ad ogni successivo collegamento a quel sito in modo tale che il *server* riconosca il pc dell'utente. Tuttavia, i *cookies* non sono creati solo dal sito che sul quale l'utente sta navigando ma anche da altri siti che pubblicano annunci pubblicitari o altri elementi sulla pagina *web* caricata.

comunque piuttosto generico («fornire i nostri servizi», «mantenere e migliorare i nostri servizi», «sviluppare nuovi servizi», «offrire servizi personalizzati, inclusi contenuti e annunci», «misurare il rendimento», «comunicare con te», «proteggere Google, i nostri utenti e il pubblico»)²²⁹. Non manca comunque una certa commistione di finalità; ad esempio, sotto lo scopo relativo alla protezione degli utenti, il colosso di Mountain View, dando del tu al proprio utente²³⁰, prevede di utilizzare «sistemi automatizzati che analizzano i tuoi contenuti per fornirti ad esempio i risultati di ricerca su misura per te, gli annunci personalizzati o altre funzionalità modellate in base a come utilizzi i nostri servizi» oltre ad analizzare «i tuoi contenuti per riuscire a rilevare i comportamenti illeciti quali spam, malware e contenuti illegali», mettendosi quindi sostanzialmente sullo stesso piano la protezione da *malware* e la ricezione di pubblicità su misura. Sul piano del trattamento dei dati a fini commerciali, va segnalata la previsione che consente l'utilizzo dei «dati sugli annunci con cui interagisci per aiutare gli inserzionisti a capire il rendimento delle loro campagne pubblicitari». Viene fornita tuttavia la rassicurazione che gli annunci personalizzati, facenti affidamento principalmente sui dati raccolti tramite *cookies* e tecnologie simili, non si basano su categorie sensibili di dati quali etnia, religione, orientamento sessuale o salute. I *cookies* possono anche essere disattivati, ma in tal caso Google avverte che i propri servizi potrebbero non funzionare correttamente, senza però specificare quali, eccetto che per un solo esempio. Per maggiori informazioni sull'utilizzo dei *cookies* a fini pubblicitari bisogna visitare un'altra pagina *web* (la voce «Pubblicità» nella sezione «Tecnologie»), distinta da quella contenente le disposizioni in tema di *privacy*. Solo qui Google ammette che grazie alla pubblicità riesce ad offrire “gratuitamente” i propri servizi.

Soffermandoci ancora sull'utilizzo dei *cookies*, un'attenzione particolare verso di essi è posta da Amazon che, come si è detto in precedenza, struttura il proprio modello commerciale sul differenziare il *display* dei prodotti e servizi offerti sulla base dei dati storici e comportamentali degli utenti. Amazon, infatti, dichiara di utilizzare i *cookies* per fornire contenuti, soprattutto pubblicitari, pertinenti agli interessi dei propri utenti,

²²⁹ Ad ogni modo, la “Normativa” attuale è più trasparente di quelle precedenti. Ad esempio, in quella del 1° marzo 2017 non si distinguevano in modo chiaro (già sul piano grafico, oltre che linguistico) i diversi scopi di utilizzo dei dati.

²³⁰ Caratteristica comune nelle condizioni contrattuali delle piattaforme *online*, «scritte con uno stile volto a far sembrare il testo meno tecnico e più accessibile all'utente», come segnala GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks*, cit., p. 128.

sia sui propri siti che su quelli di terzi. In particolare, specifica: «Per offrirti pubblicità definita in base agli interessi utilizziamo informazioni quali, ad esempio, le tue interazioni con i siti, i contenuti o i servizi di Amazon. Non usiamo informazioni d'identificazione personale come il nome o l'e-mail per offrire pubblicità definita in base agli interessi». Ad ogni modo, la parte più interessante delle *policies* di Amazon riguarda la comunicazione dei dati a terzi, contenuta in una sezione dell'«Informativa sulla privacy». Qui si riconosce che i dati dei propri clienti sono una componente fondamentale dell'attività dell'azienda e, pertanto, non rientra tra le attività di quest'ultima venderli ad altri²³¹. Tuttavia, dopo essersi precisato che in realtà vi possono essere dei casi di condivisione dei dati con terzi, si considera l'ipotesi del trasferimento d'azienda, ove si prevede che «i dati personali della clientela rientrano nel patrimonio aziendale che viene trasferito, ma rimangono soggetti agli impegni assunti in qualsiasi precedente Informativa sulla Privacy», salvo che il cliente non dia il suo consenso a procedere diversamente. Una tale disposizione non fa altro che confermare che i dati personali, come si è detto a più riprese, costituiscono un *asset* aziendale imprescindibile.

Passando ad esaminare la «Normativa sui dati» di Facebook, in essa si dichiara di utilizzare i dati dell'utente sia «per personalizzare le funzioni e i contenuti (fra cui la sezione Notizie, il feed di Instagram, le storie di Instagram e le inserzioni²³²) e per fornir[gli] suggerimenti (ad es. gruppi o eventi che [gli] potrebbero interessare o argomenti che potresti voler seguire)», sia «per aiutare gli inserzionisti e gli altri partner a misurare l'efficacia e la distribuzione dei loro servizi e delle loro inserzioni e a comprendere il tipo di persone che usa i loro servizi e come le persone interagiscono con i loro siti web, app e servizi». Nella sezione dedicata alla condivisione dei contenuti con partner terzi, Facebook riconosce che è proprio tale attività (più precisamente, si riferisce alla collaborazione con partner terzi che usano gli strumenti di Facebook Business per far crescere le loro aziende) che «rende possibile la gestione

²³¹ In realtà, la storia di Amazon dimostra che l'azienda non è sempre stata così sensibile alla cessione dei dati dei propri clienti a terzi. Come riferisce Lawrence Lessig in un celebre saggio già citato (LESSIG, *Privacy as property*, cit., pp. 249-250), fino al 2000 la *privacy policy* di Amazon era di non cedere i dati dei propri clienti a terzi, o almeno era sufficiente che un cliente inviasse un'email all'azienda perché ciò non accadesse. Alla fine del 2000, Amazon ha modificato la propria politica stabilendo non solo che i dati personali potessero essere ceduti o condivisi con terzi, a prescindere dal volere dei clienti, ma che tale cambiamento avesse effetto retroattivo, essendo ciò consentito da una clausola di salvaguardia contenuta nella propria normativa sulla *privacy*.

²³² È noto, infatti, che Instagram rientra nel gruppo societario di Facebook.

delle [sue] aziende e l'offerta di servizi gratuiti». Sebbene – come si è già detto in precedenza – il riferimento alla gratuità faccia discutere, la dichiarazione di Facebook sembra più rispondente al vero rispetto a quella di Google sopra citata: a ben vedere, infatti, non è la “mera pubblicità”, intesa come pubblicità tradizionale, a finanziare tali servizi, piuttosto è *la messa a disposizione costante dei dati degli utenti* per fini pubblicitari (condividendo tali dati con gli inserzionisti), o più genericamente per fini commerciali, che consente alle imprese digitali di non richiedere un corrispettivo pecuniario per la fruizione del loro servizio²³³.

Infine, WhatsApp. È bene subito rilevare che può apparire discutibile la scelta di prendere in esame tale piattaforma considerato che si tratta di una società controllata da Facebook. Tuttavia, su scala globale si tratta della principale azienda che offre il servizio di messaggistica istantanea, rappresentando quindi un modello commerciale di indubbio interesse proprio perché adottato in un settore diverso da quelli in cui operano le piattaforme precedentemente analizzate. D'altronde, l'acquisizione da parte di Facebook permette di dedicare attenzione anche ad alcuni profili problematici relativamente a quello che può definirsi – come vedremo – un trattamento *indirettamente* commerciale dei dati personali.

²³³ Con “mera pubblicità” si fa riferimento a quella che finanzia il sistema tradizionale dei media quali radio e televisione. In questi casi, infatti, la pubblicità prescinde dal trattamento dei dati personali degli utenti dei servizi e quindi si presenta come indifferenziata, cioè non targettizzata e personalizzata. Cfr. ZENO-ZENCOVICH, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nei servizi in rete*, cit., p. 415, il quale spiega opportunamente la differenza dei servizi digitali “gratuiti” sostenuti dal trattamento dei dati degli utenti dai servizi “gratuiti” offerti dai media tradizionali: «L'esempio classico [di mercato a due versanti] è quello delle radio e delle televisioni commerciali che «vendono» agli inserzionisti pubblicitari il pubblico che esse riescono a conquistare con programmi di successo. In questo modello di business l'ampliamento del parco degli utenti da un lato del mercato aumenta simmetricamente il valore prodotto nell'altro segmento di mercato, per via degli effetti di rete coinvolti; pertanto è ben comprensibile che il ricorso alla tecnica della (apparente) gratuità è uno strumento utilizzato al fine di attrarre un maggior numero di clienti e dunque indirettamente incrementare il rilievo economico della partecipazione al mercato dal lato dell'offerta. [...] All'interno della [categoria dei servizi digitali], vi è un ulteriore livello che, forse, pone i problemi più complessi in termini sia teorici che pratici. Nella fruizione di servizi in rete, sia al momento del primo accesso che in séguito e quale condizione per la continuità della fruizione, all'utente viene chiesto — ma talvolta neanche questo — di accettare l'installazione sul proprio terminale, o sul sistema che sta utilizzando, programmi informatici dalla più varia denominazione (app, cookies); oppure programmi che gli consentono di «aprire» allegati in una certa estensione digitale (word, pdf, excel, ecc.); oppure che consentano di essere connessi o navigare con maggiore sicurezza (gli anti-virus, accessi anonimi o in incognito)». La differenza tra i due modelli commerciali cui si sta facendo riferimento è espressa dal medesimo autore in termini ancor più sintetici e incisivi in un altro contributo in lingua inglese: «*The difference is that with TV programmes there is no exchange between broadcasters and viewers (the latter can switch to a different channel or turn off the set when commercials are broadcast). In the case of digital services, instead, in order to take advantage of the services offered, users must be constantly connected and therefore are paying the service with their data: pay-as-you-go*»: così ZENO-ZENCOVICH, *Do “Data Markets” Exist?*, cit., p. 29.

WhatsApp, a differenza delle precedenti piattaforme, non prevede l'utilizzo delle informazioni dei propri utenti per l'inserzione di annunci pubblicitari. Nell'«Informativa sulla privacy» afferma di non adottare tale politica, ma non esclude di farlo in futuro («se mai lo faremo, aggiorneremo la presente Informativa»). Ad ogni modo, essendo comunque possibile per le aziende comunicare con gli utenti-consumatori tramite l'*app*, si prevede che le informazioni degli utenti potranno essere trattate per aiutare «le aziende che usano WhatsApp a misurare l'efficacia e la distribuzione dei loro servizi e messaggi e a comprendere il modo in cui le persone interagiscono con loro». È evidente dunque che, pur non permettendo l'inserzione di annunci pubblicitari, WhatsApp riesce comunque a ricevere finanziamenti da aziende terze per i servizi loro offerti. A tal proposito, con l'obiettivo di far interagire persone e aziende tramite la piattaforma, si dice espressamente che «questo potrebbe includere una collaborazione con le aziende di Facebook per consentire alle persone di trovare le aziende a cui sono interessate e comunicare con esse tramite WhatsApp». La condivisione dei dati con Facebook è un argomento scottante: WhatsApp ripete costantemente che, ad oggi, non è previsto l'utilizzo delle informazioni dei propri utenti al fine di migliorare le loro esperienze con i prodotti di Facebook o per fornire loro contenuti pubblicitari più pertinenti su Facebook. Non viene tuttavia escluso che ciò possa avvenire tra qualche tempo, con la sola rassicurazione che in tal caso servirà un accordo con l'*Irish Data Protection Commissioner* (la Commissione per la protezione dei dati irlandese). Peraltro, la società di messaggistica tiene a precisare che, dopo l'acquisizione da parte di Facebook, coloro che erano già utenti, al momento in cui è stato effettuato l'aggiornamento dell'*app* ad agosto 2016, avevano la possibilità di usare un comando, presente nell'*app* stessa, per impedire l'utilizzo incrociato dei dati tra le due società.

In realtà, va segnalato che proprio tale modalità di acquisizione del consenso degli utenti è stata valutata come pratica commerciale aggressiva dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato²³⁴. Quest'ultima, *in primis*, ha qualificato la condotta di WhatsApp come commerciale, ritenendo che «il patrimonio informativo costituito dai

²³⁴ AGCM, Provvedimento 11 maggio 2017, n. 26597, PS10601, *WhatsApp-Trasferimento dati a Facebook*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 371 ss., con nota di G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*. Su tale provvedimento, v. anche le osservazioni di RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, cit., pp. 237-238.

dati degli utenti di WhatsApp, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di *marketing*, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente»²³⁵. In secondo luogo, l'Autorità ha reputato la medesima condotta aggressiva, avendo la piattaforma «di fatto, forzato gli utenti di WhatsApp Messenger ad accettare integralmente i nuovi Termini contrattuali, in particolare la condivisione dei dati con Facebook, facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione laddove coloro che erano già utenti alla data della modifica dei Termini avevano, invece, la possibilità di accettarne “parzialmente” i contenuti»²³⁶, nello specifico decidendo di non fornire il consenso a condividere le informazioni del proprio account WhatsApp con Facebook. Siffatta opzione, infatti, non veniva rappresentata nella schermata principale dedicata all'accettazione dei nuovi Termini di utilizzo, venendo mostrata solo in una schermata successiva, cui si poteva accedere in via eventuale solo cliccando sul *link* che rimandava alla lettura dei termini di servizio e dell'informativa sulla *privacy*.

A parte le valutazioni sull'aggressività della condotta commerciale, alla luce dei rilievi dell'AGCM è facile sottolineare come la condivisione dei dati degli utenti da parte di WhatsApp con Facebook, per finalità commerciali di quest'ultimo, trasforma *de facto* – nel senso che avviene indirettamente – il trattamento dei dati effettuato dall'azienda di messaggistica in un trattamento di chiaro stampo economico, indebolendo le rassicurazioni, fornite agli utenti, di non permettere inserzioni pubblicitarie sulla propria piattaforma.

²³⁵ AGCM, Provvedimento 11 maggio 2017, n. 26597, PS10601, cit., paragrafo 54.

²³⁶ AGCM, Provvedimento 11 maggio 2017, n. 26597, PS10601, cit., paragrafo 58.

Capitolo II

Dati personali e autonomia privata. Consenso e dimensione economico-partecipativa dell'interessato

Sommario: 1. La protezione dei dati personali. Spazi angusti per letture “sostanzialiste”; 1.1. Dati personali e proprietà; 1.2. Dati personali e personalità; 1.2.1. Il diritto (fondamentale) alla protezione dei dati personali; 1.3. I rapporti tra la disciplina di protezione dei dati personali e il diritto civile patrimoniale. Critiche a prospettive rigidamente unidirezionali; 2. Dati personali e autonomia privata. La circolazione dei dati personali tra interessi e meccanismi pubblicistici e privatistici; 2.1. Il consenso al trattamento dei dati personali; 2.1.1. Natura giuridica; 2.1.1.1. (*Segue*) La tesi negoziale; 2.1.1.2. (*Segue*) La tesi anti-negoziale; 2.1.1.3. (*Segue*) La tesi della duplicità della natura e/o dei consensi; 2.2. Relativizzazione delle diversità qualificatorie e utilità di un'interpretazione sistematica; 3. La disponibilità degli attributi immateriali della personalità: il paradigma del nome e dell'immagine; 4. Il rigetto della natura “rinunciativa” del consenso dell'interessato e la qualifica di atto di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali; 4.1. Il consenso dell'interessato nella teoria dell'attribuzione normativa dei beni; 4.2. Il mercato dei dati personali: un problema più *politico* che concettuale

1. La protezione dei dati personali. Spazi angusti per letture «sostanzialiste»

Se si va a guardare la collocazione sistematica della protezione dei dati personali nella manualistica giusprivatistica, non vi dovrebbero essere seri dubbi nel prendere atto che il diritto delle persone, e più precisamente il campo dei diritti della personalità, è la sua *sedes materiae*²³⁷. Nonostante il chiaro intento di tutela della persona riscontrabile nella disciplina sulla protezione dei dati, si può rilevare che la collocazione in questione sconta comunque una semplificazione. Fin dalla comparsa, infatti, delle prime elaborazioni dei formanti giuridici che si sono occupati delle informazioni personali²³⁸, l'inquadramento sistematico all'interno delle categorie tradizionali non è risultato per nulla agevole²³⁹.

²³⁷ *Ex multis*, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, XXIII ed., Milano, 2017, p. 144 ss.; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, VII ed., Torino, 2018, p. 330 ss.; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, X ed., Padova, 2017, p. 195 ss.

²³⁸ Si usa l'espressione (ampia) di formanti giuridici perché, come si è già detto in precedenza, la materia della *privacy* è stata caratterizzata dal protagonismo dottrinale e giurisprudenziale, prima ancora che da norme di diritto positivo. Val la pena di ribadire che fino alla l. n. 675/1996 l'ordinamento italiano era praticamente sfornito di alcun tipo di disciplina.

²³⁹ La difficoltà classificatoria è ravvisabile sia nel modello statunitense che nel modello europeo. In termini approssimativi, può dirsi che nel primo modello – come si è visto nel capitolo precedente – è

Lo stesso termine scelto per designare il tipo di rilevanza giuridica attribuita dai diversi ordinamenti intervenuti (internazionale, eurounitario e nazionale²⁴⁰) in materia di dati personali, ossia il vocabolo di *protezione*, è particolarmente indicativo. «Protezione» potrebbe sembrare un termine giuridicamente neutrale, ma così inteso si finisce per non cogliere il senso della disciplina. Piuttosto, si tratta di un termine volutamente trasversale con una forte enfasi puntata sull'aspetto della *tutela*, con la conseguenza di far passare in secondo piano gli aspetti più propriamente *sostanzialistici*. In tale contesto lessicale, è il qualificativo «personali», affibbiato ai dati oggetto di protezione, a suggerire una più accomodante relazione della disciplina con il concetto di persona, divenendo così il referente più sicuro per un inquadramento sistematico, che, comunque, patisce il *deficit* di una chiara qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive in rilievo.

La ricostruzione di queste ultime è affidata al lavoro dell'interprete, il quale si trova di fronte a un compito non certo di facile natura. Una prima domanda da porsi è se i dispositivi normativi improntati, in chiave rimediale, alla tutela della persona assorbono così tanto la materia del trattamento dei dati personali da non lasciare spazio a integrazioni e accostamenti con le categorie tipiche della dimensione attributivo-soggettiva, massimizzando in questo modo la forza precettiva, oltre che retorica, della nota formula anglosassone “*remedies precede rights*”. Un simile interrogativo può ritenersi in qualche modo complementare ad un'altra questione con la quale l'interprete deve confrontarsi: bisogna comprendere, infatti, se la disciplina sulla protezione dei dati personali debba considerarsi autosufficiente o se, invece, si presti ad un “completamento” funzional-sistematico con altre aree dell'ordinamento²⁴¹.

stata la contrapposizione tra *property rules* e *liability rules*, nella loro accezione prevalentemente economica, a costituire il principale oggetto di dibattito. Nel secondo modello, invece, come vedremo, è stato il campo della personalità a fare da protagonista, senza tuttavia risultare l'unico attore in scena. L'intreccio tra i diversi interessi da bilanciare, le innovative tecniche di tutela positivizzate e la trasversalità della materia, sul piano fenomenologico prima ancora che giuridico, ha rappresentato una croce per il giurista continentale, propenso a ricostruire sistematicamente i dati normativi e i fenomeni sottostanti, che, in questo caso, appaiono non solo frammentati, ma soprattutto poco “identitari” sul piano delle categorie tradizionali.

²⁴⁰ Per il quadro delle fonti operanti in materia si rinvia al cap. I, § 2.

²⁴¹ Per una consapevolezza del problema circa l'autosufficienza della disciplina di protezione dei dati personali, benché declinato in termini di rapporti tra disciplina (speciale) di protezione degli interessi di natura personale e disciplina (comune) riguardante gli interessi di natura patrimoniale, cfr. P.M. VECCHI, *Articoli 1-2*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, pp. 7-15 (in part. 14-15). Per ulteriori considerazioni si rinvia al § 1.3.

Per chiarire il discorso che si sta svolgendo, è d'uopo segnalare che la prima domanda ha costituito l'oggetto di riflessione di un'autorevole voce della dottrina italiana²⁴². Il fulcro di tale tesi è stato brillantemente spiegato con il seguente argomentare:

«La *machinery* della tutela, nel suo vario e complesso dispiegarsi, occupa lo intero scenario della fattispecie del “trattamento dei beni personali”: senza che sia dato di distinguere, come accade in altre situazioni, un prima e un dopo, e cioè per intenderci, la definizione, in chiave sostantiva, della situazione soggettiva e i rimedi che seguono alla violazione di essa»²⁴³.

Si osserva, infatti, che alla conformazione di una sfera di appartenenza si sostituisce la

«tecnica di bilanciamento di interessi, le cui coordinate normative sono affidate in buona parte al rispetto di doveri di comportamento»²⁴⁴.

La presenza di un tale bilanciamento, che nel caso di specie vedrebbe contrapporsi, da un lato, l'interesse economico alla libera circolazione delle informazioni e, dall'altro, l'interesse della persona alla garanzia che la circolazione si svolga entro il limite del pregiudizio alla propria personalità (nelle declinazioni della dignità, della riservatezza e dell'identità personale)²⁴⁵, avrebbe come corollario che il trattamento dei dati personali

«mai assurge a fattispecie [...] conchiusa e definita ma è vicenda sempre aperta ai controlli, correttivi e distruttivi, da parte dell'interessato e del garante»²⁴⁶.

Tale lettura, definibile come la «tesi della tutela in forma oggettiva»²⁴⁷, si accomuna, sul piano del risultato, seppur da una diversa prospettiva teorica di partenza²⁴⁸, a una visione altrettanto *oggettivista* riguardante le forme di rilevanza

²⁴² Si fa riferimento a A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 225 ss.

²⁴³ A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., p. 245.

²⁴⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 236.

²⁴⁵ Tuttavia, per una rivisitazione critica della lettura di netta contrapposizione tra gli interessi del titolare e quelli dell'interessato, v. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., *passim*, in part. pp. 31, 61.

²⁴⁶ ID., *op. ult. cit.*, pp. 232-233.

²⁴⁷ Per riscontri di tale tesi nella letteratura francese, v. i riferimenti bibliografici in RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 16.

²⁴⁸ Fa notare quest'aspetto E. BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato*

giuridica che assume il valore della persona nell'ordinamento²⁴⁹. Contestando la tendenza a far assurgere troppo semplicisticamente interessi della persona al rango di diritti soggettivi, si è sostenuto che è solo sul terreno rimediabile che «si manifestano variabili contenutistiche nelle espressioni del valore normativo della persona», senza che vi sia bisogno di caricare l'ambito dei diritti soggettivi di una valenza ordinante, la quale andrebbe, invece, riposta sul piano dei doveri, ai quali sono sottoposti determinati soggetti in funzione della tutela personalistica, sotto forma sia di comportamenti astensivi che di comportamenti positivi²⁵⁰. In una siffatta sistematizzazione, anche la presenza di poteri positivi in capo alla persona tutelata non costituirebbe un tradimento della logica di fondo, posto che ad essi andrebbe riconosciuta una funzione pur sempre rimediabile²⁵¹.

Concretizzando il discorso, di valenza generale, nel contesto della disciplina della protezione dei dati personali, non solo i «diritti dell'interessato» – di accesso (art. 15, RGPD) rettifica (art. 16, RGPD), cancellazione (oggi nella versione forte sfociante nel c.d. «diritto all'oblio» ex art. 17, RGPD²⁵²), blocco (oggi divenuto «diritto di

nel prisma dell'interesse legittimo, Torino, 2001, p. 15. Nel pensiero di Di Majo, invero, si muove dalla centralità del rimedio in una logica di bilanciamento degli interessi, mentre nel pensiero di Messinetti (v. nota successiva e *supra* nel testo) è l'oggettività del valore della persona e l'idea di una doverosità scissa da una logica attributiva a costituire il fulcro dell'imbastitura critica verso la qualificazione tramite lo schema del diritto soggettivo. La diversa impostazione, sebbene non precluda ai due autori di offrire modelli di tutela entrambi propriamente di tipo *oggettivo*, si riflette sull'estensione dell'area di tutela della persona.

²⁴⁹ D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 173 ss. Per una elaborazione più completa, v. ID., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.

²⁵⁰ ID., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*, cit., p. 186, ove si precisa, in relazione al *facere*, che esso, «come comportamento positivo, non meno che il *non facere*, come comportamento astensivo, non esprime in sé alcuna necessità assiologica: tale necessità, nella forma di una razionalità positiva o negativa, dipende dall'idea di doverosità da cui hanno origine».

²⁵¹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 186-187, ove si osserva che «anche i poteri positivi virtualizzano quei riferimenti alla rilevanza della persona come valore normativo nei quali le azioni del soggetto si inseriscono grazie alla loro forza e funzione *rimediabile*» (corsivo aggiunto). A tal riguardo, può aggiungersi che siffatti poteri positivi possono avere anche una valenza preventiva: si pensi, nell'ambito della disciplina di protezione dei dati personali, al diritto di cancellazione dei dati personali (art. 17, RGPD), la cui attivazione non dipende necessariamente dalla lesione dell'interesse giuridicamente protetto in capo all'interessato da parte del titolare del trattamento (emblematica l'ipotesi di cui al par. 1, lett. b), relativa alla semplice revoca del consenso). In questa visione, dunque, esso andrebbe considerato come un congegno di tutela di tipo preventivo.

²⁵² Sul diritto all'oblio, *pre-* e *post-*positivizzazione nel RGPD, con il passaggio imprescindibile della arcinota sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. AEPD e Mario Costeja González*, la letteratura è copiosa. Tra i contributi più recenti, v. S. BONAVIDA, R. PARDOLESI, *GDPR e diritto di cancellazione (oblio)*, in *Danno e resp.*, 2018, pp. 269-281; G. RUGANI, *Il diritto all'oblio dell'articolo 17 Regolamento (UE) 2016/679: una grande novità? Una denominazione opportuna?*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, pp. 455-465; tra gli studi più approfonditi, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici, v. G. RESTA,

limitazione di trattamento» ex art. 18, RGPD), opposizione (art. 21, RGPD), cui si è aggiunto il nuovo diritto alla portabilità dei dati (art. 20, RGPD) – non vengono considerati veri e propri diritti²⁵³, ma si dubita altresì, nonostante il linguaggio utilizzato dal legislatore italiano, che gli aspetti della riservatezza e dell'identità personale, largamente riconosciuti come diritti della personalità si possano davvero spiegare con il *nomen* «diritto di»²⁵⁴.

Tra le posizioni critiche a inquadrare la disciplina di protezione dei dati personali sotto la lente (unica) del diritto soggettivo, vanno menzionati inoltre quei contributi che si sono ispirati alla feconda teoria dell'interesse legittimo privatistico²⁵⁵ per fornire una chiave di lettura ad alcune norme contenute nella disciplina sul trattamento dei dati personali. In particolare, in tale ottica, si sono affrontati i seguenti problemi: l'opposizione al trattamento per motivi legittimi, con un focus sul c.d. diritto all'oblio (*pre-positivizzato*)²⁵⁶; la revoca del consenso dell'interessato in un regime (ancora) carente di espliciti riferimenti normativi (oggi ricavabili, invece, dall'art. 7, par. 3 del

V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, pp. 591-604; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi quaderni del Foro italiano*, quaderno n. 1, 2014.

²⁵³ Risulta chiaramente sottinteso in MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 339 ss. (in part. pp. 348-350); tra i tanti che esplicitano, con toni diversi, i dubbi sull'uso dell'espressione «diritti dell'interessato», v., senza pretesa di completezza, G. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., pp. 25-26, per il quale la posizione giuridica soggettiva più congrua a cui riferirsi è quella di potere; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 172, il quale vede in essi una «panopia di rimedi in forma specifica»; CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 197, il quale utilizza il corsivo per l'espressione «diritti dell'interessato» con l'intento intuibile di rimarcare una distanza tra il linguaggio del legislatore e il linguaggio dogmatico, e qualifica gli stessi come «una raggiera di tutela interpretata»; DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., p. 236, ove si osserva che tali diritti altro non sarebbero che «diritti rimedi». Sul versante opposto, non manca tuttavia chi addirittura si spinge a configurare come diritto soggettivo il «diritto» del titolare di trattare i dati personali altrui: v. BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 61.

²⁵⁴ MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 350. Sul punto, cfr. VECCHI, *Articoli 1-2*, cit., pp. 4-6, il quale reputa legittimo, almeno dal punto di vista letterale, il dubbio che riservatezza e identità personale non siano state prese in considerazione dal legislatore come oggetto di diritti, ma come interessi, sia pur fondamentali, della persona; tuttavia, la questione viene risolta dall'autore riconducendo la riservatezza e l'identità personale al novero dei diritti soggettivi fondamentali sulla base di altre fonti, ordinarie e costituzionali, dell'ordinamento interno, oltre che sulla base delle fonti internazionali ratificate, dunque a prescindere dalla l. n. 675/96 e dal successivo d.lgs. n. 196/03.

²⁵⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

²⁵⁶ BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996*, cit., pp. 21-33. Sul diritto all'oblio ex art. 17, RGPD, si rinvia alla nota 252.

RGPD)²⁵⁷; i modi di intendere la correttezza quale criterio-guida nel giudizio di comparazione degli interessi in gioco nel trattamento dei dati personali, traducibili nella dialettica tipicamente relazionale tra potere (del titolare del trattamento) e interesse legittimo (del soggetto interessato)²⁵⁸. Va precisato, tuttavia, che tali prospettive critiche rispetto alla categoria (rigida) di diritto soggettivo, in favore della categoria (più flessibile) di interesse legittimo di diritto privato, sono state mosse solo sul piano limitato (di alcuni) dei c.d. diritti dell'interessato e della correttezza come criterio di bilanciamento degli interessi, senza contestare la qualificazione della riservatezza e dell'identità personale come diritti della personalità²⁵⁹. Si tratta, dunque, di posizioni decisamente più circoscritte e meno radicali di quelle espresse in precedenza, con un'attenzione comunque rivolta al piano soggettivo (nella specie, la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo), così che non sembra che esse, al pari della teoria-madre cui fanno riferimento, possano essere inserite *tout court*

²⁵⁷ G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., pp. 34-70.

²⁵⁸ C. LO SURDO, *La correttezza e gli strumenti di tutela apprestati dagli artt. 13 e 18 della legge n. 675/1996*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., pp. 82-93.

²⁵⁹ I rapporti tra diritto soggettivo e diritti della personalità rappresentano una questione dogmatica particolarmente complessa, su cui un filone della civilistica italiana si è interrogato a lungo. Com'è noto, infatti, la centralità del diritto soggettivo ha dominato la fase delle grandi codificazioni liberali ed è ritenuta essere una delle principali ragioni che ha frenato l'attribuzione di una cittadinanza civilistica alla tutela degli attributi della personalità. Paradigmatiche, sul punto, le considerazioni di Santoro Passarelli (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, VII ed., Milano, 1962, p. 50): «l'ordinamento giuridico stabilisce gli attributi essenziali della personalità con norme che sono di diritto pubblico (costituzionale, amministrativo e penale) e non conferiscono alla persona un potere di volontà in ordine alla spettanza degli attributi medesimi: essi costituiscono beni per il soggetto, ma non sono oggetto di altrettanti diritti soggettivi». Con la svolta personalistica della cultura giuridica, italiana e non solo, passante soprattutto per la valorizzazione del dettato costituzionale e per le tendenze di «depatrimonializzazione» del diritto privato (a titolo esemplificativo, v. A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, pp. 482 ss.; P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss., ma v. già ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 175 ss.) non si è più dubitato della rilevanza (anche) civilistica della tutela della personalità; tuttavia, ci si è continuati a interrogare su come la categoria del diritto soggettivo potesse adattarsi alla nuova area di protezione. I termini del dibattito, suddivisi in tre orientamenti, sono ripercorsi in sintesi da G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, pp. 253-255, cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti bibliografici. Si noti, a tal riguardo, che, secondo la ricostruzione dell'autore, sono proprio le tesi di Messinetti (espresse in termini generali in MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., pp. 362-363, e *passim*) a costituire l'orientamento più critico verso lo schema del diritto soggettivo nell'ambito della tutela personalistica. Pino si discosta da tali tesi, sostenendo che se si abbandona la concezione del diritto soggettivo come signoria del volere su un'entità del mondo esterno, e ci si limita a intenderlo, in modo meno enfatico, come complessa posizione di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento ad un certo soggetto in relazione ad un certo bene, non vi sarebbero «seri ostacoli concettuali a configurare un diritto soggettivo che abbia per contenuto un attributo della personalità».

nell'ambito delle tesi *oggettiviste*²⁶⁰. Né ad esse si possono ricondurre quei modelli di lettura imperniati principalmente sul rimedio risarcitorio²⁶¹. La tutela in forma oggettiva di cui si sta parlando, infatti, è una tutela che affonda, soprattutto, sul riconoscimento di doveri di comportamento in via preventiva, che vengono riscontrati dai propugnatori di tale ricostruzione in molteplici disposizioni contenute nella disciplina di protezione dei dati personali²⁶², con la conseguenza che una lettura in chiave meramente risarcitoria appare, in tale ottica, «una rappresentazione riduttiva e parziale», oltre che «una interpretazione prevalentemente “patrimonialistica” della tutela»²⁶³.

Sunteggiando, può dirsi che le insofferenze mostrate dalle tesi oggettiviste nei confronti della categoria del diritto soggettivo, benché abbiano un'origine dogmatica di ampia portata nell'intento di fornire una rilettura di larghi settori dell'ordinamento, con riguardo alla disciplina sulla protezione dei dati personali trovano facile sponda nell'impianto spiccatamente rimediale di quest'ultima. Di fronte a un ordito normativo di tal guisa, plasmato dalla tecnica del bilanciamento di interessi in sostituzione alla tecnica della fattispecie dai contorni definiti²⁶⁴, è comunque opportuno verificare se vi

²⁶⁰ A tal riguardo, appare opportuno evidenziare che il Messinetti, coordinatore, all'interno del già citato volume «Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo» a cura di U. Breccia, L. Brusuglia, F.D. Busnelli, della sezione riguardante la disciplina sul trattamento dei dati personali, ha individuato comunque dei *limiti* all'utilizzazione della categoria dell'interesse legittimo nel raffronto con le esigenze di tutela della persona». Tali esigenze, secondo l'autore, si possono manifestare anche in una logica di resistenza e di opposizione (contro attività di aggressione e di sopraffazione), che mal si concilia col carattere “relazionalmente” inclusivo, mai definitivo, dell'interesse legittimo: D. MESSINETTI, *Considerazioni introduttive*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 5.

²⁶¹ Si rammenti che il modello statunitense di tutela della *privacy* si è basato storicamente sul sistema dei *torts*, v. PROSSER, *Privacy*, cit.

²⁶² Nell'ambito del RGPD, si potrebbe pensare soprattutto ai doveri di trasparenza di cui agli artt. 12-14, così come agli obblighi in capo al titolare e al responsabile del trattamento di cui agli artt. 24-43.

²⁶³ DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., p. 240. Reputa, invece, centrale la tutela risarcitoria nella l. n. 675/96 F.D. BUSNELLI, *Il “trattamento dei dati personali” nella vicenda dei diritti della persona*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., pp. 181-184; lo stesso autore è sembrato riscontrare conferme sul punto anche nel Codice della *privacy* del 2003 ID., *Dalla legge al “codice”: un dilemma, una sfida, un consolidamento normativo, una (imperfetta) razionalizzazione delle tutele. Nota introduttiva*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., XXXV-XLI.

²⁶⁴ Sulle scelte di tecnica normativa in tema di protezione dei dati personali, v. F. PIRAINO, *Codice della privacy e bilanciamento di interessi*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, p. 695 ss. La tecnica del bilanciamento di interessi richiama soprattutto il modo di legiferare del legislatore costituzionale, in particolare di quello deputato a comporre i valori di una società pluralista. La letteratura sul tema è sconfinata: per tutti R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012 (trad. it. di Di Carlo); A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012; nella dottrina italiana, v. R. GUASTINI,

siano spazi per offrire letture ispirate alle categorie ordinanti del diritto tipicamente sostanziale e, in caso di risposta affermativa, se da queste possano discendere dei benefici in termini di ricostruzione del sistema²⁶⁵.

Per provare a rispondere a tali quesiti, si passeranno in rassegna i modelli di lettura che hanno affiancato al sintagma «dati personali» le categorie della proprietà, della personalità e dell'autonomia privata²⁶⁶. Mentre sui rapporti con le prime due, in particolar modo la personalità, la letteratura italiana ed europea è molto vasta ed è possibile tracciare degli orientamenti non sempre convergenti, ma quanto meno trasparenti nelle loro linee generali, i rapporti tra dati personali e autonomia privata sono stati approfonditi solo in tempi più recenti²⁶⁷, rivelandosi quelli maggiormente avvolti da una foschia concettuale, frutto di condizionamenti ideologici spesso derivanti dalla teorica sui diritti della personalità. Pur essendo l'oggetto del presente capitolo dedicato principalmente a quest'ultima rete di rapporti, l'analisi intende prendere le mosse dalle tesi che hanno colorato le norme in materia di protezione dei dati personali con le tinte delle altre due categorie menzionate, le quali possono ergersi ad allegorie giuridiche dei poli dell'*essere* e dell'*avere*. Attorno ad essi, infatti, nell'arco degli ultimi cinquant'anni, si è fatto oscillare, a cavallo tra le due sponde atlantiche, il pendolo dei dati personali²⁶⁸. Inoltre, la scelta di esaminare il campo di

Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, Torino, 1996, p. 142 ss., e G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 96 ss.

²⁶⁵ Si condividono, a tal proposito, le considerazioni di C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, p. 64 ss., ove, con riguardo al più generale campo dei diritti della personalità, si rimarca che l'alternativa tra concezione oggettiva e concezione soggettiva non va più proposta «in termini di pura teoria della conoscenza», ma va sondata sul piano del diritto applicabile, esaminando le diverse ricadute operative.

²⁶⁶ Per una panoramica dei diversi modelli di lettura della disciplina sulla protezione dei dati personali, tra tutti v. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, cit., p. 3, ss.; RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 14 ss.

²⁶⁷ Gli studi più rilevanti possono considerarsi: DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit.; F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008; MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 339 ss. In una prospettiva più ampia, estesa a tutti i diritti della personalità morale, v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018; MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, cit.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545 ss., ove si denuncia come (almeno fino agli anni '90) «il tema dell'utilizzazione economica degli attributi della personalità, nella vastità degli studi e delle ricerche, sia, se non ignorato, sicuramente relegato in un secondo e modesto piano non ritenuto, finora, meritevole di autonoma considerazione».

²⁶⁸ Sulle relazioni tra proprietà e personalità, la letteratura è vastissima. Ci si può limitare qui a segnalare che, sebbene sia stata la personalità a modellarsi a lungo sugli schemi della proprietà, negli ultimi tempi si sta assistendo a un processo inverso, definito come «la rivincita storica» della personalità. Per quest'ordine di considerazioni, v. M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2014, pp. 507-509.

indagine da più angoli di visuale è mossa dalla convinzione – lo si anticipa fin da adesso – che la materia trattata non può che sottoporsi a prospettive congiunte, complementari e non necessariamente alternative tra loro. Con una metafora senza dubbio efficace e suggestiva, si è osservato che la disciplina sul trattamento dei dati personali – all’epoca contenuta nella l. n. 675/1996, ma la notazione risulta ancora attuale anche dopo i successivi processi di riforma attuati, prima dal d.lgs. n. 196/2003 a livello nazionale e adesso dal reg. (UE) 2016/679 a livello eurounitario – «rivela un metabolismo complesso. [...] Si tratta del metabolismo delle prospettive, del metabolismo dei ruoli, del metabolismo delle qualificazioni giuridiche degli interessi incisi, e così via»²⁶⁹.

1.1. Dati personali e proprietà

Alla luce dei caratteri testé esposti della c.d. tutela in forma oggettiva, è facile dedurre quale sia la logica diametralmente opposta: il riconoscimento di un diritto soggettivo, assoluto, di contenuto patrimoniale, sui dati personali. L’*identikit* appena tracciato non può che rispondere al diritto di proprietà.

Il legame tra dati personali e proprietà ha radici antiche in quanto affonda nella dimensione proprietaria della *privacy* della “prima ora”²⁷⁰. Come si è accennato nel precedente capitolo, essa nasce come il bisogno della classe borghese di riservarsi (e appropriarsi di) uno spazio privato, tradotto efficacemente come «diritto alla proprietà ‘solitaria’»²⁷¹, così che nella definizione del suo ambito di tutela è stata forte la tentazione di riferirsi ad elementi materiali e spazi fisici (ad es. l’abitazione) come

²⁶⁹ ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, cit., p. 3, nota 1. A proposito del metabolismo degli interessi che vengono in gioco nella disciplina di protezione dei dati personali, l’autorevole dottrina lucidamente evidenzia che «[s]i tratta di interessi che hanno contenuto morale, oppure contenuto patrimoniale, oppure contenuto bivalente. L’ambito geografico di questi interessi può essere solo interno, oppure comunitario, oppure internazionale: il mercato dei dati (cioè il mercato delle informazioni riguardanti persone fisiche ed enti) conosce confini labili, superati in modo agevole dalle sofisticate tecniche informatiche e telematiche. L’informazione singola o complessa, diretta o correlata, [...] è considerata di volta in volta un un «bene» appartenente alle c.d. new properties, l’oggetto di un servizio offerto allo stesso interessato o a terzi, il modo di essere di una persona» (p. 31).

²⁷⁰ Sui rapporti (di somiglianza e divergenza) tra *property* e *privacy*, v. R. RAO, *Property, Privacy, and the Human Body*, in *Boston University Law Review*, 2000, pp. 418-443.

²⁷¹ RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 23.

logica estensione dell'area di *property*²⁷². Nel sistema statunitense, il passaggio dalla *privacy/property* alla *privacy/liberty*, per quanto fosse in parte intuibile nel *right to be alone* di Warren e Brandeis²⁷³, si è realizzato pienamente diversi decenni più tardi²⁷⁴. Con queste notazioni ci si sta riferendo, comunque, più alla matrice giuridico-culturale della *privacy* che ad un'effettiva ricostruzione delle informazioni personali sotto l'ombrello del diritto di proprietà. Infatti, le tesi circa l'esigenza di riconoscere un vero e proprio diritto dominicale sui dati personali hanno avuto sì una genesi pur sempre nordamericana, ma, questa volta, nell'orbita degli studi di analisi economica del diritto, su cui ci si è già soffermati. Come si è visto, l'introduzione di diritti proprietari sulle informazioni personali si è posta principalmente come una prospettiva *de iure condendo*, in un sistema che, seppure per diversi aspetti deregolamentato sul versante del trattamento dei dati personali operato dai privati, non riconosce apertamente un diritto proprietario sui dati personali.

Passando a considerare, invece, il contesto giuridico europeo e nazionale, l'entrata in vigore ravvicinata della dir. 95/46 e della l. n. 675/96 ha fatto interrogare gli interpreti circa la possibilità di ravvisare nelle norme, contenute nei due testi in questione, degli appigli per il riconoscimento di un diritto proprietario, o paraproprietario, sui dati personali, in una prospettiva dunque *de iure condito*.

A dire il vero, già prima dell'emanazione della direttiva 95/46, una parte della dottrina europea, in particolar modo quella francese, che aveva già come riferimento una disciplina nazionale sul trattamento dei dati personali, si era soffermata sul punto. Significativa in tal senso è la nota posizione di Pierre Catala, il quale riconosce nei diritti della persona interessata, attribuiti dall'allora legge francese sulla *privacy* del 1978, «*des prérogatives relevant du droit réel*», concludendo che la protezione accordata agli individui riflette un diritto *sui* dati personali piuttosto che un diritto *a* questo tipo di informazione²⁷⁵. Come si è già anticipato nel primo capitolo, gli scritti

²⁷² ROPPO, *I diritti della personalità*, cit., p. 64-66, ove si richiama il caso *Olmstead v. United States* (227 U.S. 438 (1928)) come emblema della «subordinazione della tutela della *privacy* alla tutela di luoghi e cose materiali appartenenti al soggetto».

²⁷³ MANTELETO, *Privacy*, cit., p. 759.

²⁷⁴ PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., p. 5, il quale segnala che è solo a partire dal 1965, con il caso *Griswald v. Connecticut*, che la *privacy* si emancipa dalla tradizionale afferenza alla proprietà.

²⁷⁵ CATALA, *Ebauche d'une théorie de l'information*, cit., pp. 26-27. Nella letteratura di area francese, diverse critiche alle tesi di Catala sono giunte da autori belgi: v. Y. POULLET, *Le fondement du droit à la protection des données nominatives: "propriété ou libertés"*, in E. MACKAAY, J.L. BAUDOUIN, *Nouvelles technologies et propriété: actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de*

francesi hanno sollecitato anche la dottrina italiana che, tra la fine degli Ottanta e gli inizi degli anni Novanta, si è interrogata sulla possibilità di qualificare l'informazione, non solo quella personale, come bene giuridico, giungendo a risultati non proprio convergenti²⁷⁶.

L'introduzione del primo atto comunitario in materia di protezione dei dati personali, la direttiva del '95, ha fatto riaccendere il dibattito, con la possibilità di assumere una prospettiva europea e non più solo strettamente nazionale. Ciononostante, gli studi che hanno assunto sul punto una prospettiva autenticamente europea sono rimasti pochi per lungo tempo, e si è continuato a commentare per lo più le disposizioni delle leggi interne di recepimento della direttiva invece che le disposizioni di quest'ultima. Tale approccio è stato seguito dalla dottrina italiana, la quale ha focalizzato l'attenzione principalmente sul dato normativo della l. n. 675/96.

Tra i primi commenti alla legge va senz'altro segnalato quello di chi ha visto emergere, tra le maglie normative, un diritto *sui* propri dati personali, riferendosi al potere giuridico attribuito all'interessato soprattutto tramite lo strumento del consenso, che permetterebbe di configurare un *ius arcendi*. Dunque, un diritto dell'interessato che, benché non si ritenga qualificabile in senso tecnico come diritto di privativa, sembra avere (non tutti, ma quanto meno alcuni) dei tratti di stampo dominicale²⁷⁷.

Montréal, les 9 et 10 novembre 1989, Paris, Litec, 1991, pp. 175-203; di recente, S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, *L'éternel retour de la propriété des données: de l'insistance d'un mot d'ordre*, in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (eds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace – Liber amicorum Yves Pouillet*, cit., pp. 118-140, in part. pp. 126-127; gli autori appena citati, per loro stessa ammissione, risentono dell'approccio dell'opera di F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, 1990. Non mancano, comunque, critiche alle tesi proprietarie sui dati personali da parte della stessa dottrina francese: v. J. ROCHFELD, *Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in *Les biens numériques*, Ceprisca, 2015, p. 226 ss.; sulla posizione assunta dal *Conseil National du Numérique*, v. L. MAUREL, *Le CNNum s'est prononcé contre l'instauration d'un droit de propriété privée sur les données personnelles*, 19 juin 2014, disponibile online su: <https://scinfolex.com/2014/06/19/le-cnnum-sest-prononce-contre-l-instauration-dun-droit-de-propriete-privee-sur-les-donnees-personnelles/>; per una sintesi dei diversi orientamenti in materia, v. P. MOURON, *Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles*, in *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, n° 46-47, printemps-été 2018, pp. 90-96.

²⁷⁶ È noto l'acceso scambio di vedute tra Messinetti e Zeno-Zencovich: v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. crit.*, 1999, p. 485 ss., ove si fa riferimento al lavoro di MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit.

²⁷⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, p. 469. Per ricostruire, tuttavia, il pensiero di tale Autore, è opportuno segnalare che questi, commentando il RGPD, osserva che «[d]a questo complesso è comunque chiaro che sui dati non si vanta un diritto dominicale. Senza scomodare Ulpiano (*dominus nemo membrorum suorum videtur*) il rapporto giuridico che si instaura è piuttosto di controllo sull'uso che terzi possono fare di tali dati, assistito da uno *ius arcendi* che si concretizza nell'ordine di cancellazione dei dati illegittimamente trattati»: v. ID., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*,

Ancora più netta, in tal senso, quella dottrina che, pur riconoscendo che sui dati personali non è proponibile il modello proprietario delle *res corporales*, essendo riscontrabile solo il diritto di escludere i terzi e non anche il diritto di pieno godimento della cosa, ha finito per «riconduurre il diritto alla riservatezza informatica allo schema dei diritti esclusivi di contenuto patrimoniale»²⁷⁸. In queste ricostruzioni, riproposte in parte anche all'indomani del d.lgs. n. 196/2003, è il ruolo del consenso al trattamento dei dati personali ad essere esaltato, tanto da reputarlo capace di introiettare una «logica proprietaria»²⁷⁹ che altrimenti resterebbe estranea alla protezione dei dati personali, considerando la separazione che il verbo «proteggere» crea tra l'oggetto della tutela e il titolare del diritto che ne beneficia²⁸⁰.

La lettura proprietaria appena descritta è rimasta minoritaria per molteplici ragioni. Sul piano dogmatico, si è già detto dell'insofferenza mostrata da buona parte della dottrina italiana verso l'utilizzo dello schema del diritto soggettivo, per di più rigido come il diritto di proprietà, se l'obiettivo è quello di riassumere un fascio di situazioni giuridiche caratterizzate dalla relazionalità e dal bilanciamento di interessi²⁸¹. A ciò si aggiungano due rilevanti considerazioni. In primo luogo, va evidenziato che il consenso è solo una delle basi giuridiche per il trattamento dei dati: troppo poco per inquadrare l'intero fenomeno in questione in una prospettiva proprietaria *tout court*²⁸². In secondo luogo, sul piano strettamente tecnico, non può passare inosservato il fatto che i poteri che residuano all'interessato (c.d. diritti dell'interessato) dopo che quest'ultimo presta il consenso al trattamento dei dati – poteri accresciuti con la recente attribuzione del diritto di revoca *ad nutum* del consenso (art. 7, par. 3, RGPD) e del correlato c.d. diritto all'oblio (art. 17, RGPD) di più ampia portata rispetto al diritto di opposizione per motivi legittimi (art. 7, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 196/2003, adesso sostituito con diverso ambito operativo dall'art. 21, RGPD)²⁸³ – difficilmente

in *MediaLaws*, 2018, 2, p. 4; nel medesimo senso, ID., *Do “Data Markets” Exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 2, p. 25.

²⁷⁸ L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in ID., *I diritti d'autore e connessi: scritti*, Milano, 2000, p. 185. In senso contrario sembra porsi CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 619.

²⁷⁹ L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, cit., p. 560.

²⁸⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 550.

²⁸¹ Cfr. nota 259.

²⁸² Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I., cit., p. 997. Sul consenso, si rinvia per un'analisi più ampia al § 2 del presente capitolo.

²⁸³ È bene sottolineare che l'esercizio di tali diritti può risultare produttivo di effetti anche nei confronti di terzi destinatari dei dati, così come sembra ricavarsi dall'art. 19 del RGPD (fermo restando il

sembrano conciliabili con una logica, quale quella proprietaria, che postula una cesura successiva al momento della cessione del diritto²⁸⁴. Invero, anche chi vede nell'ipotesi di «circolazione vincolata» dei dati personali, cioè quella che avviene tramite il consenso dell'interessato, una “regola di proprietà”, ha cura di precisare che si tratta di una regola che non coincide né con il modello del diritto di proprietà conosciuto dal nostro ordinamento, né con la *property rule* definita secondo la prospettiva tradizionale di Calabresi e Melamed, pur avendo con quest'ultima maggiori tratti in comune²⁸⁵.

Si potrebbe dire, peraltro, che, oltre alle difficoltà di configurare i dati personali come un vero e proprio bene giuridico²⁸⁶, è la propensione della proprietà verso una

considerevole limite dello «sforzo sproporzionato», che esonera il titolare del trattamento dall'obbligo di notifica a terzi). A tal riguardo, cfr. A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, cit., pp. 141-143, il quale rimarca, sotto questo profilo, una notevole differenza rispetto alla circolazione dei beni materiali: l'art. 1379 c.c., infatti, non consente all'alienante di opporre ai terzi subacquirenti del bene le eventuali pattuizioni, raggiunte con il primo acquirente, circa le limitazioni relative alla circolazione.

²⁸⁴ RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 307; ORESTANO, *op. ult. cit.*, p. 166. Tuttavia, vi è pure chi vede nell'attuale revocabilità del consenso *ad nutum* (art. 7, par. 3, RGPD) un ritorno della logica proprietaria, intesa però non in senso propriamente tecnico, ma nel senso che verrebbe veicolata l'idea di un'appropriazione/riappropriazione esclusiva dei dati personali: cfr. L. SCUDIERO, *Il consenso come condizione di liceità*, in G. CASSANO, V. COLAROCCHI, G. B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, p. 108. Ancor di più, si riscontra una logica proprietaria nel diritto alla portabilità dei dati di cui all'art. 20 del RGPD: si ritiene, infatti, che «la portabilità del dato sancisce l'estensione di una regola di protezione di un diritto “inalienabile” ad una dimensione proprietaria dello stesso, attribuita, di default, al cittadino inteso come “produttore del proprio dato”» (così A. NICITA, *Il dato profilato nella prospettiva economica, tra privacy, propertization, secrecy*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1178).

²⁸⁵ CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 619. Tuttavia, l'autore precisa che la bipartizione tra regole di proprietà e regole di responsabilità risulta inadeguata rispetto alla circolazione dei dati personali, considerando che le premesse di tale bipartizione (cioè l'unità di analisi fondata sull'individuo, e non sulla relazione, sia in fase di assunzione della decisione che in fase di ripartizione dei costi decisionali) si rivelano insufficienti per un modello di godimento delle risorse incentrato sulla dimensione relazionale, quale quello caratterizzante i dati personali (in part. p. 624). Cfr. anche A. PALMIERI, *Personal Data Privacy nell'Information Age tra diritti, regole e mercato: spunti di riflessione*, in *Politeia*, 2000, pp. 112-113.

²⁸⁶ Per una critica feroce alla possibilità di configurare i dati personali come bene giuridico, v. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 346-347, ove si evidenzia la mancanza della necessaria oggettività, finché i dati rimangono legati alla persona, e l'esigenza dell'investimento di un terzo per giustificare il passaggio di «quanto fa parte semplicemente del valore giuridico della persona» ad «autonomo bene giuridico». Favorevole, invece, ad un inquadramento nella categoria dei beni, precisando tuttavia che i dati personali «si differenziano da tutti gli altri», in quanto «da un lato, si atteggiano come elementi costitutivi dell'identità personale dell'interessato; dall'altro, contengono in sé l'attitudine a rilevare come risorsa oggetto, non di appropriazione bensì di accesso, non di un'attività di godimento bensì di un'attività di trattamento da parte di terzi per specifiche finalità meritevoli», VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., pp.153 ss.; sui dati personali come bene, v. anche DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 30 ss. e C. ANGIOLINI, *Dati personali e tecniche di organizzazione degli interessi. Uno studio a partire dalla nozione di bene* (tit. provv.), in corso di

logica di *puro* scambio di mercato a suscitare le maggiori perplessità, le quali, tuttavia, non si pongono solo su un piano di stretta compatibilità di statuti normativi. Infatti, è facile che il discorso sfoci sul terreno (più scivoloso) dei principi, e dei valori, emergenti dalla disciplina in tema di protezione dei dati personali: quest'ultima è ritenuta irriducibile ad una sopraffazione della sfera dell'*avere* sulla sfera dell'*essere*, che avrebbe il suo massimo riferimento simbolico nel riconoscimento di un diritto proprietario (diritto patrimoniale per eccellenza) sui dati personali²⁸⁷.

Le considerazioni appena svolte valgono non solo in ambito nazionale, ma anche in una prospettiva europea. Ciò trova conferma in un ampio studio sui «*property rights in personal data*», condotto assumendo un angolo di visuale autenticamente europeo, incentrato sulla disciplina dell'Unione e sulla disciplina (e giurisprudenza) della CEDU²⁸⁸. Tale indagine di chiara impronta funzionalistica, distinguendo tra una dimensione “protettiva” (basata sull'effetto *erga omnes*) e una dimensione “mercantile” della proprietà (per la sua vocazione a circolare secondo gli schemi dello scambio di mercato), reputa il sistema giuridico europeo (all'epoca sotto la vigenza della direttiva 95/46, ma non sembra possano mutare le conclusioni con l'entrata in vigore del RGPD) compatibile solo con la prima dimensione della proprietà e non anche con la seconda. In altri termini, per gli evidenti vincoli (imperativi) imposti dalla disciplina di *data protection*, non potrebbero ammettersi – in un eventuale intervento di riforma²⁸⁹ – dei diritti proprietari sui dati personali «*if these only adhere to the market freedom of the parties and account for no other interest than the market exchange*»²⁹⁰.

1.2. Dati personali e personalità

pubblicazione. Per alcune considerazioni sulle funzioni del concetto di bene giuridico e sulla riconducibilità dei dati personali a tale categoria, si rinvia al § 4.1.

²⁸⁷ Cfr. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., p. 56, il quale, richiamando le tesi proprietarie sui dati personali, parla di «inanità di un approccio, che privilegia l'*avere* là dove dovrebbe campeggiare l'*essere*».

²⁸⁸ N. PURTOVA, *Property rights in personal data: A European perspective*, Oisterwijk: BOXPress BV, 2011.

²⁸⁹ Una delle domande di ricerca da cui muove lo studio citato è se sia possibile, alla luce della normativa europea vigente, l'introduzione di diritti proprietari sui dati personali. Sebbene lo studio assuma dunque una prospettiva *de iure condendo*, il riferimento alle norme giuridiche vigenti consente di trarne delle riflessioni di ordine sistematico sul piano della compatibilità tra *data protection* e modello proprietario.

²⁹⁰ PURTOVA, *op. ult. cit.*, p. 186.

Un terzo modello di lettura, risultante il prevalente in dottrina, riferisce la tematica della protezione dei dati personali nell'ambito del sistema dei diritti della personalità²⁹¹, che può considerarsi grosso modo corrispondente al sistema tedesco del *Persönlichkeitsrechte*, a quello francese dei *droits de la personnalité* e a quello spagnolo dei *derechos de la personalidad*²⁹². Tale lettura si fonda principalmente sul dettato normativo della disciplina, europea e nazionale, che richiama *ad incipit*, ormai costantemente dalla dir. 95/46 in avanti, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone²⁹³; da qui l'inferenza per cui la protezione dei dati personali sarebbe da saldare, concettualmente, alla sfera dell'*essere* piuttosto che alla sfera dell'*avere*²⁹⁴.

In particolare, nell'ordinamento italiano, l'introduzione della l. n. 675/1996 e il riassetto normativo attuato dal d.lgs. n. 196/2003 sono stati accolti principalmente come «leggi sulla tutela della personalità»²⁹⁵. L'esplicito riferimento alla riservatezza

²⁹¹ Com'è noto, la categoria dei diritti della personalità, espressione della concettualistica di *civil law*, ha avuto una forte ascendenza tedesca, considerato anche il totale disinteresse mostrato dal *Code Napoléon* verso la tutela della persona. In particolare, l'opera di Otto von Gierke (O. GIERKE (VON), *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895) costituisce la base da cui muovono tutte le ricostruzioni dottrinali. Nell'arco della seconda metà del Novecento, tuttavia, la categoria ha assunto dei connotati specifici sulla base delle peculiarità degli ordinamenti giuridici in cui essa si è sviluppata. Come si vedrà più avanti, la separazione tra monisti e pluralisti ha rappresentato la cifra tipica del dibattito avutosi in seno alla dottrina italiana, mentre in altri ordinamenti l'attenzione si è concentrata su altri aspetti. Ad esempio, in Germania, patria della concezione di un (unico) diritto generale della personalità, è stato valorizzato molto il dettato della Costituzione di Bonn circa l'affermazione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della persona, che ha favorito l'enucleazione di una dimensione partecipativa della personalità, oltre che di quella difensiva da attuare tramite i diversi strumenti di tutela giuridica. In Francia, invece, il *droit à la vie privée*, che ha svolto un ruolo di rilievo nell'elaborazione transalpina sui diritti della personalità, si è affermato con una forte marca civilistica, assurgendo in un secondo momento al rango di *droit fondamental*. Siffatte differenze, tra le principali esperienze giuridiche continentali, non hanno comunque impedito di giungere a una sostanziale comunanza sul piano delle soluzioni da parte delle giurisprudenze nazionali. Per la trattazione di tali profili storico-comparatistici sui diritti della personalità nei sistemi di *civil law*, v. ROPPO, *I diritti della personalità*, cit., pp. 73-87; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 1-14; V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1995, pp. 431-444.

²⁹² G. RESTA, *Personnalité, Persönlichkeit, Personality*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2014, p. 215 ss.

²⁹³ Al richiamo, di fonte europea, alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, la normativa italiana ha aggiunto il richiamo alla dignità (fin dalla l. n. 675/96) e al diritto alla protezione dei dati personali (a partire dal d.lgs. n. 196/2003), che peraltro oggi trova esplicito riscontro anche nel RGPD, a dimostrazione del fatto che la scelta del legislatore italiano del 2003, ai tempi inusuale, si è rivelata assolutamente antesignana.

²⁹⁴ In realtà, già prima che il legislatore comunitario intervenisse con la direttiva 95/46 e il legislatore italiano con la l. n. 675/1996, si era soliti inquadrare il problema della raccolta delle informazioni e dell'accesso alle banche dei dati nell'ambito dei diritti (o del diritto generale) della personalità. Così G. ALPA, M. BESSONE, *Introduzione*, in IID. (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, cit., p. 3 ss.

²⁹⁵ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della L. 675/96*, cit., p. 163, ove ci si pone l'interrogativo se la legge n. 675 del 1996 sia una legge che disciplina il trattamento dei dati personali ovvero una legge a tutela della personalità. La domanda, per quanto definita dallo stesso autore

e all'identità personale è stato considerato dai più come un fondamento positivo di diritti della personalità fino a quel momento riconosciuti solo in via giurisprudenziale²⁹⁶. Così intesa, la novella legislativa ha finito per riaprire l'antica diatriba sull'approccio pluralista o monista in merito ai diritti della personalità²⁹⁷. Secondo il primo approccio, la tutela giuridica non può prescindere da una tipizzazione delle situazioni protette o, comunque, da un solido richiamo – eventualmente anche mediante il ricorso all'analogia – ai frammenti normativi presenti nell'ordinamento; solo così è possibile enucleare, sotto forma di autonomo diritto, un contenuto specifico per ogni attributo afferente alla personalità²⁹⁸. Per i sostenitori del secondo approccio, invece, considerata l'unitarietà della persona e, dunque, anche della personalità, non è opportuno scindere la tutela giuridica in una pluralità di situazioni soggettive, le quali non sarebbero altro che semplici estrinsecazioni di un unico diritto generale della personalità, sullo stampo del *Persönlichkeitsrechte* tedesco, che nel nostro ordinamento poggerrebbe soprattutto sulla forza propulsiva dell'art. 2 della Costituzione²⁹⁹. La distinzione tra i due orientamenti è stata relativizzata sul piano

«capziosa», è volta ad individuare la linea di indirizzo seguita dalla normativa. Sebbene i commentatori non abbiano sempre preso una posizione esplicita sul punto, risulta spesso implicito l'ambito sistematico in cui si fa confluire la disciplina: cfr. nota 237. Esplicitamente, v. CASTRONOVO, *Situazione soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., pp. 194-195; F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI ET AL. (a cura di), *Tutela della privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675). Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 228 ss.; ID., *Dalla legge al "codice": un dilemma, una sfida, un consolidamento normativo, una (imperfetta) razionalizzazione delle tutele. Nota introduttiva*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., LIX.

²⁹⁶ Per il diritto alla riservatezza, v. Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, cit.; per il diritto all'identità personale, v. Cass. 22 giugno 1985 n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2111.

²⁹⁷ La divisione tra pluralisti e monisti si ha tra coloro che «riconoscono (o presuppongono) la natura di diritti soggettivi» dei diritti della personalità, così PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità*, cit., p. 255, il quale, tuttavia, precisa che «alcune versioni della teoria monista cercano di astrarre la configurazione dei diritti della personalità dallo schema del diritto soggettivo» (p. 258).

²⁹⁸ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959-61; G. PUGLIESE, *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, Milano, 1964, pp. 3-37; P. VERCELLONE, *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, vol. XII., p. 1084. Si noti che De Cupis e Pugliese hanno condiviso l'approccio pluralista, ma hanno assunto prospettive totalmente divergenti sul riconoscimento del diritto alla riservatezza, dando vita a un vivace scambio di vedute: G. PUGLIESE, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, p. 116 ss.; A. DE CUPIS, *Il diritto alla riservatezza esiste*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 89 ss.; poi proseguito nei commenti alla sentenza della Corte di Cassazione 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Giur. it.*, 1957, I, p. 366 ss., con nota adesiva di G. PUGLIESE, *Una messa a punto della Cassazione sul preteso diritto alla riservatezza*, e in *Foro it.*, 1957, I, p. 232 ss., con nota critica di A. DE CUPIS, *Sconfitta in Cassazione, del diritto alla riservatezza*.

²⁹⁹ In passato, si trattava di un orientamento minoritario in dottrina, dove emergeva principalmente la posizione di G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 458 ss. Successivamente sembrano aderire alla tesi monista M. LIOTTA, *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, pp. 202-209; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., pp. 66-70.

storico-concettuale, riconducendola soprattutto alla nota evoluzione della configurazione dell'illecito civile nell'ordinamento interno: un tempo strettamente legato alla lesione di diritti soggettivi assoluti ben identificabili, cui corrispondeva l'esigenza "pluralista" di delineare specifici e distinti diritti personalissimi; in seguito apertosi ad offrire tutela a tutte le situazioni giuridicamente protette, fornendo ispirazione alla tesi monista, più attenta a privilegiare l'esigenza sostanziale di tutela di fronte al "progresso" dei mezzi offensivi della personalità. Ad ogni modo, si è evidenziato che le ricadute operative dell'adesione all'una o all'altra concezione, in termini di estensione dell'ambito di tutela della personalità, sono sempre più labili, posto che i sostenitori dell'approccio pluralista non esitano a ricorrere al meccanismo analogico per colmare le eventuali lacune di protezione, giungendo così a riconoscere ai diversi diritti della personalità un perimetro applicativo pressoché assimilabile a quello discendente da un unico diritto generale³⁰⁰.

La legge n. 675 del 1996 e il successivo codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) si sono prestati a inserirsi nel dibattito in questione nel seguente modo: da una parte, si è sostenuto, in modo piuttosto intuitivo, che la menzione di singoli diritti, quali quelli alla riservatezza e all'identità personale, andava nel senso della tipizzazione di marca pluralista³⁰¹; dall'altra fazione, invece, l'art. 1 della l. n. 675/96 è stato interpretato, in chiave antiletterale e «antagonista all'idea che lo ha ispirato», come «un diritto su diritti», posto che «unica è la personalità, anche quando per migliore perspicuità descrittiva facciamo uso di una molteplicità variabile in funzione del mutare delle situazioni e dei mezzi di offesa possibili»³⁰². Vi è, tuttavia, più di un dubbio che la legge in esame – al pari degli interventi normativi successivi (d.lgs. n. 196/2003 e d.lgs. n. 108/2018) – abbia realmente inciso su una tale questione di ordine dogmatico, la cui effettiva portata, come si è detto, tende ad essere sempre più ridimensionata³⁰³.

A prescindere da una ricostruzione come diritti autonomi o come mere estrinsecazioni di un diritto generale, è pacifica ormai la riconduzione della riservatezza e dell'identità personale allo statuto della personalità. Se questo è vero, lo

³⁰⁰ PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità*, cit., p. 259.

³⁰¹ ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, cit., p. 467.

³⁰² CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 194.

³⁰³ P. RESCIGNO, *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 278.

stesso non può dirsi per «il diritto alla protezione dei dati personali», la cui natura autonoma, nel senso di separabile dagli altri profili della personalità, è ancora fortemente discussa. La discussione sul punto nasce a seguito dell'emanazione del codice per la protezione dei dati personali, che, nei suoi primi due articoli, ha innovato rispetto alla precedente l. n. 675/96 proprio in virtù dell'introduzione del *nomen* «diritto a» precedente alla locuzione «protezione dei dati personali», sotto la chiara influenza dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sul significato da assegnare a tale novità legislativa vi sono state molteplici interpretazioni diverse tra loro. In estrema sintesi, il panorama dottrinale italiano vede fronteggiarsi chi sostiene che il diritto alla protezione dei dati personali abbia un carattere autonomo e chi, invece, gli disconosce tale qualifica; peraltro, all'interno degli stessi orientamenti, le argomentazioni, e talune conclusioni conseguenti, non coincidono del tutto.

1.2.1. Il diritto (fondamentale) alla protezione dei dati personali

Tra i sostenitori dell'autonomia del diritto alla protezione dei dati personali, si è fatto leva, a parte che sull'argomento letterale della sua declamazione, sulla circostanza che le sanzioni previste dal codice del 2003 parevano attivarsi direttamente per effetto di una violazione del diritto in questione, a prescindere dall'accertamento della violazione di altri diritti³⁰⁴. Non sembra, tuttavia, che questo solo argomento possa rappresentare un criterio risolutivo in quanto è proprio l'*actio finium regundorum* con gli altri diritti della personalità, o comunque con gli altri diritti fondamentali, la questione sulla quale si appuntano i maggiori nodi problematici e dalla quale può risultare la pregnanza contenutistica del diritto.

Orbene, è evidente che il diritto alla protezione dei dati personali, avente come precipuo referente normativo l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba confrontarsi in primo luogo con quello che può ritenersi, già a livello topografico in seno alla Carta, il fratello maggiore, o il padre putativo (a seconda dei punti di vista), ossia l'art. 7 statuente il diritto al rispetto della vita privata.

³⁰⁴ C.M. BIANCA, *Note introduttive*, cit., XXIV.

Quest'ultimo riproduce, in modo pressoché pedissequo, l'art. 8 della CEDU, pacificamente ritenuto l'archetipo della *privacy* europea. A tal proposito, deve rilevarsi che mentre, secondo alcuni, il rapporto tra l'articolo 7 e l'articolo 8 della Carta di Nizza è un rapporto di *genus a species*, non risultando tuttavia univoco quale sia il genere e quale sia la specie³⁰⁵, secondo altri, si tratta di un rapporto tra due entità indipendenti tra loro, pur avendo esse tratti di reciproca influenza, oltre che spazi di parziale coincidenza, che però non si traducono in una continenza³⁰⁶. Ad ogni modo, è pressoché pacifica l'associazione dell'articolo 8 con una dimensione dinamico-relazionale, al contrario dell'articolo 7 che si ritiene veicolare una dimensione tipicamente statico-difensiva della tutela della *privacy*³⁰⁷.

Inoltre, va segnalato che, a fronte di un pieno riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali quale (nuovo) diritto della personalità³⁰⁸, una parte significativa della dottrina, pur rimarcando l'autonomia del diritto in questione, non si sofferma sulla sua inclusione nello statuto tradizionale della personalità³⁰⁹.

Dovizioso di argomenti si presenta anche l'orientamento opposto, cioè quello che nega un'autonoma rilevanza giuridica al diritto alla protezione dei dati personali,

³⁰⁵ Secondo Bianca (ID., *Note introduttive*, cit., XXII-XXIII) il diritto alla protezione dei dati personali è una *species* del diritto alla tutela della vita privata. Secondo altre prospettive, invece, è il diritto alla protezione dei dati personali ad avere un ambito applicativo più ampio per via della sua dinamicità (lo riconosce lo stesso Bianca, *ibidem*, nota 10).

³⁰⁶ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 2-5.

³⁰⁷ Si può rinviare, a tal riguardo, alla nota 66 del cap. I sull'evoluzione della nozione di *privacy*.

³⁰⁸ BIANCA, *Note introduttive*, cit., XXII; in termini più sfumati, G. MARINI, *Diritto alla privacy*, cit., p. 222 ss., il quale finisce per riconoscergli, al pari degli altri diritti della personalità, la natura di diritto soggettivo *sui generis* (p. 233). Già prima dell'emanazione del codice del 2003, v. G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, pp. 322-323.

³⁰⁹ In particolare S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 1 ss. (in part. pp. 2-5), il quale riconosce al diritto alla protezione dei dati personali la capacità di individuare «una ulteriore dimensione della personalità», senza esplicitare tuttavia come questo si ponga nel sistema dei diritti della personalità. Se con riguardo alla dottrina in questione, ciò non stupisce considerando lo scarso entusiasmo manifestato verso lo schema dei diritti della personalità nell'arco della sua produzione scientifica (cfr. il commento di V. ZENO-ZENCOVICH, *Stefano Rodotà e i diritti della personalità: una prospettiva non conformista*, in *Il Diritto Privato nella Società Moderna – Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, p. 463), va comunque evidenziato che il rapporto tra diritti fondamentali e diritti della personalità risulta particolarmente ambiguo. Come si è visto, la natura di diritti soggettivi è discussa con riguardo ai diritti della personalità (v. nota 259); più certa, invece, appare la distanza tra diritti soggettivi e diritti fondamentali: non sono «diritti allo stesso modo», così A. GENTILI, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 356, il quale osserva che mentre il diritto soggettivo discende da disposizioni che pongono regole, finendo per essere, esso stesso, «la regola del caso», i diritti fondamentali si fondono su principi e condividono la natura di questi ultimi, rappresentando dunque non la soluzione di un conflitto, bensì «una delle premesse forti della sua soluzione». Sull'esigenza di riconsiderare le categorie tradizionali, adeguandole alla tematica dei diritti fondamentali, v. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 413 ss.

assegnandogli un ruolo meramente declamatorio³¹⁰. Deve evidenziarsi, tuttavia, che alcune di queste deduzioni, espresse a stretto giro dall'emanazione del codice del 2003, sembrano aver perso vigore nel corso degli anni, soprattutto in virtù delle novità contenute nel RGPD.

Se in passato, ad esempio, poteva affermarsi che il rapporto interno tra fonti, in particolare tra l. n. 675/1996, l. n. 127/2001 (recante delega per l'emanazione di un testo unico in materia di trattamento dei dati personali) e d.lgs. n. 196/2003, faceva dubitare che un decreto legislativo, in assenza di un esplicito riferimento nella legge-delega, potesse modificare radicalmente i principi proclamati nella legge del '96, dove non figurava un diritto alla protezione dei dati personali in linea con la direttiva 95/46³¹¹, non potrebbe dirsi altrettanto nel sistema odierno. Oggi, infatti, l'art. 1, par. 2 del RGPD dichiara solennemente che «il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare *il diritto alla protezione dei dati personali*» (corsivo aggiunto). È evidente, inoltre, che, a seguito dell'introduzione del regolamento europeo avente efficacia diretta in tutti gli Stati membri dell'Ue, risulta fortemente indebolito anche l'argomento comparatistico, secondo il quale la mancanza di un'esplicita menzione del diritto alla protezione dei dati personali nell'ordinamento francese e in quello tedesco avrebbe dovuto ridimensionare l'eccentricità del codice italiano sulla *privacy*³¹², che, in realtà, si è mostrato antesignano sul punto.

Pertanto, se gli argomenti appena passati in rassegna possono essere ormai messi da canto, essendo desueto far leva sul criterio gerarchico delle fonti e sulla coerenza comparatistica, non è vano invece valutare la forza persuasiva degli altri argomenti adottati dalla medesima dottrina. Ad esempio, si è invocata la natura relazionale del diritto in questione per sostenere un suo più facile inquadramento nello schema dell'interesse giuridico qualificato, a meno non di voler attribuire allo stesso diritto un ruolo di mera sintesi del complesso di relazioni di situazioni giuridiche emergenti dalla disciplina sulla protezione dei dati. Ciò troverebbe ulteriore riscontro nel par. 2

³¹⁰ F.D. BUSNELLI, *Dalla legge al "codice": un dilemma, una sfida, un consolidamento normativo, una (imperfetta) razionalizzazione delle tutele. Nota introduttiva*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., XXXVII-XLI. Su posizioni simili, sebbene col precipuo fine di escludere al diritto alla protezione dei dati personali una portata proprietaria nel senso di diritto *sul* o *al* dato personale, anche VECCHI, *Articoli 1-2*, cit., p. 15 ss., il quale, con riferimento all'art. 1 del codice, parla di previsione testuale «enfatica».

³¹¹ BUSNELLI, *Dalla legge al "codice": un dilemma, una sfida*, cit., XXXVIII.

³¹² ID., *op. ult. cit.*, XL.

dell'art. 8 della Carta di Nizza che contempla la necessità di una base giuridica che legittimi il trattamento dei dati personali. Infatti, la presenza di basi giuridiche che trovano fondamento direttamente nella legge, risultando quindi sottratte alla disponibilità dell'interessato, avrebbe l'effetto – secondo la dottrina in esame – di ridurre la portata altisonante del paragrafo 1 del medesimo articolo, che letteralmente sancisce il diritto alla protezione dei dati personali come un diritto fondamentale di ciascun individuo³¹³.

A dire il vero, quest'ultima argomentazione sembra riporre un eccessivo valore al nesso tra l'importanza attribuita al consenso come base giuridica del trattamento dei dati e l'autonomia riconoscibile al diritto alla protezione dei dati personali, come se, una volta depotenziato il dispositivo consensuale nell'ambito della circolazione degli stessi dati, venisse, di riflesso, indebolita la prospettiva che considera il diritto alla protezione dei dati personali come diritto autonomo³¹⁴. A tal riguardo, pur essendo necessario condurre un'indagine sulla natura e sulla funzione del consenso, su cui ci si soffermerà in seguito, è possibile sostenere fin d'ora che il diritto alla protezione dei dati personali può meritare un'autonoma considerazione a prescindere dalla prevalenza attribuita al consenso tra le condizioni legittimanti il trattamento. Anche quando quest'ultimo trova fondamento in altre basi giuridiche previste a livello legislativo, l'interessato può comunque esercitare (una buona parte de)i c.d. “diritti-rimedi”, i quali, pur non avendo i crismi della fattispecie chiusa e definita, permettono di identificare, a livello superiore, una posizione soggettiva di protezione accordata dall'ordinamento che non può ritenersi mera risultante di un bilanciamento di interessi,

³¹³ Così sembra svolgersi il ragionamento di ID., *op. ult. cit.*, XLI.

³¹⁴ Cfr. G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2014, p. 261, la quale lucidamente segnala che una «*oscillation concerns the possibility of envisioning the EU right to personal data either as established by the Charter's Article 8 as a whole, or solely by its first paragraph. In the first case, the right to personal data protection is understood as compromising the six basic constituents described in its second and third paragraphs: the requirement of fair processing; the requirement of processing for specified purposes; the requirement of legitimate basis (a basis laid down by law, or the consent of the person concerned); a right of access to data; a right to have data rectified; and independent supervision. In the second case, the right is conceived of as being set out in the Charter's Article 8(1) (reading 'Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her'), whereas Articles 8(2) and 8(3) would describe requirements for the right's limitations to be lawful, applicable whenever personal data are processed. This reading implies that to have personal data protected would mean, in principle, to have personal data un-processed*».

ma va piuttosto considerata come parametro di riferimento per un eventuale bilanciamento con *altri* diritti o libertà fondamentali in capo a terzi³¹⁵.

In questi termini si pone la Corte di giustizia, la quale, sebbene non sia ancora riuscita a distinguere chiaramente l'ambito operativo del diritto alla protezione dei dati personali da quello del diritto al rispetto della vita privata³¹⁶, non esita a porre l'art. 8 della CDFUE a bilanciamento con altri diritti aventi il qualificativo di *fondamentale*, trovando sede nella medesima Carta, o con norme cui sono sottesi interessi particolarmente rilevanti di stampo pubblicistico (ad es., la sicurezza pubblica)³¹⁷. Si pensi ai casi *Promusicae v Telefónica de España* (C-275/06)³¹⁸, *Volker und Markus Schecke GBR and Hartmut Eifert v Land Hessen* (cause riunite C-92/09 e C-93/09)³¹⁹, *Michael Schwarz v Stadt Bochum* (C-291/12)³²⁰, *Digital Rights Ireland Ltd v Ireland and Kärntner Landesregierung, Michael Seictlinger, Christof Tschohl and others* (cause riunite C-293/12 and C-594/12)³²¹, *Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos* (C-131/12)³²², nei quali la Corte lussemburghese si è trovata a operare un contemperamento del diritto alla protezione dei dati personali

³¹⁵ Con riguardo alla conformazione dei diritti dei privati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in Id. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 85, ove si osserva che «il diritto soggettivo, da sempre figura controversa, perde definitivamente centralità ed emerge l'esigenza di diversificare gli interessi umani secondo due parametri concreti. Il collegamento con una norma sostanziale o processuale e l'esistenza di un certo grado di intensità della tutela accordata dall'ordinamento».

³¹⁶ Cfr. G. GONZÁLEZ FUSTER, R. GELLERT, *The Fundamental Right of Data Protection in the European Union: in search of an uncharted right*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2012, p. 73 ss.; G. GONZÁLEZ FUSTER, *Fighting For Your Right to What Exactly? The Convolved Case Law of the EU Court of Justice on Privacy and/or Personal Data Protection*, in *Birkbeck Law Review*, 2014, p. 263 ss.; O. LYNKEY, *Deconstructing Data Protection in the EU Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 579-581.

³¹⁷ Sul bilanciamento dei diritti nel quadro europeo della protezione dei dati personali, v. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pp. 225-237.

³¹⁸ Corte giust. CE 29 gennaio 2008, *Promusicae v Telefónica de España*, C-275/06, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425, con nota di A. MANTELERO, *L'“ingegneria interpretativa” della Corte di giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*.

³¹⁹ Corte giust. UE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GBR and Hartmut Eifert v Land Hessen*, C-92/09 e C-93/09, disponibile online su: www.curia.europa.eu.

³²⁰ Corte giust. UE 17 ottobre 2013, *Michael Schwarz v Stadt Bochum*, C-291/12, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1482, con nota di S. RIONDATO, *Passaporto biometrico e impronte digitali*.

³²¹ Corte giust. UE 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd v Ireland and Kärntner Landesregierung, Michael Seictlinger, Christof Tschohl et alia*, C-293/12 e C-594/12, in *Giur. it.*, 2014, p. 1850, con nota di L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*.

³²² Corte giust. UE, 13 maggio 2014, *Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos*, C-131/12, in *Foro it.*, 2014, p. 317, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*.

con diritti³²³, libertà³²⁴ o interessi³²⁵ confliggenti, postulando quindi un contenuto specifico e autonomo del suddetto diritto, tale da poter essere assunto a parametro di riferimento di un bilanciamento con altre situazioni giuridiche soggettive qualificate, un bilanciamento cioè *esterno* e non interno al diritto stesso.

È evidente che la dimensione in cui rintracciare un'autonoma rilevanza del diritto alla protezione dei dati personali non è (più tanto) quella nazionale delle normative di recepimento, ma è quella autenticamente europea della CDFUE, del RGPD e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

1.3. I rapporti tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e il diritto civile patrimoniale. Critiche a prospettive rigidamente unidirezionali

Le prospettive proprietarie e personalistiche, testé esposte, inducono a richiamare la questione, posta ad inizio del capitolo, circa i rapporti tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e gli altri settori dell'ordinamento civilistico, in particolare quelli di carattere patrimoniale e aventi vocazione pressoché generale³²⁶. I principali raccordi, pertanto, vanno verificati con riguardo al codice civile e al codice del consumo.

³²³ Nel caso *Promusicae*, vi era un conflitto con il diritto di proprietà (intellettuale) riconosciuto dall'art. 17, CDFUE.

³²⁴ Nel caso *Google Spain*, la libertà confligente era la libertà d'impresa sancita dall'art. 16, CDFUE. Sul rapporto tra libertà economiche e diritto alla protezione dei dati personali, v. O. POLLICINO, M. BASSINI, *Bridge is Down, Data Truck Can't Get Through . . . A Critical View of the Schrems Judgment in The Context of European Constitutionalism*, in *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence*, New York, 2017, pp. 252-257.

³²⁵ Nei casi *Volker und Markus Schecke GBR, Schwarz e Digital Rights Ireland* il diritto alla protezione dei dati personali si poneva in contrasto con interessi pubblici di vario genere: rispettivamente l'interesse a garantire la trasparenza degli atti dell'Unione e ad assicurare il migliore utilizzo dei fondi pubblici (nel primo caso), l'interesse alla prevenzione di ingressi illegali nel territorio dell'Unione europea (nel secondo caso), l'interesse a contrastare gravi crimini (nel terzo caso).

³²⁶ Nella dottrina europea, si avverte l'esigenza di trovare un coordinamento, soprattutto nell'ottica di un migliore *enforcement*, tra la protezione dei dati personali e il diritto dei consumatori: v. HELBERGER, BORGESIU, REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between Eu Consumer Law and Data Protection Law*, cit., pp. 1427-1466. In una prospettiva ancora più ampia, includendo anche il diritto della concorrenza, v. W. KERBER, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra informazione e concorrenza*, Milano, 2018, p. 1 ss.; I. GRAEF, *Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies between Competition, Consumer and Data Protection law in Digital Markets*, in M. BAKHOUM, B. CONDE GALLEGO, M.O. MACKENRODT, G. SURBLYTÈ-NAMAVIČIENĖ (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018, p. 121 ss.

Il coordinamento tra tali discipline rammenta il tema, ben noto alla civilistica, dei rapporti tra parte generale, tendenzialmente individuata a livello topografico nel codice civile, e parte speciale, tendenzialmente individuata nelle discipline settoriali collocate al di fuori del medesimo codice, le quali possono essere anch'esse raccolte, come nel caso di specie della protezione dei dati personali, sotto l'ombrello di un codice che ovviamente si differenzia dal primo per essere un codice di settore³²⁷. Il coefficiente di vischiosità di tali relazioni risiede soprattutto nell'individuazione della regola (o principio) generale, così come, di converso, nella selezione delle norme che per la loro eccezionalità sono sottratte al meccanismo analogico³²⁸.

Poste tali premesse, deve evidenziarsi che il coordinamento di cui qui si discute, tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e il diritto civile patrimoniale, ha dei tratti peculiari. La relazione tra gli statuti normativi in questione non segue tanto (o almeno non solo) il criterio *specialia generalibus derogant*, quanto – e soprattutto – il modulo della compatibilità dogmatica (i dati personali sono un bene giuridico? sono negoziabili?) ed assiologica (gli interessi personalistici possono essere patrimonializzati alla luce dei principi-valori dell'ordinamento?)³²⁹.

³²⁷ I rapporti tra parte generale e parte speciale, regolabili attraverso diversi criteri di coordinamento, non si limitano a prendere in considerazione il codice civile, da un lato, e le leggi speciali, dall'altro. Com'è noto, la civilistica si è a lungo interrogata anche sulle relazioni tra parte generale e parte speciale di *singoli* istituti, su tutti il contratto, il quale gode, già sul piano normativo-letterale, di una disciplina «Dei contratti in generale» (artt. 1321-1469-*bis* c.c.) e di un'altra «Dei singoli contratti» (artt. 1470-1986 c.c.). A livello dottrinale, inoltre, è celebre la distinzione tra diritto primo e diritti secondi, che richiama la famosa *querelle* circa i rapporti tra diritto civile e diritto commerciale. Oggi, peraltro, i rapporti tra parte generale e parte speciale del diritto privato non possono ignorare la questione del coordinamento tra l'ordinamento interno e l'ordinamento europeo, nell'ottica dei diversi gradi di armonizzazione eurounitaria. La letteratura sulle tematiche citate, componenti un eterogeneo campo di indagine, è sconfinata: *ex multis*, tra i contributi più recenti (cui si rinvia per i puntuali riferimenti bibliografici), v. A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M.R. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, vol. I, Bologna, 2012, p. 33 ss.; M.R. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in *Orizz. dir. comm.*, 2015, disponibile online su: <http://www.rivistaodc.eu/diritto-civile-e-diritto-commerciale-unita-diritto-privato>; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018.

Si richiamano tali contributi con l'intento di segnalare – tornando alla materia qui trattata – che la riflessione sui rapporti tra la disciplina di protezione dei dati personali e la disciplina di diritto comune sembra scontare un *deficit* rispetto agli studi riguardanti altre normative settoriali dell'ordinamento civilistico.

³²⁸ A. BELFIORE, *Interpretazione della legge e analogia*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. VI (2004-2005), Milano, 2005, p. 15 ss.

³²⁹ Per quanto concerne il criterio della compatibilità come criterio delimitante il campo di applicazione di determinati statuti normativi, si può richiamare l'art. 1324 c.c., il quale stabilisce che «salvo diverse

Per non scadere in discorsi ideologici, volti a suffragare convinzioni aprioristiche sul valore da attribuire ai diversi settori dell'ordinamento, è opportuno partire dal dato normativo. È particolarmente significativo che né la l. n. 675/1996, né il d.lgs. n. 196/2003, riformato dal d.lgs. n. 101/2018, contengano una norma che regoli come affrontare le relazioni tra codice in materia di protezione dei dati personali e codice civile, né tanto meno le relazioni con il codice del consumo. Le ragioni che sottendono tale scelta legislativa non sono state esplorate a fondo; tuttavia, si potrebbe rispondere, di primo acchito, che la tematica del trattamento dei dati personali era talmente ignota al legislatore del codice del 1942 da essere stata ritenuta superflua la regolazione di eventuali conflitti con la ben successiva normativa di protezione dei dati. In altri termini, il codice civile non potrebbe che essere lacunoso rispetto alle esigenze di tutela avvertitesi, come si è già detto, a partire dalla diffusione degli elaboratori elettronici.

Alla ragione storica potrebbe aggiungersi che la disciplina sul trattamento dei dati personali non è una disciplina propriamente civilistica³³⁰, nel senso che essa nasce come disciplina riguardante soprattutto i rapporti verticali tra Stato e cittadino, non intervenendo sugli istituti tipici tramandati dalla tradizione privatistica per regolare i rapporti orizzontali. Di conseguenza, oltre che per evidenti lacune storiche, il codice civile sarebbe inadeguato a integrare la disciplina in questione con il proprio armamentario normativo e concettuale. Semmai, la disciplina sul trattamento dei dati potrebbe dirsi civilistica nella misura in cui offre uno statuto di tutela della personalità, rispetto alla quale, tuttavia, il codice civile e le leggi speciali precedenti alla normativa di protezione dei dati personali risultano parecchio scarse, essendo stata la materia dei diritti della personalità a lungo modellata dal formante giurisprudenziale piuttosto che da quello legislativo.

Se ciò fosse vero, se cioè la disciplina sulla protezione dei dati personali fosse dedicata *solo* alla tutela degli interessi personalistici affioranti nelle pratiche di trattamento dei dati personali, bisognerebbe capire come si pongono gli interessi di natura patrimoniale, emergenti nelle medesime pratiche di trattamento, in riferimento

disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, *in quanto compatibili*, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale» (corsivo aggiunto).

³³⁰ Cfr. criticamente BUSNELLI, *Il "trattamento dei dati personali" nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria*, cit., p. 187, il quale contesta le posizioni di chi non vede nella disciplina sulla protezione dei dati personali una «legge (di diritto) civile».

al campo di applicazione materiale della disciplina di protezione dei dati. Sulla base della lettura di cui sopra, le risposte possibili a tale interrogativo sembrano essere (almeno) due.

La prima, offerta in dottrina, potrebbe essere quella secondo la quale la disciplina degli interessi di tipo patrimoniale, relativi al trattamento dei dati personali, è rimessa alla disciplina di diritto comune, intendendo con quest'espressione la disciplina codicistica di diritto civile patrimoniale³³¹. Si tratterebbe, in fondo, di un coordinamento tra le due discipline secondo il criterio di specialità, posto che laddove non opera la normativa speciale (sugli interessi personalistici) si dovrebbe riespandere la normativa civilistica generale³³².

La seconda risposta, invece, a volte implicita in alcune ricostruzioni dottrinali, potrebbe basarsi sull'interpretazione secondo la quale la scelta legislativa di impostare la disciplina sulla tutela degli interessi personalistici non configurerebbe (*rectius*, non permetterebbe di configurare) una lacuna in ordine alla regolazione degli interessi patrimonialistici, bensì denoterebbe «una tecnica di disciplina»³³³ da cui desumere l'intenzione del legislatore di accordare una netta prevalenza, su questi ultimi, degli interessi personalistici. In tal modo, non potrebbe qualificarsi la materia del trattamento dei dati personali, su cui ricade la disciplina di protezione degli stessi dati, nell'orbita di categorie tipiche del diritto civile: diritti reali, obbligazioni e contratto³³⁴.

³³¹ Così VECCHI, *Articoli 1-2*, cit., p. 14. Su posizioni simili, giungendo alla conclusione che le vicende mercantili-negoziali relative ai dati personali vadano disciplinate dal diritto comune dei contratti, v. A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di) *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, cit., pp. 506-507, ove opportunamente si è consapevoli che «si porrà un problema di coordinamento tra diritto dei contratti e disciplina speciale, posto che l'esercizio di un rimedio previsto da quest'ultima (ad es., opposizione per motivi legittimi) avrà riflessi sulle vicende contrattuali (risoluzione per impossibilità sopravvenuta? Risarcimento dei danni per inadempimento?)» (p. 507, nota 77).

³³² Ciò chiaramente non esclude l'eventuale applicazione di discipline speciali relative ad interessi patrimonialistici riguardanti il trattamento dei dati. Si pensi alla disciplina sulle banche dati (direttiva 96/9/CE recepita con il d.lgs. n. 169/1999, il quale ha introdotto apposite disposizioni nella l. n. 633/1941 sul diritto d'autore), che troverebbe applicazione diretta rispetto alle fattispecie espressamente regolate nella legge.

³³³ Si fa riferimento alla felice formula di BELFIORE, *Interpretazione della legge e analogia*, cit., p. 12. L'autore si sofferma sulla duplice, diversa valenza del silenzio del legislatore, che «si può configurare come *assenza di previsione* e, quindi, come vera e propria lacuna del diritto scritto; può, all'opposto, comunicare tacitamente una regola, cioè costituire *una tecnica di disciplina*. La ricostruzione dell'alternativa può esigere o una ricostruzione in via sistematica o un'indagine interpretativa incentrata su una singola, specifica disposizione, e può anche configurarsi come altamente problematica» (corsivi dell'autore). Nel caso trattato nel testo, è evidente che la ricostruzione dell'alternativa vada effettuata in via sistematica ed è altresì evidente che si configura, considerata anche la "liquidità" concettuale della disciplina di protezione dei dati personali, come altamente problematica.

³³⁴ L'esclusione da questa cerchia della responsabilità civile si giustifica in virtù del fatto che essa è comunque rivolta, notoriamente oggi più che in passato, alla considerazione di interessi personalistici,

In altri termini, le norme (e i concetti da esse ricavabili) contenute soprattutto nei libri III e IV del codice civile nulla avrebbero da dire con riguardo al fenomeno del trattamento dei dati personali. Chiaramente ciò non significa che il trattamento di dati personali non possa avvenire in concomitanza con l'acquisto della proprietà di un bene o con l'esecuzione di un contratto, come d'altronde usualmente avviene e di cui il legislatore mostra consapevolezza³³⁵; piuttosto, il sottinteso è che il trattamento dei dati personali non può essere qualificato, *a priori*, dall'interprete né come trasferimento o costituzione di un diritto reale sul bene «dato personale» (la tesi proprietaria di cui al § 1.2), né come svolgimento di un rapporto obbligatorio tra titolare e interessato³³⁶, né come oggetto (*alias*, prestazione) di un contratto, in cui una delle parti sia la persona cui i dati si riferiscono, la quale presta il consenso al trattamento in cambio di un corrispettivo o di un'altra prestazione di carattere patrimoniale³³⁷³³⁸.

non patrimoniali. D'altronde, si è già detto che in alcuni ordinamenti i diritti della personalità vengono studiati e inquadrati all'interno della responsabilità civile, invece che all'interno del diritto delle persone (cfr. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 1). Nell'ordinamento statunitense, si è visto come il *right to privacy* sia stato configurato principalmente nell'ambito dei *torts* (cfr. PROSSER, *Privacy*, cit.).
³³⁵ Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 6, par. 1, lett. b), RGPD che prevede come base giuridica del trattamento la necessità di effettuare lo stesso per l'esecuzione di un contratto.

³³⁶ Cfr. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 699.

³³⁷ Sul piano delle ipotesi, non può escludersi peraltro il caso di una (con)cessione dei dati personali a titolo gratuito, la quale potrebbe essere qualificata come contratto se il rapporto giuridico sorto tra le parti comunque presenta il connotato della patrimonialità (art. 1321 c.c.). In generale, è bene mettere in evidenza che la disciplina in materia di protezione dei dati personali, sia quella attuale (oggi contenuta nel RGPD e nel codice della *privacy* adeguato) che quella previgente (dir. 95/46 e l. 675/96), non regola l'operazione negoziale che potrebbe qualificarsi come "contratto di cessione dei dati personali" (cfr. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione dei dati personali*, cit., p. 625; FICI, PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 506), da cui si legittima l'interrogativo circa la rilevanza del silenzio del legislatore. Nella l. 675/96, in realtà, era stata disciplinata nella fase di «cessazione del trattamento» l'ipotesi della cessione dei dati dal primo titolare ad un nuovo titolare, dunque una "cessione" *non* compiuta *dall'interessato*, bensì dal titolare del trattamento. Su tale fattispecie, v. A. PALMIERI, *La conclusione del trattamento e la circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di) *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, cit., pp. 785-812.

³³⁸ Il discorso di cui sopra necessita di alcuni chiarimenti. Per attribuire al silenzio del legislatore la valenza di tecnica di disciplina è necessario verificare la coerenza normativa e dogmatica della soluzione interpretativa. Ad esempio, la qualificazione del trattamento dei dati personali come trasferimento o costituzione di un diritto para-proprietario potrebbe essere negata, oltre che per incompatibilità con regole e principi in materia di protezione dei dati personali, anche per ragioni più dogmatiche, cioè per la difficoltà di connotare il dato personale, un'entità immateriale, come bene giuridico (art. 810 c.c.) che possa formare oggetto di appropriazione e, al tempo stesso, oggetto di godimento e disposizione (arg. ex art. 832 c.c.). Gli autori che hanno affrontato la questione, infatti, si sono confrontati con i principi e i postulati della teoria dei beni, in particolare di quelli immateriali (Zeno-Zencovich, Messinetti). Allo stesso modo, l'eventuale qualificazione del consenso al trattamento dei dati personali come prestazione contrattuale richiede di compiere un'indagine sul carattere della patrimonialità della prestazione e del rapporto giuridico costituitosi (artt. 1174 e 1321 c.c.). In altri termini, per sciogliere il dubbio circa la rilevanza da attribuire al silenzio del legislatore (v. nota 333), in assenza di segnali univoci, è la coerenza sistematica delle alternative prospettate a riempire di senso la formula «intenzione del legislatore», la quale non deve essere rimessa ad un approccio di tipo

A ben vedere, le due risposte non convincono in quanto è la premessa da cui si sono prese le mosse a non soddisfare. In primo luogo, è chiaramente semplicistico escludere il problema del coordinamento tra disciplina di protezione dei dati personali e disciplina generale civilistica sulla base del solo argomento storico, secondo il quale il codice civile sarebbe lacunoso rispetto al fenomeno del trattamento dei dati. Gli istituti civilistici, per la loro ampia capacità di razionalizzazione della realtà sociale, possono comunque relazionarsi con fenomeni sociali sconosciuti al momento della codificazione, a meno di scelte legislative chiaramente ostative.

Inoltre, venendo alla questione più spinosa, è bene rilevare che una lettura della normativa sulla protezione dei dati personali esclusivamente imperniata sulla tutela della personalità risulta parziale. Sul punto, appaiono condivisibili le considerazioni di chi evidenzia come emerga una distanza della disciplina di protezione dei dati personali rispetto al modello tradizionale dei diritti della personalità, focalizzato quasi soltanto su rimedi inibitori e risarcitori. La cifra della separazione si ravvisa, soprattutto, nella rilevanza attribuita al profilo preventivo, e in senso lato organizzativo, insito nei meccanismi di controllo esercitabile sul trattamento dei dati personali³³⁹. A ciò va aggiunto che questo tipo di controllo non ha più una connotazione prettamente individuale, ma vede sempre di più la partecipazione fondamentale di un ente pubblico, qual è l'autorità garante della *privacy*, preposta alla vigilanza e all'attuazione dei precetti legislativi in materia. In tale prospettiva, il riferimento italiano al rispetto dell'*intero* quadro dei diritti e delle libertà fondamentali denota(va) il respiro ampio che la normativa si prefigge(va), ponendosi in tal modo in una logica «istituzionale» piuttosto che di esclusiva tutela della personalità³⁴⁰. L'introduzione del RGPD, sotto quest'aspetto, non sembra aver mutato l'ispirazione di fondo della disciplina nazionale del 2003; anzi, sembra aver accentuato tali profili nella parte in cui introduce importanti innovazioni in ordine alla gestione e

convenzionalista: si rinvia nuovamente alla pagina di BELFIORE, *Interpretazione della legge e analogia*, cit., pp. 8-11.

³³⁹ RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., pp. 24-26.

³⁴⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 28. Cfr. anche S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 621-626, il quale segnala l'esigenza di distaccarsi dalle elaborazioni dottrinali proprie delle tradizioni nazionali per agganciare il *quid novi* dell'approccio comunitario. Particolarmente significativo il passaggio ove si osserva, con riguardo alla concezione di *privacy* emergente dalla l. n. 675/96, che «forse, siamo di fronte ad una situazione estranea alla categoria consolidata di diritto della personalità, “nuova”, che va considerata secondo la disciplina “peculiare” della l. n. 675/1996, espressione della sintesi realizzata a livello europeo e, dunque, sovranazionale sull'argomento».

prevenzione dei rischi connessi al trattamento dei dati personali, con rilevanti oneri in capo ai titolari del trattamento (v. artt. 35 e 36, RGPD)³⁴¹.

Se si riconosce, dunque, che è inopportuna, nell'ambito della disciplina sulla protezione dei dati personali, una netta separazione tra interessi personalistici e interessi patrimonialistici, considerando l'evidente logica di bilanciamento tra *ratio* mercantilistica e *ratio* personalistica che ispira la normativa, è bene domandarsi se il sistema di protezione dei dati personali sia del tutto autosufficiente ed esauriente rispetto al fenomeno del trattamento dei dati.

L'autosufficienza di cui si parla sembra passibile, in astratto, di due diverse accezioni: un'accezione *forte*, o *assoluta*, e un'accezione *debole*, o *relativa*.

Nel primo senso, potrebbe dirsi che il codice in materia di protezione dei dati personali, oggi mero riflesso del regolamento *generale* europeo, rappresenti un sistema chiuso di regole e principi. Di conseguenza, non solo la regolazione degli interessi personalistici, ma anche la regolazione degli interessi di stampo patrimoniale dovrebbe trovare sede all'interno del codice. Il corollario interpretativo di tale accezione (*forte*) di autosufficienza è che eventuali lacune dovrebbero essere colmate ricorrendo all'*analogia legis* e all'*analogia iuris* nell'ambito dello stesso codice di settore, attingendo dunque alle regole e ai principi propri del codice settoriale, senza bisogno di richiamare le norme di diritto comune. Letta in questi termini, vi sarebbe pochissimo, se non addirittura nessuno, spazio per integrare la normativa in materia di protezione dei dati personali con altre aree dell'ordinamento civilistico. Pertanto, anche la regolazione di interessi di tipo patrimoniale emergenti dal trattamento di dati personali, laddove non riposi espressamente in puntuali disposizioni legislative esterne al codice di settore, andrebbe ricavata pur sempre da quest'ultimo. In questo modo, pur muovendo da un quadro interpretativo differente, la tesi dell'autosufficienza *forte* giunge, sul piano del risultato, ad esiti non troppo distanti da quelli cui conduce la tesi che esclude una rilevanza degli interessi patrimoniali nell'ambito del trattamento dei dati personali, nel senso che l'integrazione con le norme del diritto civile patrimoniale sarebbe pur sempre da evitare.

Nella seconda accezione, qui denominata di tipo *debole* o *relativo*, il codice in materia di protezione dei dati personali andrebbe inteso come autosufficiente *solo* sul

³⁴¹ A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 144 ss.

piano dei principi generali (i quali, comunque, vanno letti in stretta connessione con il dettato costituzionale interno e il diritto primario dell'Unione europea, comprensivo dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali), mentre ci si dovrebbe porre in un'ottica diversa sul piano delle regole operative. Con riferimento a quest'ultimo piano, non dovrebbe escludersi un'integrazione normativa proveniente da altri ambiti dell'ordinamento civilistico³⁴². Dunque, se si ritenesse, ad esempio, che i principi in materia di protezione dei dati personali non siano incompatibili con il riconoscimento di un'area operativa di autonomia privata (delle parti coinvolte nel trattamento dei dati), le regole degli atti negoziali andrebbero rintracciate, o ricostruite, *anche* sulla base di altri settori normativi.

Questo tipo di approccio può considerarsi, in qualche modo, la premessa interpretativa delle riflessioni compiute in precedenza con riguardo ai rapporti tra dati personali e diritti proprietari. In quel caso, aderendo al pensiero di una parte della dottrina europea, si è visto come l'eventuale introduzione di diritti proprietari sui dati personali potrebbe anche risultare grosso modo compatibile con il sistema europeo di *data protection*, a condizione di non tradire il nucleo imperativo dei principi tipici della disciplina, che non permetterebbe, ad esempio, uno statuto proprietario votato ad una logica di puro scambio. Resta fermo il fatto che, come si è visto in precedenza, in assenza di un'introduzione espressa di *property rights*, è pressoché pacifico che dal sistema vigente non possa ricavarsi, in via interpretativa, un diritto proprietario, nemmeno *sui generis*, avente ad oggetto i dati personali. Ciò non è possibile sia per le difficoltà di conciliare tale diritto con il regime circolatorio dei dati, che prevede la

³⁴² La prospettiva suggerita nel testo non è del tutto assimilabile a quella di chi propone una lettura patrimonialistica della disciplina sulla protezione dei dati personali, come fa RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 689 ss. Tale autore, infatti, sembra leggere l'intero fenomeno del trattamento dei dati personali, o comunque ampi settori di esso, attraverso le categorie del diritto civile patrimoniale. In questa prospettiva, ad esempio, ogni qualvolta il trattamento si basi sul consenso dell'interessato (art. 6, par. 1, lett. a), RGPD) o sulla strumentalità necessaria ai fini dell'esecuzione di un contratto (art. 6, par. 1, lett. b), RGPD), si ritiene opportuno intendere il rapporto tra titolare e interessato in chiave obbligatoria. Così ragionando, il diritto alla portabilità dei dati personali di cui all'art. 20 RGPD, imponendo al titolare del trattamento l'esecuzione di una prestazione a soddisfazione di un interesse dell'interessato, si ritiene «pienamente riconducibile alla nozione di obbligazione (art. 1174 c.c.)» (p. 712). Una simile lettura, tuttavia, appare forzare più del dovuto il dato normativo, presumendo che l'interesse dell'interessato sotteso al diritto alla portabilità sia *sempre* di natura patrimoniale. Per di più, il fatto che il diritto dell'interessato e il corrispettivo obbligo del titolare nascano dalla *legge* non è da sottovalutare, avendo la legge il potere di conformare un qualsiasi rapporto giuridico, che non necessariamente deve avere i prismi del rapporto obbligatorio. Sintetizzando, forse eccessivamente, può dirsi che la prospettiva qui riassunta *patrimonializza (tout court)* la disciplina sulla protezione dei dati personali, mentre la prospettiva assunta nel testo suggerisce un'*integrazione patrimonialistica* di quest'ultima disciplina.

possibilità per l'interessato di esercitare un potere di controllo anche dopo l'atto astrattamente qualificabile come "trasferimento/cessione del dato" (cioè il consenso al trattamento), sia per ragioni legate alla teoria dei beni immateriali, atteso che, ad avviso di una parte della dottrina, l'appropriazione di tali beni (a cui andrebbero ricondotti i dati personali) necessiterebbe di un'espressa previsione del legislatore³⁴³.

L'autosufficienza "debole" della disciplina di protezione dei dati personali sembra essere quella più coerente al dettato normativo, oltre che la più confacente al fenomeno sotteso. Com'è stato osservato da autorevole dottrina, la materia del trattamento dei dati personali, per la sua ampiezza, che si estende tendenzialmente a ogni tipo di relazione che riguardi persone, «non può essere unicamente affidata a forme di disciplina analitica»³⁴⁴. Ciò ha richiesto «una legislazione per principi», che non sembra essere sconfessata dal RGPD, nonostante l'elefantico elenco dei suoi centosettantatré considerando e novantanove articoli³⁴⁵. Le disposizioni introdotte dal regolamento, infatti, continuano ad avere per lo più le sembianze di fattispecie aperte³⁴⁶, la cui applicazione non può che avvenire seguendo la bussola dei principi generali della disciplina, topograficamente individuati nel capo II del RGPD (artt. 5-11). La conseguenza che si può ricavare è che, benché la realtà del trattamento dei dati personali debba porsi *tout court* sotto l'ombrello giuridico dei principi europei di *data protection*, la regolazione delle singole fattispecie aventi ad oggetto dati personali può trovare disciplina per mezzo dell'integrazione di norme, compatibili ai suddetti principi, che si pongono al di fuori della normativa di protezione dei dati personali³⁴⁷. Per di più, in quest'ottica sembra porsi la recente direttiva sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali (dir. 2019/770/UE), la quale non rinuncia a inserire la fornitura dei dati personali del consumatore in una logica contrattuale, assicurando,

³⁴³ ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 441, il quale segnala le difficoltà di una pura ricostruzione industrialista (nel senso di una separazione netta tra profili personali e profili patrimoniali) nei riguardi degli attributi immateriali della personalità. Tuttavia, si segnala fin d'ora che l'interrogativo «i dati personali sono un bene giuridico su cui esercitare un'appropriazione esclusiva al pari di altri beni immateriali?» può apparire fuorviante: per tali riflessioni si rinvia a § 4.1.

³⁴⁴ RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, cit., 2004, p. 6.

³⁴⁵ Una lettura parzialmente diversa è offerta da VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, cit., p. 186.

³⁴⁶ Emblematico l'art. 6, par. 1 del RGPD, il quale, nel definire le basi giuridiche del trattamento, ricorre a clausole aperte (lett. e)) o, ancora più evidenza, al bilanciamento di interessi (lett. f)).

³⁴⁷ Circa le difficoltà di raccordare la disciplina in materia di protezione dei dati personali con i rapporti giuridici sostanziali, che costituiscono gli antecedenti causali del trattamento dei dati, cfr. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., pp. 9-15.

tuttavia, l'assenza di pregiudizio per la disciplina di protezione dei dati personali, che può tradursi come un obbligo di interpretazione delle norme contrattuali in modo conforme alle norme di *data protection*. Il corollario, esplicitato dal legislatore europeo, è che in caso di conflitto tra le disposizioni della suddetta direttiva e le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali prevalgono queste ultime (art. 3, par. 8, dir. 2019/770).

Alla luce di tali premesse interpretative, si possono esaminare i rapporti tra dati personali e autonomia privata, oggetto principale di tale capitolo.

2. Dati personali e autonomia privata. La circolazione dei dati personali tra interessi e meccanismi pubblicistici e privatistici

La domanda che delinea l'orizzonte del presente paragrafo, e di quelli seguenti, è formulabile in questo modo: si possono ricostruire degli ambiti di rilevanza giuridica per l'autonomia dei privati, in particolar modo per una dimensione dispositivo-partecipativa del soggetto interessato al trattamento, nel contesto normativo della protezione dei dati personali, che, come si è detto, designa i principi generali, nel senso di binari entro i quali può (*rectius*, deve) muoversi *qualsiasi* fattispecie che coinvolga il trattamento dei dati personali?

Il dato normativo da cui iniziare l'analisi non può che essere rappresentato dalla disciplina delle modalità di circolazione dei dati personali, le quali coincidono con le modalità di trattamento degli stessi, essendo la circolazione solo una delle manifestazioni dell'ampia nozione di trattamento³⁴⁸. L'art. 6, par. 1 del RGPD definisce sei basi giuridiche che legittimano il trattamento: il consenso dell'interessato (lett. a)); la necessità del trattamento per l'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o per l'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (lett. b)); la necessità del trattamento per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (lett. c)); la necessità del trattamento per la

³⁴⁸ La presenza, all'interno della l. n. 675/96, di distinte disposizioni per il trattamento in generale e per le fasi di comunicazione e diffusione dei dati personali aveva dato àdito a problemi interpretativi circa i rapporti tra trattamento e circolazione. Sul punto, v. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, cit., pp. 119-140. Tali problematiche sono state superate dal venir meno di tali distinzioni nella riforma del 2003 e, a maggior ragione, nel RGPD che conosce la sola categoria di trattamento.

salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. d); la necessità del trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (lett. e)); la necessità del trattamento per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (lett. f)).

Sebbene la norma presenti le suddette condizioni di liceità del trattamento come un insieme indifferenziato, seguendo per di più un ordine abbastanza casuale, a una lettura più attenta non sfugge che, in realtà, alcune di esse richiamano meccanismi (il consenso o l'esecuzione di un contratto) o interessi (il legittimo interesse di un'impresa³⁴⁹) che potremmo definire privatistici, altre invece rispondono a logiche di stampo pubblicistico (l'adempimento di obblighi di legge o l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri). Come si è già intuito, alla prima classe possono ricondursi le ipotesi di cui alle lettere a), b) e f), mentre alla seconda le ipotesi di cui alle lettere c) ed e), con la lettera d) che sembra porsi in una posizione intermedia, considerando che la salvaguardia degli interessi vitali di una persona fisica certamente non può considerarsi un bene strettamente privatistico. Operata questa sommaria classificazione, è opportuno tuttavia precisare che, stando al regime predisposto dal RGPD, il tipo di interesse o meccanismo, pubblicistico o privatistico, che giustifica un'attività di trattamento dei dati personali poco rileva ai fini della conformazione dello stesso³⁵⁰.

Prendendo in considerazione le basi di trattamento definite "privatistiche", appare evidente che solo nell'ipotesi del consenso si richiede un ruolo attivo dell'interessato, visto che negli altri casi la necessità del trattamento, ora per l'esecuzione di un

³⁴⁹ Il titolare del trattamento, il cui legittimo interesse costituisce condizione di liceità ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. f), RGPD, solitamente è un'impresa, o comunque un ente privato, posto che «l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri» costituisce un'autonoma base giuridica di trattamento ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. e), RGPD.

³⁵⁰ Nella dottrina tedesca, vi è chi denuncia, con toni critici, l'assenza nella disciplina sulla protezione dei dati personali di una distinzione tra rapporti verticali (Stato-cittadino) e rapporti orizzontali (tra privati): A. SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, in *JZ*, 2017, p. 1042. A tal proposito, può segnalarsi anche la riflessione di una dottrina che riscontra nell'argomentazione giuridica un uso distorto del diritto alla *privacy* nelle relazioni interprivate, a causa dell'influenza della concezione pubblicistica di questo diritto: H. COLLINS, *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, LSE Society and Economy Working Papers, n. 6, 2007, p. 19.

contratto, ora per il perseguimento di un legittimo interesse del titolare, esclude dal meccanismo giuridico modellato dal legislatore un'azione dell'interessato, quanto meno sul piano dell'*an* del trattamento. Pertanto, se l'obiettivo che ci si pone in questa sede è interrogarsi sul rilievo che l'autonomia privata (soprattutto quella dell'interessato) assume nel contesto del trattamento dei dati personali, sembra naturale volgere lo sguardo alla base giuridica del consenso, essendo l'unica che può contenere, quanto meno in astratto, l'elemento volontaristico proprio dell'ambito negoziale³⁵¹. In alternativa, se si volesse riconoscere un ruolo all'autonomia dei privati anche quando il trattamento dei dati si legittima in virtù di basi giuridiche ("privatistiche") diverse dal consenso dell'interessato, si dovrebbe presupporre una divaricazione tra l'eventuale *negozio* avente ad oggetto un trattamento di dati personali e la *condizione di liceità* grazie alla quale il trattamento di quei dati diviene possibile ai sensi del RGPD. La rilevanza delle due diverse opzioni ricostruttive sarà percepibile quando si esaminerà la direttiva 2019/770/UE (v. cap. III, § 3.1.). Per il momento, si ritiene opportuno concentrare l'attenzione sul consenso dell'interessato, considerando quest'ultimo comunque uno snodo cruciale dei rapporti tra protezione dei dati personali e autonomia negoziale³⁵².

2.1. Il consenso al trattamento dei dati personali

Il consenso dell'interessato è *una* delle plurime basi giuridiche del trattamento dei dati personali, tuttavia non può passare inosservata la circostanza che sia quella cui il legislatore, europeo e nazionale, ha dedicato maggiore attenzione normativa, e verso la quale si è riversato, forse andando anche oltre le intenzioni legislative, un interesse viscerale della dottrina civilistica³⁵³.

³⁵¹ Cfr. SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1041 ss. secondo il quale il consenso al trattamento dei dati personali costituisce il nucleo fondante di un futuro diritto (tedesco) delle obbligazioni avente ad oggetto i dati personali; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 71, il quale testualmente afferma: «Al fine di verificare se al consenso al trattamento dei dati personali possa essere riconosciuto un ruolo anche in chiave contrattuale, è necessario verificare se tale consenso sia idoneo a connotare la stessa struttura del negozio».

³⁵² Infatti, la dottrina che ha esaminato i rapporti tra autonomia negoziale e protezione dei dati personali non ha potuto non incentrare l'indagine sul consenso dell'interessato: v. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., p. 181 ss.

³⁵³ Per una panoramica dei diversi modelli stranieri in materia di consenso, precedenti alla direttiva 95/46, v. G. COMANDÉ, *Artt. 11-12*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura

In particolare, la dottrina italiana è stata condizionata dall'impostazione della l. n. 675/96, la quale, nel disciplinare le condizioni di legittimità del trattamento, sintetizzava il quadro distinguendo i casi in cui era richiesto il consenso (art. 11) da quelli in cui il consenso non era richiesto (art. 12), avvalorando in questo modo l'inferenza per cui il consenso sarebbe valso da regola, o addirittura da principio, generale, mentre le altre basi giuridiche si sarebbero dovute considerare delle eccezioni. Con il d.lgs. n. 196/2003 si è assistito ad un parziale depotenziamento del ruolo del consenso all'interno dell'impianto del codice in materia di protezione dei dati personali, che ha relegato la sua disciplina all'art. 23, una disposizione non certo primaria rientrando in un capo rubricato «Regole ulteriori per privati ed enti pubblici economici», sotto il titolo III («Regole generali per il trattamento dei dati»), successivo ai ben più incisivi titoli I e II, rispettivamente dedicati ai «Principi generali» e ai «Diritti dell'interessato»³⁵⁴. Quest'ultima impostazione poteva considerarsi più in linea con il dettato della dir. 95/46, la quale guardava al consenso come una tra le diverse ipotesi legittimanti il trattamento (art. 7), ma contemporaneamente, com'è stato opportunamente osservato, faceva trapelare l'assegnazione allo stesso di un ruolo di *primus inter partes*³⁵⁵.

Sulla stessa scia, e forse in modo ancora più netto, si pone il reg. (UE) 2016/679, nel quale alla disposizione "neutra" del succitato articolo 6, che equipara tutte le condizioni di liceità del trattamento, fa seguito un articolo 7 interamente incentrato sul(le) condizioni di validità del) consenso, con i considerando 32, 33, 42 e 43 che chiariscono la portata dei requisiti dello stesso³⁵⁶. Mettendo insieme queste disposizioni, i cui tratti fondamentali sono riassunti nella definizione di cui all'art. 4, n. 11, RGPD, risulta che il consenso dev'essere informato/consapevole,

di), *La tutela dei dati personali*, Padova, 1997, pp. 106-109, ove si segnalava la presenza di un modello più ristrettivo, che ammetteva l'elaborazione dei dati solo nei casi in cui l'ordinamento lo riconoscesse espressamente o l'interessato avesse prestato il consenso, al quale potevano ricondursi la legge austriaca, la legge tedesca e la legge svedese, e un modello più liberale, che limitava il requisito del consenso ai soli dati sensibili, al quale corrispondevano la legislazione francese e, in parte, il *Privacy Act* statunitense. In posizione intermedia, si poneva la legislazione spagnola.

³⁵⁴ BUSNELLI, *Dalla legge al "codice": un dilemma, una sfida*, cit., XXXIX-XL. *Contra* Cass. 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, p. 533 ss., con nota di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, ove si ritiene che l'art. 23 ponga uno dei principi fondanti della materia «anche per la collocazione sistematica della disposizione nel Titolo 3 del Codice».

³⁵⁵ Così SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., p. 626.

³⁵⁶ Cfr. A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 35, la quale ritiene che «[i]l Regolamento conferma la centralità della disciplina del consenso, come condizione di legittimità del trattamento dei dati».

espresso/inequivocabile, specifico e libero. L'art. 7, quanto meno nei parr. 1 e 2, che dispongono l'obbligatoria dimostrabilità del consenso da parte del titolare e l'indispensabile distinguibilità della richiesta del consenso dalle altre materie oggetto di una dichiarazione scritta, assume il compito di definire i *mezzi* per la soddisfazione di alcuni precisi *elementi-fini* del consenso, quali la manifestazione espressa/inequivocabile e la specificità. Per quanto concerne i requisiti di consapevolezza e libertà, il rapporto "mezzi-fini" è meno lineare. Alla libertà del consenso, infatti, è dedicato il par. 4 dell'art. 7, che, tuttavia, non indica cosa il titolare deve fare (o non fare) perché l'interessato presti un consenso libero; piuttosto, la norma è rivolta all'interprete, al quale si richiede, in fase di accertamento del requisito in questione, di prestare particolare attenzione alla circostanza che «l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto».

Rinviando più avanti per un'analisi approfondita di tali requisiti, in particolare quello di libertà (v. cap. III), si intende qui segnalare che, oltre alle norme citate, ve ne sono altre nel RGPD che si occupano del consenso e dimostrano il rilievo sistematico che dev'esserli riconosciuto. Si pensi, ad esempio, all'art. 8 che disciplina nel dettaglio il consenso prestato dai minori e all'art. 9, par. 2, lett. a), che considera il consenso un'ipotesi scriminante del divieto di trattamento di categorie particolari di dati personali stabilito dal par. 1 del medesimo art. 9. Oppure ancora si pensi all'art. 17, par. 1, lett. b), che individua nella revoca del consenso uno dei presupposti per l'esercizio del diritto di cancellazione dei dati personali, oggi rubricato anche come «diritto all'oblio», e all'art. 20, par. 1, lett. a), che attribuisce all'interessato il (nuovo) diritto alla portabilità dei dati proprio qualora il trattamento si basi sul consenso.

Si condivide, quindi, l'opinione di quella dottrina che, pur prendendo atto dei differenti modelli circolatori riguardanti i dati personali, riveste la regola del consenso di «un ruolo fondamentale, non tanto per la sua rilevanza pratica, quanto, appunto, per i suoi riflessi sul piano sistematico»³⁵⁷. Orbene, le prospettive che hanno provato a "resistere" a una lettura esclusivamente rimediale della disciplina di protezione dei dati personali (v. *supra* § 1), ricorrendo alle categorie para-proprietarie (§ 1.1) o, in

³⁵⁷ MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, cit., p. 551.

maggioranza, a quelle della personalità (§ 1.2), hanno costruito l'impalcatura "sostanzialista" soprattutto sull'istituto del consenso³⁵⁸. Tale assunto, in realtà, potrebbe essere criticato mettendo in luce, in un'ottica empirica, i limiti (protettivi) del consenso³⁵⁹ dimostrati dal c.d. paradosso della *privacy*³⁶⁰ e amplificati dalle tecniche in voga nell'attuale ambiente digitale³⁶¹. Non si tratterebbe, tuttavia, di una critica calzante: *in primis* perché oblitera il dato normativo vigente che assegna ancora, come si è visto, un ruolo di rilievo al consenso dell'interessato, ma soprattutto perché – andando oltre la visuale puramente positivista – la presa d'atto delle debolezze della logica consensualistica in chiave di consapevolezza del soggetto debole non deve necessariamente condurre al suo *totale* abbandono, considerato che le altre basi giuridiche del trattamento dei dati personali risultano essere comunque *meno* protettive dell'interessato³⁶².

Tornando al piano sistematico, si ritiene dunque che lo sforzo classificatorio compiuto dalla dottrina con riguardo alla natura giuridica da attribuire al consenso possa essere considerato, oltre che l'effetto di un'«ansia catalogatoria»³⁶³, il tentativo

³⁵⁸ Cfr. sul punto MAZZAMUTO, *Il principio del consenso*, cit., p. 996, ove si osserva che «i poteri riconosciuti all'interessato dalla normativa sulla tutela della *privacy* [...] non sono tutti riconducibili alla sfera rimediabile: alcuni infatti si collocano nella *fase sostantiva* della creazione dell'identità dell'individuo. Tra di essi, il consenso dell'interessato» (corsivo aggiunto).

³⁵⁹ Il primo a segnalarli, nella dottrina italiana, fu Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., p. 45 ss.

³⁶⁰ B. BROWN, *Studying the internet experience*, HP Laboratories Technical Report, 2001, disponibile online su: <https://www.hpl.hp.com/techreports/2001/HPL-2001-49.pdf>; S. SPIEKERMANN, J. GROSSKLAGS, B. BERENDT, *E-privacy in 2nd Generation E-Commerce: Privacy Preferences versus actual Behavior*, in *Proceedings of the 3rd ACM conference on Electronic Commerce*, October 14-17, 2001, p. 38 ss.; P.A. NORBERG, D.R. HORNE, D.A. HORNE, *Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, in *The Journal of Consumer Affairs*, 2007, p. 100 ss.; S. KOKOLAKIS, *Privacy attitudes and privacy behaviour: A review of current research on the privacy paradox phenomenon*, in *Computer and Security*, 2017, p. 122 ss.. Il paradosso della *privacy* è ormai un tema noto, v. M. AINIS, *Il regno dell'uroboro*, Milano, 2018, p. 31 ss.

³⁶¹ In un'ottica giuridica, vedi i recenti studi di L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 363 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, pp. 89-105; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, pp. 124-147.

³⁶² Il punto verrà ripreso nel prosieguo del lavoro fornendo indicazioni più puntuali. Si approfitta fin d'ora, comunque, per prendere le distanze dalla proposta radicale di «un sistema in cui la prestazione del consenso non venga più richiesta, restando un residuo diritto al controllo sui propri dati, ove intercettati, trattati secondo regole procedurali ispirate a correttezza, alla minimizzazione del rischio di perdita, e a valutazioni di sicurezza, sulla scia della valorizzazione di un sistema di trattamento responsabile (*accountability*) del titolare, che è stato promosso dalla nuova disciplina»: così CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 103.

³⁶³ STICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., p. 627.

dogmatico di rispondere al quesito circa i rapporti che si delineano tra la disciplina di protezione dei dati personali e alcuni istituti civilistici tradizionali, per la circostanza evidente che la qualificazione del consenso al trattamento dei dati in termini di *negozio* sancirebbe un legame con l'autonomia privata, ed eventualmente col contratto³⁶⁴, certamente diverso da una sua qualificazione in termini di *autorizzazione* o di *consenso dell'avente diritto*³⁶⁵.

2.1.1. Natura giuridica

Alla luce di quanto detto sopra, risulta opportuno passare in rassegna i molteplici orientamenti della dottrina italiana in ordine alla natura giuridica del consenso al trattamento dei dati personali. Un *caveat*, però, è doveroso: con l'introduzione del RGPD il concetto di consenso al trattamento si è del tutto *europizzato* e anche la sua natura giuridica non può ritenersi più terreno di speculazione dogmatica delle diverse dottrine e giurisprudenze nazionali, considerato il primato interpretativo da riconoscersi alla Corte di giustizia dell'UE³⁶⁶. Senza trascurare tale fondamentale premessa, si opera qui una ricognizione dei vari contributi sul punto.

Per una maggiore facilità espositiva, sembra possibile raggrupparli in tre tesi: la tesi negoziale, la tesi anti-negoziale e la tesi della duplice natura. Tuttavia, si tenga conto che all'interno di ciascuna delle tre tesi individuate vi sono comunque delle divergenze tra gli autori che verranno richiamati e, ove possibile, si proverà a metterle in evidenza. Peraltro, mentre le opinioni che si fanno confluire nella tesi negoziale e in quella anti-negoziale sembrano accomunate da un nucleo forte che ne consente l'assimilazione, non altrettanto può dirsi per la tesi della duplice natura, di stampo più

³⁶⁴ In realtà, per sancire un legame col contratto non sarebbe sufficiente il carattere negoziale del consenso, ma bisognerebbe procedere allo scrutinio di altri elementi, quali la vincolatività e la patrimonialità del rapporto giuridico instaurato (art. 1321 c.c.). Tuttavia, non manca chi ritiene che il connotato della patrimonialità discenda già dalla qualifica di atto dispositivo: v. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso*, cit., p. 1023.

³⁶⁵ A dire il vero, però, la natura giuridica del consenso dell'avente diritto è parecchio controversa sul piano della teoria generale. Si discute, anche in questo caso, se si debba preferire la qualificazione negoziale o quella non negoziale. Per i principali riferimenti nella letteratura italiana e tedesca, v. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 255, note 24 e 25.

³⁶⁶ Cfr. SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1043; per una prospettiva autenticamente europea sul consenso al trattamento, v. F. FERRETTI, *A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 473 ss.

residuale, nella quale il collante tra le opinioni compendiate si riduce nel tentativo di superare i limiti riscontrati nelle prime due tesi, sulla scorta di percorsi argomentativi non del tutto sovrapponibili.

2.1.1.1. (*Segue*) La tesi negoziale

Gli argomenti addotti a sostegno della tesi negoziale non sembrano essere particolarmente sofisticati sul piano dogmatico, facendo discendere la loro principale forza persuasiva soprattutto dall'aderenza al sostrato reale. Infatti, l'autorevole dottrina che ha propugnato tale qualificazione si è limitata, innanzitutto, a far notare che l'atto del consenso ha certamente un'incidenza nella sfera di chi lo concede, da cui l'interrogativo retorico: «Questa incidenza da che cosa può essere determinata se non da un atto di volontà?». In secondo luogo, dal dato *pre-giuridico* in base al quale i dati personali, in quanto elementi della sfera personale, appartengono al soggetto «senza che sia necessario stabilire se il titolo sia “proprietario” o meno», si può far discendere che ciò «è sufficiente per configurare l'atto di cui si discute come atto di disposizione»³⁶⁷.

Un'altra autorevole dottrina, ponendosi il problema della prospettiva da adottare rispetto al consenso, non riserva dubbi sulla necessità di assumere una dimensione negoziale e, rispetto all'ulteriore quesito circa la validità di un consenso oneroso, condizionato o a termine, la risposta fornita è stata affermativa, o meglio: «e perché no?». Anche in quest'ultima opinione, il dato empirico ha giocato un ruolo rilevante per il riconoscimento della natura negoziale, prendendo atto che «alcune forme improprie di negoziazione già ci sono» e i problemi maggiori risiedono non tanto nel riconoscimento o meno della dimensione negoziale, quanto sul piano dell'«asservimento definitivo» dell'interessato³⁶⁸.

³⁶⁷ G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 124.

³⁶⁸ Così S. RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 308. Alla luce di quanto si dirà in seguito circa i timori degli antagonisti della tesi negoziale di legittimare in tal modo un mercato dei dati personali, con il risultato di incidere negativamente sul livello di tutela della persona, non sembra irrilevante che un autore come Rodotà, pioniere della protezione dei dati personali e non certo simpatizzante verso logiche prettamente mercantili, abbia preso posizione a favore della natura negoziale del consenso al trattamento. D'altra parte, il riconoscimento di tale natura non impedisce, anzi probabilmente suggerisce, di evidenziare i limiti del consenso stesso, in considerazione della disparità di potere nell'ambito del trattamento dei

A siffatti rilievi faceva da sponda, in passato, il lessico normativo della l. n. 675/96, che discorreva di forma e requisiti di validità del consenso, richiamando alla mente istituti tipici dell'area negoziale³⁶⁹. La terminologia più asettica adottata dal legislatore europeo nel RGPD, ove l'art. 7 riporta la rubrica «Condizioni per il consenso», inevitabilmente ha spuntato le armi all'argomento letterale. Ciononostante, non manca chi rinviene nel nuovo testo regolamentare, in particolare nella previsione di cui all'art. 8 sul consenso del minore, una «spiccata connessione e vicinanza con le tematiche del consenso negoziale»³⁷⁰.

Passando al piano dogmatico, ai più è sembrato che il presupposto per abbracciare la tesi negoziale del consenso dovesse fondarsi sulla configurazione dei dati personali come un vero e proprio bene giuridico su cui poter fare ricadere gli effetti di un atto di disposizione. Tuttavia, non tutti affrontano la questione nella medesima maniera. Secondo alcuni, il problema appare di pronta risoluzione in quanto, alla luce della disciplina in materia di protezione dei dati personali, questi ultimi sono suscettibili di formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.) e risultano «cedibili, trasferibili, scambiabili», dando vita a rapporti negoziali, obbligatori e contrattuali³⁷¹. In tale opinione, è evidente che, a monte, si presuppone un atto di volontaria disposizione da parte dell'interessato. Altri, invece, riscontrano delle difficoltà nel qualificare il dato personale come bene, così che, come si vedrà meglio più avanti (*infra* § 2.1.1.3), nel momento in cui intendono dimostrare la natura negoziale del consenso, il percorso argomentativo diventa molto più sofisticato. Si è sostenuto, ad esempio, che il consenso al trattamento rileverebbe come dichiarazione negoziale solo «in concreto», posto che la disciplina in materia di protezione dei dati personali non sembra prendere in considerazione il dato personale quale bene in sé rilevante. In altri termini, intende dirsi che, a fronte di

dati personali. E, ancora, non implica una ricostruzione del diritto all'autodeterminazione informativa, così come del diritto alla protezione dei dati personali, in una dimensione puramente negoziale, posto che il consenso non è certo l'unica base giuridica del trattamento dei dati. Per tale ordine di considerazioni, cfr. ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., pp. 599-660.

³⁶⁹ V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 117.

³⁷⁰ RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 721. Secondo tale autore, l'art. 8 del RGPD, subordinando la liceità del trattamento dei dati personali del minore, basato sul consenso di quest'ultimo, alla circostanza che il medesimo soggetto abbia compiuto sedici anni, ha posto «una capacità d'agire speciale comune a tutti gli Stati membri ma diversa da quella operante, a livello di regola generale, nei vari ordinamenti» (ID., *op. ult. cit.*, p. 723).

³⁷¹ ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, cit., pp. 168-169.

un dato normativo ambiguo, è solo la prassi a “legittimare” il passaggio dei dati personali dalla sfera dell’*essere* alla sfera dell’*avere*³⁷².

Questione ulteriore rispetto a quella di cui si sta trattando è se il consenso, oltre ad avere natura negoziale, integri una fattispecie contrattuale che consti di una proposta (del titolare) e di un’accezione (dell’interessato). Favorevolmente a tale configurazione si schiera una parte della dottrina³⁷³, ma la legittimità di una simile operazione qualificatoria appare debole. La mera circostanza che sia il titolare del trattamento a richiedere il consenso dell’interessato è insufficiente per inferire la presenza di un negozio *bilaterale* che abbia ad oggetto il *solo* trattamento dei dati personali. Inoltre, è vero che dal consenso prende corpo un rapporto giuridico, tra titolare e interessato, retto da norme che, in qualche modo, rimandano al rapporto giuridico obbligatorio (su tutte, la regola di correttezza nel trattamento), ma la (piena) sussunzione alla fattispecie contrattuale, definita nei suoi tratti essenziali dagli artt. 1321 e 1325 c.c., richiede uno sforzo qualificatorio ben maggiore, dovendosi innanzitutto accertare che il rapporto relativo al trattamento dei dati sia, *di per sé*, cioè a prescindere dalla connessione con altri elementi, un rapporto giuridico patrimoniale³⁷⁴. Può concludersi, dunque, che il consenso al trattamento è un atto a struttura unilaterale³⁷⁵, negoziale o meno che sia la sua natura. Ciò non esclude che il fenomeno contrattuale possa rappresentare un referente concettuale, come sovente avviene per gli atti di natura negoziale, ma è ben diverso dal ricondurre *qualsiasi* trattamento dei dati personali basato sul consenso dell’interessato alla fattispecie di contratto.

³⁷² MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, cit., pp. 569-570.

³⁷³ In via incidentale, OPPO, *op. ult. cit.*, p. 123; compiutamente, F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, II, *Profili applicativi*, Torino, 1999, pp. 90-91.

³⁷⁴ Invero, mentre la presenza di *altri* elementi, quali la presenza di un corrispettivo o il fatto che il consenso assuma le vesti di una prestazione contrattuale, non incide sulla natura del consenso (così MAZZAMUTO, *Il principio del consenso*, cit., p. 1022), non sembra potersi affermare altrettanto con riguardo al profilo della patrimonialità, che non appare insensibile a simili circostanze, a meno di non assumere come postulato il «carattere ontologicamente non patrimoniale dei dati personali» (sempre ID., *op. ult. cit.*, p. 1026). Tali aspetti verranno ripresi più in avanti.

³⁷⁵ Si sta utilizzando il termine «unilaterale» in modo neutro, privo di quella ulteriore carica semantica che lo contrappone a «relazionale», come si ritrova in MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 353-354; S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 162.

2.1.1.2. (Segue) La tesi anti-negoziale

La tesi negoziale appena esposta ha attirato diverse critiche da una parte della dottrina. Tali critiche, in alcuni casi, sono apparse quasi apodittiche³⁷⁶, mentre, in altri casi, sono state il frutto di lunghe elaborazioni di notevole sforzo concettuale³⁷⁷. Per comprendere l'impianto delle critiche alla natura negoziale del consenso al trattamento dei dati personali, è opportuno chiarire alcune premesse.

Il riconoscimento al consenso di siffatta natura viene considerato, dai suoi detrattori, in stretta connessione con l'attribuzione allo stesso della qualifica di atto dispositivo. Da qui, stando alla definizione di atto di disposizione come negozio che produce una alterazione soggettiva nell'esercizio di una determinata situazione giuridica per mezzo di effetti traslativi, modificativi o estintivi di quest'ultima³⁷⁸, l'idea secondo la quale la tesi negoziale condurrebbe a leggere le vicende giuridiche determinate dal consenso come delle vicende di tipo derivativo-constitutivo o derivativo-traslativo³⁷⁹. Effetti che richiederebbero, inoltre, la presupposizione di un processo di reificazione dei dati personali, che consentirebbe di riferire a questi ultimi le logiche e i moduli della circolazione dei beni³⁸⁰.

Gli antagonisti della natura negoziale del consenso, individuando in tali proposizioni la base concettuale e i corollari, a volte impliciti, della tesi avversata, focalizzano l'attenzione critica su di esse per concludere che l'idea di un consenso negoziale è priva di fondamento. In particolare, si ritiene che «il concetto di bene, in base alle sue proprietà formali, costituisca un *medium* non idoneo alla riproduzione di

³⁷⁶ Per una presa di posizione netta, senza dilungarsi troppo sul punto, v. S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 466.

³⁷⁷ Su tutte, merita menzione la posizione di MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 350 ss. (in part. p. 354); per una ripresa di tali argomentazioni, con l'aggiunta di alcuni chiarimenti e/o correttivi, v. FICI, PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 502 ss., e MAZZAMUTO, *Il principio del consenso*, cit., pp. 1021-1030.

³⁷⁸ Negli scritti di ORESTANO, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 144 e Mazzamuto, *op. ult. cit.*, pp. 1022-1023 si richiamano le definizioni di atto dispositivo che si riscontrano, rispettivamente, in S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Univ. Messina*, 1927, p. 165 ss. e L. MENGONI, F. REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss. La definizione di cui nel testo prende spunto da questi riferimenti. Tuttavia, si deve qui accennare che la "sostituzione soggettiva", caratterizzante la definizione di Pugliatti, non è pacificamente considerata l'elemento tipico dell'atto dispositivo. Per cenni circa le diversità in dottrina sul punto, rilevanti ai fini della delineazione del carattere di indisponibilità dei diritti della personalità, v. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 82. Si riprenderà la questione più avanti.

³⁷⁹ Cfr. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 353; FICI, PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 505.

³⁸⁰ Sulla reificazione dei dati personali per il tramite del consenso, v. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, cit., p. 121.

fenomeni che avvengono nell'accesso e nella circolazione dei dati personali»³⁸¹, i quali, ad avviso della medesima dottrina, in quanto aspetti del valore giuridico della persona, finché rimangono legati a quest'ultima, difetterebbero della necessaria oggettività. Un'altra autorevole dottrina, pur muovendosi su linee di pensiero contigue, ravvisa invece nella (non) patrimonialità il principale ostacolo alla qualificazione negoziale del consenso al trattamento, dando per assunto il carattere «oggettivamente» e «ontologicamente» non patrimoniale dei dati personali, oltre che la loro natura indisponibile, che riposerebbe non tanto su ragioni dogmatiche, quanto sul «nudo dato positivo, che in maniera inequivocabile esclude la dismissibilità definitiva delle informazioni di carattere personale»³⁸².

Soffermandosi sul quadro normativo, si è valorizzata soprattutto un'interpretazione globale della disciplina di protezione dei dati, tenendo conto dei poteri rimediali dell'interessato e dei requisiti di validità del consenso. In questa prospettiva, il controllo esercitabile dall'interessato sul trattamento, inclusivo di poteri «riappropriativi» tra cui la facoltà di revocare il consenso³⁸³, si concilierebbe solo con la natura autorizzatoria del consenso stesso. Peraltro, pur riconoscendosi al consenso una efficacia conformativa del trattamento dei dati, si sostiene che i vincoli per il titolare del trattamento non sarebbero «l'effetto immediato di un atto di volontà (negoziale), bensì la conseguenza indiretta (ma necessaria) di un atto di esercizio da parte dell'interessato della propria libertà di autodeterminazione»³⁸⁴.

Nonostante la convinta impossibilità di configurare il consenso in termini di atto dispositivo, le diverse voci dottrinali della tesi qui esposta concordano nel riservare comunque un'area di rilevanza agli strumenti negoziali, in particolare il contratto, nell'ambito del trattamento dei dati personali. Si tratterebbe, tuttavia, di un momento necessariamente successivo, un *posterius* rispetto al consenso al trattamento, il quale ha la primaria funzione di rimuovere il dovere generale di astensione che tutela il valore giuridico della persona³⁸⁵. Alla luce di questi ultimi rilievi, l'esclusione della

³⁸¹ MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 350-352.

³⁸² MAZZAMUTO, *Il principio del consenso*, cit., pp. 1026-1028.

³⁸³ V. però le distinzioni di VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso*, cit., pp. 163-170.

³⁸⁴ FICI, PELLECCCHIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 504; *contra* MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, pp. 1025-1026.

³⁸⁵ MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione di poteri individuali*, cit., pp. 351-352, 364-365; su posizioni sostanzialmente analoghe FICI, PELLECCCHIA, *op. ult. cit.*, p. 506; con accenti lievemente differenti MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, pp. 1026-1027.

natura negoziale del consenso al trattamento non è intesa in senso del tutto preclusivo al riconoscimento giuridico di ciò che la prassi presenta, cioè l'emersione di un mercato delle informazioni personali.

2.1.1.3. (Segue) La tesi della duplicità della natura e/o dei consensi

La frattura evidente tra gli orientamenti negoziali e quelli anti-negoziali ha sollecitato la dottrina successiva nel verso di un ravvicinamento delle tesi appena descritte. Tali tentativi sono caratterizzati da una disarticolazione del dato normativo e dei referenti concettuali, tale da condurre all'individuazione di *più* nature giuridiche e/o *più* consensi. Come si è già accennato, tuttavia, si tratta di un raggruppamento di opinioni non proprio omogeneo, avente il carattere della residualità.

La pluralità di fattispecie tipizzate di consenso nell'ambito della l. n. 675/96, insieme all'intreccio dei poteri di controllo sul trattamento, ha indotto uno dei primi commentatori della disciplina a intravedere nel consenso – anzi, nei consensi – dell'interessato un superamento degli schemi noti, tanto da intenderlo a volte «come un istituto di stampo civilistico», altre volte dotato di «un *quid pluris*» che, da un lato, lo allontana dalla retorica della volontà e, dall'altro, lo “degrada” a mera autorizzazione. La linea di demarcazione più evidente viene posta tra i dati «ordinari» o «comuni» e i c.d. dati sensibili³⁸⁶. Tale distinzione, in funzione di criterio discernente rilevante, è ripresa anche da chi assegna al consenso una natura negoziale solo «in concreto», in virtù delle tecniche di commercializzazione dei dati personali conosciute dal mercato, precisando che un tale “salto (socio)logico” sarebbe lecito esclusivamente con riguardo ai dati comuni, non invece per i dati sensibili, che resterebbero ancorati al regime di consenso autorizzatorio emergente dal contesto normativo³⁸⁷. La figura del consenso declinato al plurale, come *consensi*, è stata apprezzata inoltre da quella parte di dottrina che ha preferito non prendere posizione sul *nomen iuris*, limitandosi

³⁸⁶ V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 26-27.

³⁸⁷ MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, cit., pp. 572-574, ove tuttavia si precisa ulteriormente che per i dati sensibili, il cui trattamento sia stato previamente autorizzato dall'Autorità garante, il regime giuridico è identico a quello relativo ai dati la cui circolazione è vincolata al solo consenso dell'interessato (chiaramente si fa riferimento al regime vigente sotto l'originario d.lgs. n. 196/2003).

a definire il consenso un «elemento di una fattispecie legale a contenuto e disciplina composita»³⁸⁸.

Infine, il tentativo più articolato di superamento delle frizioni tra la tesi negoziale e quella autorizzatoria è stato compiuto da chi, attingendo soprattutto dall'*humus* della letteratura industrialista sui diritti della personalità, giunge fino a configurare, nell'ambito della disciplina di protezione dei dati personali, *due* distinti *diritti* (il diritto personalissimo sulle informazioni e il diritto patrimoniale sui dati personali), con sottesi *due* distinti *beni* giuridici tutelati (l'uno – la notizia – di «contenuto informativo-valutativo [che può] costituire segno distintivo e identificativo della persona»; l'altro – il dato – che, «come mezzo di diffusione della notizia [...] può perdere il suo connotato esclusivo di attributo della personalità per assumere la fisionomia di entità patrimonialmente valutabile»), così da ricostruire un consenso “autorizzativo”, operante in relazione ai primi, e un consenso “vincolante”, con riferimento ai secondi³⁸⁹.

Tali sforzi ermeneutici, tuttavia, sembrano ripiegare, in modo più o meno esplicito, sulla scissione tra «personale» e «patrimoniale», tra essere e avere, tipica dei diritti di proprietà intellettuale, come se questa via fosse l'unico modo per sottrarsi alle contraddizioni logico-concettuali, prima ancora che normative, derivanti dallo sfruttamento economico degli attributi della personalità. Così ragionando, in modo piuttosto paradossale, sembrerebbe che *scindere* diventi l'unica strada per salvare l'unità, *alias* l'integrità, dell'*ipse* e dell'*idem*³⁹⁰.

³⁸⁸ SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., p. 640.

³⁸⁹ MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., *passim* (in part. pp. 21-23; 62-65).

³⁹⁰ Su tali aspetti, v. le considerazioni critiche di MIGNONE, *Identità personale e potere di disposizione*, cit., p. 368 ss. e soprattutto di RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 238 ss., ove si denuncia l'equivoco di fondo consistente «nel presupporre che il sistema di tutela civile della persona rappresenti – ed abbia sempre rappresentato – una sorta di «isola» che il mare dei rapporti patrimoniali potrebbe soltanto lambire ma non penetrare» (p. 241). Di conseguenza, «piuttosto che postulare un'artificiosa distinzione tra tipologie di interessi, che nella multiformità del reale si presentano il più delle volte inscindibilmente connessi, è forse più produttivo riconoscere apertamente che il potere di controllo sullo sfruttamento commerciale della personalità rappresenti una parte integrante del diritto della personalità e che questo, pertanto, non possa più essere ricostruito come puro e semplice *droit de défense*, ma diritto a struttura duplice e contenuto complesso» (p. 245). Così da potersi concludere che «le due componenti del diritto, benché concettualmente distinguibili, sono tra loro strettamente interrelate: l'indissociabilità degli interessi coinvolti osta all'applicazione di regole differenziate ed in particolare rende inconfigurabile [...] qualsiasi fenomeno di distacco a titolo definitivo delle prerogative patrimoniali di sfruttamento» (p. 246). Critico nei confronti della scissione del consenso in due momenti anche A. NATUCCI, *Garanzia della riservatezza e consenso al trattamento dei dati personali*, in P. CAVALIERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003, pp. 456-458.

2.2. Relativizzazione delle diversità qualificatorie e utilità di un'interpretazione sistematica

Il dibattito circa la natura giuridica del consenso al trattamento dei dati personali apre una questione metodologica sull'efficacia di adottare un approccio classificatorio-deduttivo, quello cioè basato sulla preliminare qualificazione della natura giuridica di un atto per individuare successivamente la disciplina ad esso applicabile. A tal riguardo, in dottrina si è segnalato che l'approccio in questione risulta frequentemente fallace e improduttivo³⁹¹.

Con riguardo al caso specifico del consenso al trattamento dei dati personali, si osserva che la scelta dell'una o dell'altra opzione qualificatoria non ha particolare rilievo sul piano pratico, una volta che si rileva che la natura giuridica non è dirimente ai fini della qualificazione contrattuale o aquiliana dell'eventuale illecito in tema di trattamento di dati³⁹². Inoltre, da una parte, si è opportunamente evidenziato come «la natura negoziale non sia affatto incompatibile con la definizione di un regime differenziato quanto, ad esempio, alla capacità, ai vizi del consenso o alla stessa revocabilità»³⁹³. Dall'altra parte, come si è già visto, i sostenitori della natura autorizzatoria non escludono una funzione regolamentare del consenso, propedeutica all'utilizzo del contratto come strumento di composizione degli interessi economici ricadenti sul trattamento dei dati personali. Può prendersi contezza, dunque, che le differenze tra le due tesi affondano più sul piano ideologico e dogmatico che su quello pratico-operativo. Ciò non significa, tuttavia, che le diverse ricostruzioni teoriche non possano esercitare un'influenza sul piano interpretativo. Ricondurre il divieto normativo di una certa operazione negoziale alla logica dell'indisponibilità dei diritti della personalità, o alla ineludibile non-patrimonializzazione di certi interessi, è chiaramente diverso dal rintracciare la *ratio* del medesimo divieto nell'endemic

³⁹¹ G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 304, ove alle note 13 e 15 si trovano riferimenti anche alla dottrina tedesca.

³⁹² SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., p. 639.

³⁹³ RESTA, *op. ult. cit.*, p. 305. Più in generale, sugli scarsi rilievi applicativi della disputa in merito alla natura del consenso dell'avente diritto nell'ambito dei diritti della personalità, v. ID., *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 256-257.

asimmetria contrattuale tra le parti³⁹⁴. Per non scadere, allora, in convinzioni aprioristiche o in pure speculazioni dogmatiche, il punto di partenza dovrà sempre essere costituito dal dato normativo e dalla sua interpretazione teleologica.

In una tale prospettiva funzionalistica, si ritiene opportuno mettere in evidenza che, per quanto concerne il tema dello sfruttamento economico (del diritto alla protezione) dei dati personali, i principali nodi problematici attengono, da un lato, all'effettiva portata del concetto di disposizione, premessa necessaria per comprendere il postulato dell'indisponibilità dei diritti della personalità, e, dall'altro, alle modalità di tutela della stessa personalità c.d. morale³⁹⁵, intrinsecamente dinamica³⁹⁶, rispetto all'effetto dismissivo-vincolante proprio di certi atti di carattere patrimoniale (arg. ex artt. 1174, 1321, 1372 c.c.).

Tali questioni non possono dirsi certamente nuove, considerato lo sviluppo commerciale che, ormai da diversi decenni, caratterizza due diritti della personalità tipizzati, quali il diritto al nome e il diritto all'immagine. Oltre che al piano della prassi sociale, è proprio al dettato normativo che bisogna volgere lo sguardo, essendovi nel nostro ordinamento delle specifiche regole da cui può desumersi la disponibilità di tali diritti. Pertanto, risulta opportuno richiamare tali norme, insieme alla letteratura formatasi su di esse, per adottare un approccio sistematico³⁹⁷ con riferimento ai casi di

³⁹⁴ Si muove opportunamente in questa prospettiva di differenziazione delle diverse *ratio* disciplinari S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, p. 513 ss., le cui riflessioni verranno riprese nel prossimo capitolo.

³⁹⁵ Sulla distinzione tra personalità fisica e personalità morale, declinata sul crinale della differenziazione tra attributi materiali e immateriali della personalità, v. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., *passim*; ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 437; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, pp. 139-140. *Contra*, ponendo l'accento sul carattere accomunante dell'autodeterminazione soggettiva, v. G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 364 ss.

³⁹⁶ In dottrina, si preferisce talvolta utilizzare il concetto di identità personale in funzione onnicomprensiva di un campo di interessi espressivi del "flusso di personalità", operando una semantizzazione diversa rispetto a quella utilizzata, sul piano tecnico-operativo, quando si parla di diritto all'identità personale in sede giurisprudenziale: cfr. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, cit. p. 92 ss. (in part. p. 101, ove si ritiene che la vera natura dell'identità personale sia «quella di una componente ineliminabile del fatto da qualificare, che incide sul procedimento di qualificazione introducendo un elemento di differenziazione di cui l'interesse deve tenere conto, pena la violazione della gerarchia delle fonti»). Così facendo, la distinzione tra personalità fisica e personalità morale tende a sfumare e si finisce per prendere in considerazione fattispecie anche molto diverse tra loro, accomunate dalla costruzione del flusso identitario più che da statuti normativi omogenei. Infatti, nella sua analisi, l'autore in questione menziona, accanto alle disposizioni di attributi quali nome, immagini e dati personali, anche la donazione di organi c.d. *cross-over*, i contratti di convivenza e gli accordi preventivi sulla crisi familiare (pp. 272-273).

³⁹⁷ Sulla «centralità dell'argomentazione sistematica», cfr. BELFIORE, *Interpretazione della legge e analogia*, cit., p. 11.

trattamento economico dei dati personali³⁹⁸. Un approfondimento delle teorie elaborate sul nome e sull'immagine non può che essere il punto di partenza per impostare eventuali rapporti di analogia o dissonanza con le fattispecie in esame³⁹⁹.

3. La disponibilità degli attributi immateriali della personalità: il paradigma del nome e dell'immagine

Com'è noto, il diritto al nome e il diritto all'immagine sono pacificamente annoverati, quanto meno dagli aderenti alle concezioni soggettivistiche⁴⁰⁰, tra i diritti della personalità tipizzati. Per quanto riguarda il diritto al nome, le disposizioni codicistiche rilevanti sono gli artt. 6-8 c.c. (con l'art. 9 che semplicemente estende allo pseudonimo "qualificato" la tutela prevista dall'art. 7), mentre, per il diritto all'immagine, la disposizione di riferimento è l'art. 10 c.c. A queste scarse enunciazioni normative se ne devono aggiungere altre rinvenibili nell'ambito della legislazione speciale: in particolare, vanno richiamati, per il nome, l'art. 8, co. 2 e 3, d.lgs. n. 30/2005 (codice della proprietà industriale), che ha sostituito l'art. 21, r.d. n. 929/1942 (c.d. legge marchi), e, per l'immagine, gli artt. 96-97, l. n. 633/1941 (legge sul diritto d'autore).

Va subito rilevato che, in base alla lettera delle norme contenute nel codice civile, è difficile ricostruire il regime giuridico complessivo dei due diritti in esame. Trovando

³⁹⁸ Invece che di sfruttamento economico dei dati personali, si preferisce discorrere di sfruttamento economico *del diritto* (*rectius*, utilizzazione economica del diritto) per porre l'accento sulla facoltà dell'interessato di trarre godimento della propria situazione giuridica soggettiva (tra quelle nominate, il diritto alla protezione dei dati personali sembra possa rappresentare il referente sicuro), evitando in tal modo di impostare la questione sulla configurabilità dei dati come bene giuridico, e dunque come eventuale oggetto dell'atto di disposizione-godimento. A questa ipotesi ricostruttiva sembra potersi ricondurre l'opinione di OPPO, *Sul consenso al trattamento*, cit. p. 124. Cfr. anche PALMIERI, *Personal Data Privacy nell'Information Age tra diritti, regole e mercato*, cit., 2000, p. 111, il quale osserva che, pur essendo difficile la definizione di *property rights* sull'informazione, «in ogni caso, sono ipotizzabili contratti che trasferiscano da un soggetto all'altro determinati poteri e facoltà aventi ad oggetto dati personali riferiti ad una o più persone» (corsivo aggiunto).

³⁹⁹ La medesima scelta, in chiave di una migliore lettura sistematica della disciplina sulla protezione dei dati personali, è compiuta da VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., p. 20 ss. Quest'ultimo, tuttavia, giunge alla conclusione che vi è una netta differenza tra le vicende circolatorie del nome e dell'immagine e quelle relative ai dati personali. Diversamente, reputano la commercializzazione dei dati personali assimilabile alla commercializzazione dell'immagine LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 219; LÉONARD, *Yves, si tu exploitais tes données?*, cit., pp. 670-671.

⁴⁰⁰ Come si è visto parlando della tesi della tutela in forma oggettiva (v. § 1), vi è chi mette in dubbio che i diritti della personalità siano dei veri e propri diritti soggettivi.

applicazione una tutela, di natura inibitoria e risarcitoria, nei soli casi di uso legislativamente vietato o pregiudizievole (artt. 7 e 10 c.c.), si potrebbe ritenere che il legislatore italiano del 1942 non ha inteso predisporre una tutela civilistica per i casi di *mero* sfruttamento economico, del nome e dell'immagine, *non consentito* dal titolare dei rispettivi diritti. Una tale conclusione si fonderebbe su una interpretazione restrittiva della nozione di «pregiudizio», nel senso che laddove non si ravvisi un pregiudizio ai valori della persona, quale potrebbe derivare da una lesione dell'identità personale, del decoro o della reputazione, non vi sarebbe altro spazio per una protezione giuridica del diritto. Si tratterebbe, in fondo, di una tipica *liability rule*, ancorata alla (sola) lesione pregiudizievole, in assenza di un'antecedente allocazione della risorsa che avrebbe dato risalto al consenso del titolare del diritto⁴⁰¹.

Ad avvalorare una simile interpretazione, potrebbe invocarsi il carattere tralazio dell'indisponibilità dei diritti della personalità. Tuttavia, così facendo si ricadrebbe in una pericolosa circolarità tipica delle petizioni di principio, posto che il carattere dell'indisponibilità andrebbe desunto dalla disciplina positiva e non viceversa; in altri termini, esso non può essere utilizzato come premessa per indirizzare l'interpretazione incerta di una norma. D'altronde, l'assunto dell'indisponibilità, pur essendo tramandato nella maggior parte delle trattazioni dei diritti della personalità, non ha un chiaro fondamento normativo⁴⁰², ma viene giustificato piuttosto sul piano esclusivamente dogmatico. In particolare, si fa riferimento all'impossibilità logico-concettuale di configurare, nel caso di specie, l'*oggetto* in modo separato dal *soggetto*, per via dell'adozione di un concetto di disposizione dove si implica una "dismissione", che comporterebbe, per l'appunto, il passaggio del diritto ad un altro soggetto⁴⁰³. Non può trascurarsi, tuttavia, che l'aporia concettuale della *potestas in se ipsum*, presentata come insanabile, è stata scalfita da un'autorevole dottrina che ha opportunamente dimostrato come «qualche aspetto del potere di disposizione appare operante anche nel diritto della personalità: [...] il titolare del diritto della personalità, può in qualche modo e in taluni casi, *disporre dell'esclusività del godimento*, limitatamente a particolare aspetti del potere di cui è titolare ciò nel senso che egli, in tutto o in parte,

⁴⁰¹ Il riferimento è rivolto alla distinzione tra *property rules* e *liability rules* che si ritrova nella "Cathedral" di Calabresi e Melamed, già menzionata nel cap. I.

⁴⁰² Cfr. VERCELLONE, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 1087; ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 438; Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., pp. 250-251.

⁴⁰³ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 81 ss.

può, a volte, *rinunciare* a tale esclusività (o non farsi valere la tutela) nei confronti di una o più persone»⁴⁰⁴.

Escludendo, dunque, l'utilizzo dell'indisponibilità come argomento a favore dell'interpretazione restrittiva degli artt. 7 e 10 c.c., è bene soffermarsi sulle disposizioni della legislazione speciale, in quanto sono proprio esse ad allargare la tutela dei diritti in questione alla sfera economica, con conseguenze significative anche ai fini ricostruttivi.

Tra queste disposizioni, l'art. 96, co. 1, l.d.a. è particolarmente esplicito nel consentire al titolare del diritto all'immagine l'esposizione, la riproduzione e la messa in commercio del ritratto⁴⁰⁵. In realtà, la formulazione legislativa è posta al negativo («Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente»), confermando la tendenza, nel campo dei diritti della personalità, di accentuare il momento della tutela a seguito di una condotta altrui, ma la sostanza non muta. La portata della norma appena descritta viene attenuata nei confronti delle persone notorie dall'art. 97, l.d.a., il quale esenta la riproduzione dell'immagine dalla richiesta del consenso al titolare del diritto in determinate circostanze. Deve però evidenziarsi che la giurisprudenza ha anestetizzato a livello interpretativo i possibili risvolti negativi, sul piano dell'efficienza economica, di una libera circolazione delle immagini delle persone notorie, limitando l'esclusione del consenso nei soli casi giustificati da finalità di informazione, così da evitare profitti ingiustificati a discapito dei titolari delle immagini⁴⁰⁶.

Per quanto riguarda il nome, la situazione sembra, in parte, capovolgersi in quanto l'art. 8, co. 3, cod. propr. ind. richiede, ai fini della registrazione come marchio del nome di persona, il consenso di quest'ultima nei soli casi di notorietà, ponendo così un'eccezione al comma 2 dello stesso articolo che prevede una libera utilizzabilità dei nomi nei soli limiti della lesione della fama, del credito e dell'onore di chi ha diritto di

⁴⁰⁴ G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in ID., *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1987, p. 350.

⁴⁰⁵ L'utilizzo del termine «ritratto» ha dato àdito a un dibattito interpretativo: secondo alcuni, infatti, va sottolineata la differenza concettuale tra immagine e ritratto, ponendosi, la prima, sul piano ideale-esistenziale, a dispetto del secondo che si attesta sul piano oggettivo-materiale; secondo altri, invece, i due termini vanno intesi come sinonimi. Per una ricostruzione del dibattito, v. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 144.

⁴⁰⁶ RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 150 ss., cui si rinvia per i richiami alla giurisprudenza.

portare tali nomi. Tuttavia, a prescindere dalla disciplina speciale sui marchi, è lecito chiedersi se una semplice utilizzazione economica del nome richieda comunque il consenso dell'avente diritto. Per dare una risposta positiva al quesito, il percorso interpretativo seguito da buona parte della giurisprudenza è passato dalla disciplina generale del codice civile, in particolare dall'estensione della portata della nozione di «pregiudizio» di cui all'art. 7 c.c., che così «si riduce a una mera finzione, atteso che qualsiasi atto di sfruttamento economico non consentito – ledendo la facoltà di autodeterminazione del soggetto - integra in quanto tale una violazione del profilo patrimoniale del diritto al nome ed è pertanto illecito»⁴⁰⁷.

Dalla rapida panoramica appena tratteggiata emerge come nel nostro ordinamento, sebbene non sia stato creato un (nuovo) diritto sul bene immateriale rappresentato dal valore economico del nome e dell'immagine, al pari del *right of publicity* di stampo statunitense⁴⁰⁸, si delinea abbastanza chiaramente il riconoscimento, a livello sostanziale, di un potere di controllo sullo sfruttamento economico di attributi immateriali della personalità, quali sono il nome e l'immagine. Tale direttrice generale, oltre che trovare sponda, o talvolta proprio le fondamenta, nell'interpretazione giurisprudenziale⁴⁰⁹, viene confermata anche dalle tendenze di altri ordinamenti, di *civil law* così come di *common law*⁴¹⁰. Una volta che si circoscrive

⁴⁰⁷ In questi termini ID., *op. ult. cit.*, p. 137, cui è opportuno nuovamente rinviare per i molti riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁰⁸ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 1 ss.; O. TROIANO, *L'utilizzazione economica della celebrità: right of publicity e dintorni*, in *Quadr.*, 1991, p. 734 ss.

⁴⁰⁹ Tra le principali pronunce della Suprema Corte, si possono segnalare: Cass. 16 aprile 1991, n. 4301 e Cass. 2 maggio 1991, n. 4785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 44-45 con nota di M. RICOLFI, *Questioni in tema giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*; Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, in *Foro it.*, 1998, I, p. 499; ma v. già Cass. 10 novembre 1979, n. 5790, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1378, con nota di P. CRUGNOLA, *In tema di utilizzazione dell'immagine di persone note*. La giurisprudenza, tuttavia, risente della poca chiarezza concettuale che avvolge, già a livello dottrinale, il tema dello sfruttamento commerciale degli attributi della personalità; di recente, infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che «il consenso alla pubblicazione della propria immagine [...] sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, [...] resta distinto ed autonomo dalla pattuizione che lo contiene, con la conseguenza che esso è sempre revocabile, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita, ed a prescindere dalla pattuizione del compenso, che non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione»: così Cass. 29 gennaio 2016, n. 1748, in *Danno resp.*, 2017, p. 50 con nota di E. BARNI, *Cassazione e diritto all'immagine: divulgazione del ritratto per scopi pubblicitari, revocabilità del consenso, tutela risarcitoria*. È evidente che la questione della revocabilità del consenso meriterebbe un più attento esame che implichi una riflessione sulla struttura del contratto e sulla sua causa. Il punto verrà ripreso a proposito della revocabilità del consenso al trattamento dei dati personali nei contratti basati sullo sfruttamento economico degli stessi dati.

⁴¹⁰ Per un'analisi comparata sulle analogie e le differenze tra i diversi sistemi giuridici in merito allo sfruttamento economico della personalità, v. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., pp. 169-203; ID., *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2011, pp. 33-65; J.

l'angolo di visuale agli attributi immateriali della personalità, mettendo da canto l'art. 5 c.c., così come l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deputati a delineare i principi generali che sorreggono lo statuto della personalità fisica, il dogma dell'indisponibilità ne risulta profondamente azzoppato⁴¹¹. D'altra parte, anche la dottrina più sensibile al tema (del regime giuridico generale) dei diritti della personalità, che ha eretto l'indisponibilità ad elemento caratterizzante, non ha potuto fare a meno di riconoscere che «i diritti della personalità possono essere muniti di quel particolare e più modesto aspetto della facoltà di disposizione che è costituito dalla facoltà di consentire alla lesione». Si conclude, di conseguenza, che «quando si dice che essi sono indisponibili, sprovvisti della facoltà di disposizione, l'espressione deve essere intesa con questo temperamento»⁴¹².

4. Il rigetto della natura “rinunciativa” del consenso dell'interessato e la qualifica di atto di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali

È opportuno, a questo punto, riprendere il discorso circa gli spazi di autonomia privata riconoscibili nell'ambito della disciplina sulla protezione dei dati personali, che in fondo, quanto meno dalla prospettiva dell'interessato, possiamo far coincidere con la questione della disponibilità del diritto alla protezione dei dati personali. La rapida disamina dello statuto giuridico del diritto al nome e del diritto all'immagine ci è servita per sgombrare il campo d'indagine dall'ubiquo assunto della indisponibilità degli attributi della personalità, riscontrabile in molteplici analisi, anche quando pretermesso⁴¹³. Si è visto, infatti, che il nome e l'immagine, in quanto attributi

PINCKAERS, *From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona*, The Hague, 1996, *passim* (in part. pp. 4-15); T. GISCLARD, *Limitations of Autonomy of the Will in Conventions of Exploitation of Personality Rights*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, pp. 18-42.

⁴¹¹ Il riferimento d'obbligo volge sempre a RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., *passim*; ma v. anche ID., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 808; ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 437; NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., pp. 139-140. In posizione critica nei confronti della suggerita distinzione tra i diritti della personalità morale e i diritti personalità fisica, ponendo l'accento sul carattere accomunante dell'autodeterminazione soggettiva, v. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, cit., p. 364 ss.

⁴¹² DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 89.

⁴¹³ Cfr. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit. p. 346 ss. (in part. p. 349), ove si afferma che «il primato assegnato in via sistematica alla persona, in quanto conoscibile, nella sua identità normativa, si riflette in una molteplicità di divieti dietro i quali

immateriali, godono di una disciplina notevolmente diversa rispetto agli attributi corporali. Ai nostri fini, quindi, la prima conclusione che se ne trae è che la natura negoziale del consenso al trattamento dei dati personali non può essere esclusa sulla (sola) base di argomenti dogmatico-concettuali discendenti dalla teorica dei diritti della personalità. Si dà per implicito che, nel momento in cui si osservano i dati personali con le lenti della personalità, essi non possono che farsi rientrare tra gli attributi morali-immateriali di quest'ultima⁴¹⁴.

Tuttavia, gli argomenti a favore dell'esclusione di un potere di disposizione dell'interessato con riguardo ai propri dati personali, *rectius* con riguardo al diritto alla protezione dei dati che lo riguardano, non possono dirsi esauriti. Infatti, va rilevato che, essendo la disciplina di protezione dei dati personali una normativa di stampo imperativo, non possono ammettersi deroghe da parte dei privati (quanto meno in senso peggiorativo per l'interessato)⁴¹⁵. Com'è noto, l'autonomia privata e i suoi istituti tipici (il contratto, su tutti) è il campo delle norme dispositive, così che potrebbe sembrare difficile configurare dispositivi negoziali in un ambito normativo così fortemente caratterizzato da norme imperative. In quest'ottica, al consenso dell'interessato non potrebbe ascriversi una funzione in senso proprio conformativa, posto che il contesto normativo non permette di svolgerla a pieno, se non nella misura di selezionare i diversi trattamenti, nel senso di diverse finalità, per le quali il titolare è tenuto a richiedere consensi distinti e separati⁴¹⁶. In altri termini, l'eventuale

è facile scorgere la meccanica della repressione dai circuiti informativi di ogni istanza conoscitiva della identità personale del soggetto» (corsivo aggiunto). La lettura oggettivistica, di cui l'autore è propugnatore, nell'escludere l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva, rifiuta *per definizione* la possibilità che il soggetto possa disporre di qualcosa. D'altra parte, la funzione regolamentare/precettiva comunque riconosciuta al consenso nei c.d. «dispositivi di alleanza» (p. 364 ss.), in un (necessariamente) *posterius* rispetto all'ineliminabile modulo autorizzativo, sembrerebbe recuperare, in qualche forma, una dimensione di disponibilità.

⁴¹⁴ Ciò non significa che i dati personali rilevino sempre come attributi della personalità: cfr. a tal proposito E. GIANNANTONIO, *Dati personali (tutela dei)*, agg. III, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, p. XX, il quale osserva che il dato personale è tutelato «non soltanto come aspetto della persona, ma in sé, come oggettivamente identificabile e indipendente sia da chi lo ha creato sia da colui al quale si riferisce».

⁴¹⁵ Nella dottrina europea, in tal senso, v. WENDEHORST, GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., p. 3748, e LÉONARD, *Yves, si tu exploitis tes données?*, cit., pp. 667-668; in senso contrario, in posizione minoritaria, riferendosi comunque al regime della direttiva 95/46, v. C. CUIJPERS, *A Private Law Approach to Privacy: Mandatory Law Obligated?*, in *SCRIPTed*, 2007, p. 304 ss.

⁴¹⁶ Sulla funzione conformativa del consenso al trattamento, cfr. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 352 ss.; FICI, PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 500 ss.; MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, cit., p. 383; *contra* BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 123 ss., il quale rinviene invece una rilevanza "regolamentare" «nell'assetto materiale e organizzativo predisposto unilateralmente dal titolare del trattamento».

programma contrattuale non può conformare, a proprio piacimento, il *quomodo* dell'attività di trattamento, la quale risulta sottoposta a una serie di vincoli imperativi stringenti per il titolare⁴¹⁷. Per essere ancora più chiari, l'eventuale accordo tra interessato e titolare non potrebbe attingere forza precettiva dal combinato disposto degli artt. 1322 e 1372 c.c. per regolamentare il trattamento dei dati secondo modalità che si discostino dai principi cardine della materia, quali ad esempio i principi di finalità e minimizzazione (art. 5, par. 1, lett. b) e c), RGPD), o dai dispositivi di tutela dell'interessato, quale il diritto di revocare il consenso al trattamento (art. 7, par. 3, RGPD)⁴¹⁸. Ciò non deve far pensare che il regime di protezione dei dati personali sia *totalmente* imperativo e predeterminato, avendo il legislatore comunque rinunciato a una preventiva tipizzazione, sotto forma di *numerus clausus*, dei mezzi e dei fini in ragione dei quali è possibile trattare i dati; resta il fatto che lo spazio di libertà residuo sembra prestarsi a divenire non tanto terra di conquista del contratto, nel senso di libera negoziazione tra le parti, quanto campo di esercizio del potere "proceduralizzato" riconosciuto al titolare del trattamento⁴¹⁹.

Se quanto appena detto è vero, non può negarsi, d'altra parte, che l'ordito normativo, seppur trincerato nei ranghi dell'imperatività, lascia una finestra indiscutibilmente aperta attraverso il riconoscimento del consenso dell'interessato come autonoma base giuridica per l'*an* del trattamento. Diventa, dunque, fondamentale definire gli ambiti di autonomia privata nei rapporti tra *an* e *quomodo* del trattamento. Posto che il diritto alla protezione dei dati personali riguarda principalmente le prerogative dell'interessato nel corso del trattamento, e dunque nel suo *quomodo*, bisogna comprendere se l'atto privatistico del consenso può influire su di esso, depotenziando lo statuto di tutela predisposto per il rapporto di trattamento. Invero, i timori nel riconoscere al consenso una valenza dispositiva sembrano essere

⁴¹⁷ Da questo punto di vista, pertanto, non sembra nemmeno che possa riconoscersi una funzione pienamente conformativa al potere di predisposizione unilaterale del titolare del trattamento, così come ritiene Bravo (v. nota precedente).

⁴¹⁸ Si anticipa già adesso che non si condivide l'opinione di chi, in virtù del principio di libertà contrattuale, elevato a diritto fondamentale dell'UE, ritiene possibile un'interpretazione restrittiva dell'art. 7, par. 3 del RGPD: in tal senso SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1044. *De lege lata*, una simile esegesi non trova appigli convincenti né nel diritto primario dell'Unione, né nel diritto derivato posto che la direttiva sui contratti di fornitura di contenuti digitali (dir. 2019/770) esclude categoricamente una riduzione della portata del diritto europeo in materia di protezione dei dati personali (v. art. 3, par. 8 e considerando 37, 38 e 39).

⁴¹⁹ Sulla ricostruzione della situazione giuridica soggettiva del titolare del trattamento che svolge un'attività economica, v. nuovamente BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 42 ss. (in part. pp. 107-116).

condizionati proprio da tale questione. Gran parte delle ricostruzioni sul consenso risultano accomunate da «un filtro concettuale»⁴²⁰, cioè dall'idea per la quale il *consentire* e, a maggior ragione, il *disporre* valgono sostanzialmente come (*melius*, si dissolvono nel) *rinunciare* a qualcosa⁴²¹. Una rinuncia, intesa in un senso generico e meramente descrittivo, che agisce sostanzialmente nel senso di privare l'ordinamento di una realtà giuridica esistente: un "ostacolo"⁴²² o un divieto⁴²³, che rappresentano per il rinunciante, in qualche modo, una tutela. Così ragionando, si stanno in realtà sovrapponendo figure molto diverse tra loro, quali ad esempio la rinuncia come scriminante del fatto illecito, la rinuncia come deroga pattizia e la rinuncia come sinonimo di alienazione; tuttavia, siffatte distinzioni possono essere momentaneamente trascurate. È noto che i rapporti tra rinuncia, disposizione e alienazione danno la stura a complesse problematiche di teoria generale, che ricorrono nella teoria dei diritti della personalità⁴²⁴, ma non si vuole qui accingersi in un'*actio finium regundorum* dei concetti in questione.

Il punto che preme sottolineare è che, nello specifico e circoscritto ambito della disciplina di protezione dei dati personali, la lente della rinuncia applicata al consenso dell'interessato può influire notevolmente sul sistema che si vuole ricostruire. Considerata la finalità di tutela dell'interessato nell'ambito della disciplina di protezione dei dati personali, una lettura "rinunciativa" del consenso potrebbe infatti legittimare una riduzione teleologica della portata dello stesso, finendo per incidere

⁴²⁰ Così RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., 2000, p. 305.

⁴²¹ Si tratta di una tendenza comune a diverse culture giuridiche. Si consideri, ad esempio, la letteratura statunitense che, nel delineare i rapporti tra *privacy* e *contract*, richiama il concetto di *waiver*: M.J. RADIN, *Incomplete Commodification in the Computerized World*, in N. NETANEL, N. ELKIN-KOREN (eds.), *The Commodification of Information*, The Hague, 2002, p. 17 ss.; O. BEN-SHAHAR, J. STRAHILEVITZ, *Contracting over Privacy: Introduction*, in *Journal of Legal Studies*, 2016, S2.

⁴²² «Il consenso è da intendersi [...] come un "atto" con cui l'interessato – qualora non operino altre condizioni di liceità a fondamento del trattamento – "rimuove un ostacolo" all'esercizio del diritto al trattamento dei dati personali facente capo al titolare» (corsivo aggiunto): così BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 116-117.

⁴²³ La rimozione del divieto del *neminem laedere*: il richiamo volge ancora una volta a MESSINETTI, *Circolazione dei dati dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 351.

⁴²⁴ Cfr. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., il quale, dopo aver compendiato le diverse definizioni di atto di disposizione offerte dalla migliore dottrina (in particolare, quelle di Pugliatti, Carnelutti e Gorla), dando rilievo alle differenze circa il modo di intendere il rapporto tra disposizione e alienazione, definisce l'indisponibilità come il *genus* entro cui far confluire i distinti caratteri della irrinunciabilità e della intrasmissibilità. Sul complesso groviglio di interferenze tra potere dispositivo, schema traslativo e modello costitutivo, nell'ambito di una riflessione sull'efficacia (con l'interrogativo reale o obbligatoria) dei contratti sui diritti della personalità, v. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 320 ss.

sulla sua stessa natura giuridica. Se col consenso l'interessato si priva di un *quid iuris*, è chiaramente opportuno che tale rinuncia sia il più possibile scevra di implicazioni negative per lo stesso soggetto. In quest'ottica, le letture del consenso come scriminante di un fatto illecito o come rimozione di un divieto in tema di tutela della persona possono ritenersi dei tentativi per rendere la rinuncia quanto più blanda e innocua. Intendendo, invece, il consenso come negozio, si finirebbe per attribuire alla volontà dell'interessato un ruolo, potenzialmente pericoloso, di rinuncia delle tutele personalistiche previste dall'ordinamento.

Definite tali premesse, non resta che verificare la correttezza dell'assimilazione del consenso a questa (generica) funzione di rinuncia. Per far ciò, si deve comprendere se, sulla base del dato normativo, l'interessato effettivamente dismette, attraverso il consenso, una qualche posizione giuridica *pre*-determinata dall'ordinamento. Nel caso di specie, finché il diritto alla *privacy* è stato inteso nell'ottica della "pura" riservatezza, come diritto di mantenere la segretezza delle notizie personali, poteva effettivamente ascrivere al consenso una funzione sostanzialmente abdicativa dell'oggetto della tutela. Infatti, il titolare del diritto in questione, consentendo il passaggio da uno stato di segretezza a uno stato di pubblicità delle notizie che lo riguardano, incide direttamente sul contenuto del diritto di cui è portatore. Diversamente, in un'accezione di protezione dei dati personali incentrata sul controllo e non più sul mero riserbo, al consenso dell'interessato non può (più) attribuirsi una tale funzione. L'interessato, infatti, dopo aver acconsentito al trattamento dei suoi dati, non perde affatto le prerogative riconosciutegli dalla normativa come tipiche forme di controllo del trattamento dei dati⁴²⁵. In altri termini, fornendo il consenso l'interessato non rinuncia ad alcunché di *pre*-assegnatogli dall'ordinamento, considerato che il diritto alla protezione dei dati personali non ha come cifra caratterizzante il *ius excludendi alios* dalla propria sfera giuridica. Quest'ultimo aspetto, semmai, è solo un effetto *indiretto* della disciplina proprio nelle fattispecie in cui il trattamento dei dati personali – ampiamente ammesso e ritenuto, in qualche modo, ineluttabile nell'ordine socio-economico attuale – trova base giuridica nel consenso dell'interessato, che funge, nella sostanza, da allocazione primaria (compiuta dal legislatore) di un potere

⁴²⁵ RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., pp. 306-307, il quale opportunamente evidenzia che, in riferimento al consenso, «la sua manifestazione non incide, infatti, né sulla titolarità, né sull'esercizio dei diritti [dell'interessato]». Cfr. anche MIGNONE, *Identità personale e potere di disposizione*, cit., pp. 382-383.

sulla risorsa “dati personali”⁴²⁶, o meglio, su una risorsa solo in potenza, considerato che, prima del trattamento, i dati personali nelle mani dell’interessato sono giuridicamente irrilevanti⁴²⁷ ed economicamente improduttivi⁴²⁸. Può concludersi, allora, che il consenso dell’interessato, al di là della natura giuridica che gli si vuole riconoscere, costituisce un atto di pieno esercizio del diritto alla protezione dei dati personali, inteso come diritto di controllare il trattamento dei dati personali, o, per dirla con le parole di un’attenta dottrina, «un atto di esercizio di quel diritto di autodeterminazione nella sfera delle scelte personali che trova nella norma costituzionale (art. 2) il più generale ‘precetto di tutela’ e nella disciplina sulla protezione dei dati una diretta ed immediata concretizzazione»⁴²⁹. Così ragionando, il diritto di controllare il trattamento dei dati personali non si risolve nei (sempre presenti) meccanismi di controllo sul *quomodo*, ma, attraverso il consenso, estende e anticipa la sua portata operativa al momento iniziale, determinando le sorti dell’*an* del trattamento. In tal modo, il consenso afferma il contenuto del diritto dell’interessato, di certo non lo rinuncia⁴³⁰, rivelandosi un atto tutt’altro che dismissivo⁴³¹.

4.1. Il consenso dell’interessato nella teoria dell’attribuzione normativa dei beni

Il discorso appena svolto sulla funzione “affermativa” del consenso induce ad interrogarsi su una questione ad esso connessa: quella riguardante lo spazio che si

⁴²⁶ Cfr. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, cit., p. 560; CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 616 ss. Si riprenderà il punto nel paragrafo successivo.

⁴²⁷ È il trattamento, comprensivo della sua fase prodromica, a segnare il momento di rilevanza giuridica dei dati personali, in correlazione alla posizione di tutela dell’interessato. L’uso che l’interessato potrebbe astrattamente compiere sui propri dati è assunto dall’ordinamento come un *mero* fatto, estraneo alla qualificazione giuridica. A differenza del diritto di proprietà, un eventuale disturbo dei terzi nel godimento dei propri dati (si pensi alle immissioni) o un eventuale abuso nello stesso godimento (si pensi agli atti emulativi) non rileva.

⁴²⁸ Il godimento *personale* dei propri dati non sembra possa mai essere fonte di utilità economiche per l’interessato.

⁴²⁹ RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 307.

⁴³⁰ *Ibidem*, ove incisivamente si osserva che «chi consente non esprime affatto assenza di interesse alla protezione, né vi rinuncia».

⁴³¹ Per chi volesse, le considerazioni presenti nel testo sono state già in parte sviluppate in G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2018, pp. 390-391.

vuole assegnare alla dimensione partecipativa dell'interessato consenziente. A tal proposito, è pacifico in dottrina l'avvenuto passaggio dalla dimensione statica della riservatezza alla dimensione dinamica della protezione dei dati personali, realizzatosi in particolar modo per mezzo del riconoscimento dei più volte menzionati poteri di controllo nel (rapporto di) trattamento. Non si è, tuttavia, approfondito alla stessa maniera il passaggio da una dimensione prettamente difensiva della sfera personale dell'interessato a una dimensione *anche* partecipativa dello stesso⁴³². La partecipazione dell'interessato può essere intesa in vari modi⁴³³: quella che si intende qui indagare riguarda la sua dimensione economica. In particolare, si intende verificare se l'interessato possa essere coinvolto, sulla base dei congegni normativi predisposti dal legislatore, sul piano della attribuzione-distribuzione dei profitti derivanti dal trattamento economico (*consentito*) dei suoi dati⁴³⁴.

Come si è accennato nel primo capitolo (v. il § 3 dello stesso), nella prassi odierna è ancora piuttosto raro che il (potenziale) titolare offra al (potenziale) interessato, in veste di oblatore, un corrispettivo per convincerlo a fornire il consenso al trattamento dei dati⁴³⁵. Ciò non si verifica, oltre per l'endemica asimmetria contrattuale tra le parti, perché il valore economico (del trattamento) dei dati personali di un singolo individuo è, quanto meno allo stato attuale, infinitesimale⁴³⁶. Più che a un'effettiva (e diretta)

⁴³² La mancanza dell'elaborazione di una dimensione partecipativa nell'ambito dell'cultura giuridica italiana sui diritti della personalità è segnalata in una pagina significativa (a volte trascurata) di RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 5, ove si mette in luce come, a differenza della dottrina tedesca, la quale «muovendo dall'esigenza costituzionalmente garantita del libero dispiegarsi della personalità, ravvisa due modi di essere, e in corrispondenza due profili di tutela della personalità: da un lato «partecipazione» alla vita sociale (economica, culturale, politica), dall'altro legittima pretesa a che sia rispettata una serie di segni, attributi, espressioni della persona (e come esemplari il discorso assume le norme a tutela del nome) [...], la più restrittiva concezione della categoria prevale invece nella nostra esperienza, ed è da ritenere più attendibile, sia con riguardo alle fonti di cui possiamo avvalerci, sia con riguardo all'evoluzione storica della materia». Si tratta, allora, di verificare se questa (negletta) dimensione partecipativa possa essere riscoperta e valorizzata alla luce dei nuovi fenomeni sociali.

⁴³³ Ad esempio, si parla di consenso come strumento partecipazione in quanto coinvolge l'interessato nel processo di etero-identificazione dell'identità: FICI, PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 500.

⁴³⁴ Cfr. WENDEHORST, *Consumers and the Data Economy*, cit., p. 2, la quale segnala la richiesta, avanzata da una parte della dottrina e dell'opinione pubblica, di una «*economic participation by consumers in the wealth created by the data economy*».

⁴³⁵ Comunque si tratta di una fattispecie astrattamente ammessa dalla dottrina: CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 625; VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., p. 174, il quale lucidamente segnala che l'interessato «non può cedere i propri dati, bensì, semmai, ricevere un corrispettivo in cambio delle utilità detraibili dal trattamento consentito». Il rilievo secondo cui lo scambio non avrebbe direttamente ad oggetto i dati personali, ma le utilità detraibili dal trattamento dei dati consentito, appare particolarmente significativo e si proverà ad approfondirlo nel prosieguo del paragrafo.

⁴³⁶ Così ZENO-ZENCOVICH, IN RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 416. Cfr. anche E. NETTER, *Numérique et grandes notions du droit privé*, Mémoire en

remunerazione del trattamento economico *consentito*, si potrebbe quindi pensare, più genericamente, a un ruolo *lato sensu* partecipativo dell'interessato nei circuiti di produzione di utilità economiche prodotte dal trattamento dei dati che lo riguardano⁴³⁷. La questione diventa cruciale in un contesto economico dove la ricchezza generata dal trattamento dei dati personali è attualmente appannaggio di poche imprese operanti nel settore digitale, che hanno scalato le vette del mercato dei dati grazie anche alla possibilità (anomala nel contesto economico) di fruire delle risorse in questione (i dati personali) senza costi di scambio o, comunque, potremmo dire, in un regime di costi generalmente inferiore ad altri settori di mercato. Come si è visto nel primo capitolo, la "ricompensa" finora garantita dalle imprese ai consumatori è rappresentata dalla messa a disposizione di prestazioni di *facere* o *dare* senza oneri pecuniari. Da questo angolo di visuale, potrebbe dirsi che i consumatori partecipano ai circuiti di ricchezza generati dal trattamento dei loro dati personali in una forma indiretta, in negativo, attraverso cioè la tecnica del risparmio di spesa, da distinguersi da una partecipazione in positivo, che si verificherebbe qualora i consumatori fossero ristorati con un arricchimento patrimoniale diretto passante per un corrispettivo.

Di fronte a uno scenario del genere, le maggiori incertezze ricostruttive sorgono a causa di una inespressa definizione, da parte del legislatore, tanto a livello eurounitario, quanto a livello nazionale, delle tecniche di attribuzione delle utilità scaturenti dal trattamento dei dati personali. È in questo senso, allora, che può essere

vue de l'habilitation à diriger des recherches en droit privé, Université de Picardie Jules Verne, 2017, p. 133, disponibile *online* su: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02059429>.

⁴³⁷ Sullo sfondo emerge il tema della delimitazione di un nuovo tipo di consumatore che non si limita ad acquistare il bene o servizio finale di un processo di produzione, ma finisce, il più delle volte inconsapevolmente, per riformire l'impresa di risorse produttive. Si tratta della figura del c.d. *prosumer*, consumatore produttivo, che può considerarsi piena espressione del passaggio dal modello fordista a quello post-fordista di produzione. A tal proposito, si può richiamare la nitida pagina di un sociologo (V. CODELUPPI, *Il mito del "consumatore produttivo"*, in *Sociologia del lavoro*, n. 115/2009, p. 89): «Il primo [modello] partiva dalla produzione per arrivare al consumo, mentre il secondo ribalta la direzione di marcia per partire direttamente dalle esigenze del cliente. Dal che deriva però anche una crescente interazione con quest'ultimo e una progressiva appropriazione del suo tempo personale da parte del sistema industriale. Ciò consente alle imprese di ridurre i costi, spingendo il consumatore a effettuare una parte del lavoro che in precedenza veniva svolto dall'impresa per lui. Spesso il consumatore prova soddisfazione nel lavoro che svolge per conto delle imprese, perché viene gratificato dal fatto di potersi esprimere attraverso la realizzazione di qualcosa. In realtà, è soprattutto il mondo industriale ad avvantaggiarsi del lavoro svolto dal consumatore e proprio per questo lo sviluppo di questo fenomeno sembra poter essere inarrestabile». Nella letteratura giuridica, per alcune riflessioni sulla nozione di *prosumer*, relative però a uno specifico settore di mercato regolamentato, v. M.R. MAUGERI, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEESGI, dei prosumer ai consumatori e ai clienti finali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 406 ss., ove si segnala, tra le premesse, che tale figura è «sicuramente poco nota fra i giuristi».

d'aiuto richiamare la teoria dei beni giuridici: non per dimostrare la presenza di diritti proprietari o para-proprietari sui dati personali, essendosi già esclusa una simile possibilità sulla base delle trame normative caratterizzanti la disciplina (*supra* § 1.1), ma per interrogarsi sul problema dell'appropriazione privata della ricchezza dedotta dal trattamento dei dati personali⁴³⁸. Una tale impostazione della questione si pone nel solco di quella dottrina che maneggia la nozione di bene giuridico non alla stregua di un concetto legislativo trovante sponda nell'art. 810 c.c., bensì come concetto teorico, il cui compito, per l'appunto, è quello di «rappresentare le scelte fondamentali, di sistema, dell'ordinamento quanto al problema dell'appropriazione della ricchezza (seppur intesa in senso lato)»⁴³⁹. In questa prospettiva, considerata l'assenza di espresse indicazioni legislative sulla materia di cui si sta trattando, diventa preliminare chiarire se l'attribuzione e conformazione delle risorse sia prerogativa esclusiva del sistema giuridico oppure possa determinarsi per il tramite di alcuni medi, clausole-valvola, che permettano al sistema giuridico di comunicare col sistema sociale. Com'è facilmente comprensibile, la scelta tra le due alternative non è assolutamente di poco conto, implicando una presa di posizione sui rapporti che il diritto instaura con la società. Limitandoci alla questione in esame, diventa fondamentale prendere consapevolezza del fatto che optare per un sistema chiuso di attribuzione delle risorse non significa tanto rinunciare alla risoluzione di alcuni conflitti, quanto affidare la loro risoluzione «a criteri di altra natura: sostanzialmente alla forza o, più verosimilmente, al potere»⁴⁴⁰. Tali considerazioni sembrano essere pienamente confermate dalla realtà sopra descritta, nella quale le maggiori utilità ricavate dal trattamento dei dati personali sono oggetto di appropriazione di poche imprese aventi un forte potere economico⁴⁴¹.

⁴³⁸ Ciò non toglie che l'accostamento dei dati personali alla teoria dei beni giuridici possa essere effettuato anche per altri fini, pur sempre diversi dalla ricostruzione di un diritto di proprietà sui dati. Uno studio recente, ad esempio, muovendo da una nozione di bene come tecnica di organizzazione degli interessi ricadenti su un certo "oggetto" giuridico, (ri)legge attentamente le norme sulla protezione dei dati personali in siffatta chiave *oggettiva*, senza con ciò legittimare alcuna deduzione sul piano delle situazioni giuridiche soggettive e sul piano di una deriva di mercificazione della persona: v. ANGIOLINI, *Dati personali e tecniche di organizzazione degli interessi. Uno studio a partire dalla nozione di bene* (tit. provv.), cit.

⁴³⁹ M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadr.*, 1987, p. 634. Sulla natura teorica del concetto di bene, il medesimo autore rinvia a A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 859 e *passim*. In linea con tale impostazione, v. P. BARCELLONA (con la collaborazione di C. CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, pp. 229-233.

⁴⁴⁰ BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato*, cit., p. 614.

⁴⁴¹ Cfr. N. PURTOVA, *The illusion of personal data as no one's property*, in *Law, Innovation and Technology*, 2015, pp. 104-105, la quale afferma che «in the circumstances of no clear allocation of de jure property rights, the personal data-intensive Information Industry has made the strongest de facto

Proseguendo nel percorso argomentativo della dottrina cui si sta facendo riferimento, il filtro di osmosi del sistema giuridico rispetto agli altri sistemi sociali è affidato, per quanto concerne la funzione attributiva (ma in realtà non solo⁴⁴²), al principio di patrimonialità, il quale dà prova della sua portata soprattutto in due ambiti: quello dei c.d. beni immateriali e quello dei c.d. servizi (prestazioni di *facere* o *non facere*). Si tratta, a questo punto, di verificare se si possa definire un regime di appropriazione qualificata relativo alle utilità derivanti dal trattamento dei dati personali, confrontando tali utilità con quelle relative ai beni immateriali e ai servizi.

A voler assimilare i dati personali ai beni immateriali, l'ostacolo maggiore si riscontra non tanto nell'assenza di un analogo regime di esclusiva, che potrebbe attenere più alle tecniche di conformazione dell'attribuzione che alla legittimazione della stessa⁴⁴³, quanto nella circostanza che, prima del trattamento (*rectius*, dell'inserimento in un trattamento), i dati personali, non essendo il frutto di alcun investimento o attività creatrice dell'interessato (al contrario degli oggetti dei diritti di proprietà intellettuale), non sembra che presentino un intrinseco carattere patrimoniale⁴⁴⁴. In questo senso, dunque, da un lato, può apparire fuorviante l'interrogativo "i dati personali sono un bene giuridico?" – se si attribuisce ai beni giuridici la funzione qui premessa; dall'altro lato, con riguardo alla questione dell'attribuzione delle utilità discendenti dal trattamento economico dei dati personali, risulta più appropriato assimilare il problema a quello dei c.d. servizi piuttosto che a quello dei beni immateriali. Infatti, per giustificare l'inclusione dei servizi tra i beni giuridici, si ritiene solitamente che sia il contratto a costituire la fonte dell'attribuzione originaria del bene, così finendo per far coincidere il momento (e la funzione)

claim on exclusive rights in personal data». A tal proposito, si riporta l'esempio delle piattaforme digitali (ad es., Facebook e Google) che riescono a raccogliere, grazie alla loro popolarità, enormi quantità di dati personali e, sulla base del potere acquisito, diventano le principali sorgenti di accesso a tali dati, così trasformando una risorsa di per sé non rivale in una risorsa ad accesso limitato. In termini generali, sostiene la necessità di istituire una categoria di beni digitali per lo sviluppo del mercato unico europeo in questo settore J.A. CASTILLO PARRILLA, *Bienes digitales. Una necesidad europea*, Madrid, 2018, p. 259 ss.

⁴⁴² In generale, sulla patrimonialità come concetto-valvola del sistema giuridico, v. M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso. Lineamenti di una teoria giuridica sistemica*, Torino, 1996, p. 361 ss.

⁴⁴³ Tale rilievo, messo in luce da Barcellona a proposito delle invenzioni non brevettate sempre in *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., pp. 649-651, risulta illuminante perché depura la teoria dell'attribuzione dall'ingombrante necessità di un'appropriazione in forma esclusiva, la quale ha condizionato anche le letture (critiche) dei dati personali come bene giuridico.

⁴⁴⁴ Cfr. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 346-347.

dell'attribuzione con quello della circolazione della risorsa⁴⁴⁵. Di contro, se non si vuole assegnare al contratto una funzione attributiva che non gli apparterebbe, il fondamento dell'attribuzione può essere ravvisato in una norma eteronoma, consistente nel principio fondamentale di libertà, argomentando che «senza la libertà non è possibile l'appropriazione (*rectius*: l'appropriazione propria del sistema sociale, cui partecipa il sotto-sistema giuridico del moderno Stato di diritto), né sono possibili le risorse (*rectius*: quel particolare tipo di risorse che in tale sistema si formano e circolano attraverso il consenso)»⁴⁴⁶.

A questo punto della ricostruzione, è facile scorgere alcune similitudini con lo sfruttamento economico dei dati personali, dove, nella sostanza, è proprio il *consenso* dell'interessato a permettere (legalmente) la “creazione” dell'utilità⁴⁴⁷. Nelle operazioni negoziali sopra descritte, la patrimonialità, intesa secondo il criterio della scambiabilità⁴⁴⁸, si manifesta nella misura in cui il consenso al trattamento dei dati personali si presta ad inserirsi in una logica *lato sensu* di scambio⁴⁴⁹. Una rilevante differenza coi «servizi», il cui principale riferimento va al lavoro subordinato della persona fisica⁴⁵⁰, risiede nel fatto che, nelle ipotesi in esame, non vi è una ordinaria prestazione di *facere* o *non facere* dell'interessato, né tanto meno può dirsi che vi sia un'obbligazione in senso proprio, in considerazione delle specifiche norme che

⁴⁴⁵ È quanto denuncia limpidamente BARCELONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 653 ss.

⁴⁴⁶ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 670.

⁴⁴⁷ Spunti in tal senso sembrano ritrovarsi in LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 220 e DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 75, ove si osserva che «in assenza un'autorizzazione da parte del legislatore, solo a partire dal momento della comunicazione dell'autorizzazione [*alias* consenso] al trattamento dei dati personali questi assumono un apprezzabile valore economico per colui che li ha ricevuti o li riceverà, in quanto costui sarà autorizzato ad utilizzarli». Cfr. anche A. BELLIZZI, *Considerazioni sull'oggettività giuridica dei «dati personali»*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 76, il quale asserisce che «l'atto di autodeterminazione [cioè, il consenso dell'interessato] costituisce il presupposto imprescindibile di oggettivazione in termini di *bene della cosa* dato personale, suscettibile poi di vicenda autonoma».

⁴⁴⁸ M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 859, il quale precisa che «il criterio della scambiabilità appare appropriato allorché il tipo di problema, che l'ordinamento è chiamato a risolvere a risolvere, concerne l'appropriazione privata di una “risorsa” ed il suo scambio contro denaro, ma si mostra inappropriato l'ordinamento è, invece, chiamato ad adempiere una funzione esclusivamente conservativa».

⁴⁴⁹ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Do “Data Markets” Exist?*, cit., pp. 34-35, il quale osserva: «*The nature of this consent can be seen in various theoretical ways. From an economic point of view, it is the basis of a transaction “services against data”. [...] At any rate, whatever the legal quibbles over the meaning and scope of the GDPR, economic reality tells us that through the theory of consent (whether express or tacit) vast amounts of personal data are lawfully made available to the data collector*».

⁴⁵⁰ Si continua a riferirsi allo studio di Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 656 ss.

delineano lo statuto del consenso nella disciplina sulla protezione dei dati personali (su cui ci si soffermerà nel prossimo capitolo). Orbene, nelle fattispecie in questione, l'utilità economica è il risultato di uno specifico atto dell'interessato (la prestazione del consenso) e di una – pur sempre necessaria – attività del titolare (il trattamento)⁴⁵¹. Si tratterebbe, dunque, di un'attribuzione normativa dall'oggetto particolare; tuttavia, riprendendo la già accennata distinzione tra tecniche di attribuzione in senso proprio e tecniche di conformazione della stessa, sembra che tali aspetti attengano alle seconde, senza incidere sull'ammissibilità di un simile bene. Esso consisterebbe non tanto nell'utilità frutto del trattamento economico dei dati personali, quanto nella risorsa che consente il formarsi dell'utilità⁴⁵², andandosi a porre in una zona grigia tra i beni immateriali e i servizi (con una pendenza verso questi ultimi), condividendo con essi il fatto di prender forma dal consenso ma differenziandosi per il fatto che non vi

⁴⁵¹ Per chiarire quanto affermato nel testo sopra, è opportuno mettere a punto alcuni passaggi. Si è detto che nei casi in cui il consenso al trattamento dei dati personali funge da presupposto per la realizzazione di utilità economiche, tale risultato deriva dalla prestazione del consenso (al trattamento dei dati) della persona fisica cui si associa un'imprescindibile attività dell'operatore economico. Si tratta di una situazione diversa rispetto alle utilità economiche derivante da una prestazione lavorativa: infatti, in quest'ultimo caso, l'attività (oggetto di obbligazione contrattuale) è svolta direttamente dalla persona fisica cui fa da presupposto la prestazione del consenso della medesima persona. Provando a schematizzare al massimo: nel caso della prestazione lavorativa si ha “consenso + attività (oggetto di obbligazione) della persona fisica = utilità economica”; nel caso dello sfruttamento economico dei dati personali si ha “consenso della persona fisica + attività (di trattamento) dell'impresa = utilità economica”. Tale diversità di struttura si ripercuote sullo scambio tra persona fisica e operatore economico: nel primo caso si ha il modello tipico del “lavoro *contro* retribuzione” (la persona fisica lavora e l'impresa paga lo stipendio); nel secondo caso invece è usuale che alla prestazione del consenso (al trattamento dei dati) della persona (qualunque) non corrisponda una remunerazione pecuniaria, non essendo i semplici dati del *quisque de populo* suscettibili di dar vita *ex se* a un'utilità economica, ma piuttosto è frequente come contropartita l'accesso ad un servizio, reso dall'operatore economico a favore della persona fisica con l'intento di sfruttare tutti i dati che l'utente rilascia nella fruizione del servizio stesso. Il modello tipico, dunque, è “consenso al trattamento dei dati personali *contro* servizio”. Nonostante la diversità evidenziata, si abbozza l'idea che sul piano dell'attribuzione normativa dei beni il consenso della persona fisica svolga una funzione simile nelle due ipotesi prese in considerazione.

⁴⁵² Si prende spunto dalla seguente riflessione di Mario Barcellona: «Dell'obbligazione/contratto in sede di teoria dell'attribuzione occorre occuparsi *non tanto in funzione dell'utilità* che dalla prestazione ricava il creditore (sulla quale è palesemente modellata la nozione di servizio), *ma in funzione delle risorse* che per il suo tramite sono attribuite al debitore. L'utilità che dalla prestazione il creditore, alla quale si riferisce appunto il concetto di servizio, attiene, infatti, alla forma in cui il debitore si appropria dell'equivalente delle risorse che gli sono attribuite dall'ordinamento. Mentre sono, invece, queste risorse, la forma attraverso cui sono attribuite e l'ambito dell'applicazione che essa legittima, che una teoria dei beni giuridici deve approfondire» (corsivi aggiunti): BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 654. Cfr. A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 76, il quale osserva come «il termine risorsa veicola il medesimo significato della parola utilità, ma mentre quest'ultima presuppone la sua direzione verso il soggetto che la percepisce, la parola risorsa appare rivolta a ciò che la origina». Secondo quest'ultimo autore, tuttavia, «la nozione di bene è quella che viene inserita tra le cose e le utilità che debbono essere ripartite tra le persone al fine di preservare la razionalità dell'ordinamento e l'oggettività dei suoi punti di riferimento» (Id., *op. ult. cit.*, pp. 107-108).

sarebbe una vera e propria attività dell'interessato. Il tutto nel sottinteso che qualora, invece, il trattamento trovi fondamento in altre basi giuridiche (cioè, altre dal consenso) *ex art. 6, par. 1, RGPD* (ad es., il legittimo interesse del titolare), le eventuali utilità ricavabili dall'attività economica del titolare possono ritenersi attribuite a quest'ultimo *in via originaria*, senza l'esigenza di un'"intermediazione" dell'interessato⁴⁵³.

Nonostante l'assenza di chiari riferimenti normativi, dopo aver riconosciuto al consenso dell'interessato la qualifica di atto di pieno esercizio del diritto alla protezione dei dati personali, si può adesso aggiungere che dietro di esso si intravede l'attribuzione normativa di un bene giuridico dai tratti molto peculiari. Quest'ultimo, nell'ottica della teoria dei beni intesa come luogo di definizione delle questioni relative all'appropriazione della ricchezza, non andrebbe ravvisato nei dati personali per le ragioni suesposte, bensì nelle utilità che si generano per via del consenso al trattamento (economico), rispetto alle quali si aprono spiragli per l'affermazione di una dimensione economico-partecipativa dell'interessato.

4.2. Il mercato dei dati personali: un problema più *politico* che concettuale

Le considerazioni appena svolte, in ordine alla tendenziale (ma pur sempre parziale, considerata la natura imperativa della disciplina) disponibilità del diritto alla protezione dei dati personali e alla attribuzione normativa che si scorge dietro il consenso al trattamento, inducono a domandarsi se, a questo punto, il riconoscimento giuridico del (già esistente *in fatto*) mercato dei dati personali⁴⁵⁴ – con quest'ultimo intendendosi tutti i possibili scambi (almeno in senso economico) tra dati personali ed entità patrimonialmente valutabili (non solo corrispettivi pecuniari, ma anche altri beni, o, stando allo stato della prassi, più plausibilmente servizi)⁴⁵⁵ – diventi una

⁴⁵³ Così sembra intendere anche DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 75.

⁴⁵⁴ V. cap. I.

⁴⁵⁵ Cfr. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., pp. 624-625, il quale segnala che si può parlare propriamente di «mercato autonomo delle informazioni» (dove per autonomo si intende che l'informazione circola autonomamente rispetto al bene, servizio o persona alla quale si riferisce) solo con riguardo ai trasferimenti di dati a titolo oneroso, escludendo la qualifica di mercato autonomo sia in riferimento ai trasferimenti di dati che avvengono in relazioni contrattuali preesistenti o che comunque si pongono

conseguenza necessaria o solo un possibile esito per il quale si richiede di svolgere delle ulteriori riflessioni. Senza indugiare troppo, deve scegliersi la seconda opzione.

La ragione principale risiede in una norma contenuta nel RGPD fin qui (volutamente) trascurata: si tratta dell'art. 7, par. 4 secondo il quale «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto». La portata potenzialmente demolitrice dei discorsi finora svolti, circa gli spazi di autonomia privata ammessi nell'ambito della disciplina di protezione dei dati personali, è piuttosto evidente, ma non si vuole anticipare adesso l'analisi che verrà condotta a breve su tale norma (v. il § 2.3 del cap. III). In realtà, si ritiene utile qui richiamare tale disposizione per prendere atto del fatto che il legislatore europeo appare confuso circa i modi di intervenire sulle fattispecie di sfruttamento economico dei dati personali. Tale rilievo è ulteriormente avvalorato dalle già menzionate disposizioni della direttiva sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali. In altri termini, è sotto gli occhi degli interpreti un annoso problema di politica del diritto in quanto il legislatore non ha ancora chiarito, intervenendo con disposizioni potenzialmente contraddittorie, quale *policy* intende adottare con riguardo agli scambi aventi lo schema incisivamente definito «servizi contro dati»⁴⁵⁶, o, se si vuole essere più tecnici, con riguardo alle operazioni negoziali in cui viene fornita una qualsiasi prestazione di carattere patrimoniale in un rapporto di stretta connessione con la facoltà per il professionista di trattare economicamente i dati personali del consumatore⁴⁵⁷.

come strumentali rispetto alla costituzione di relazioni contrattuali, sia in riferimento ai trasferimenti di dati a titolo gratuito. L'autore, parlando di trasferimento dei dati a titolo oneroso, sembra alludere a un trasferimento dietro corrispettivo dal momento che richiama la figura della cessione.

⁴⁵⁶ RESTA, in ID., ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 2018, p. 431. Anche nella dottrina francese si utilizza l'espressione «*service contre données*»: v. NETTER, *Numérique et grandes notions du droit privé*, cit., p. 386.

⁴⁵⁷ Pur disconoscendo ai dati personali la qualifica di controprestazione, rimarca l'aspetto di politica del diritto H. SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, pp. 75-76. Più in generale, sulla scelta politica in ordine al riconoscimento del mercato dei dati personali, v. già MAZZAMUTO, *Il principio del consenso*, cit., p. 999, così come sulle scelte politiche nascoste dietro la «foglia di fico» del consenso, cfr. G. CALABRESI, *Intervento*, in *Società dell'informazione e tutela della riservatezza. Atti del convegno di Stresa - 16 maggio 1997*, Milano, 1998, p. 159. Per un'interessante lettura in chiave socio-politica dei fenomeni riguardanti la tutela della vita privata, cfr. C. LOBET-MARIS, *Du fétichisme de la donnée personnelle. Relecture politique et critique de la via privée*, in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (eds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace – Liber amicorum Yves Pouillet*, cit., p. 685 ss.

L'eventuale regola di *inalienability* che il legislatore potrebbe imporre in questo settore andrebbe a rispondere a logiche in senso lato politiche, secondo i noti insegnamenti della dottrina nordamericana che, nell'analizzare le ragioni dei possibili *inalienable entitlements*, cita, oltre alle eccessive esternalità negative (tra cui rientrerebbero anche i moralismi) e alle motivazioni paternalistiche (lette pur sempre in chiave di efficienza economica⁴⁵⁸), gli obiettivi distributivi⁴⁵⁹. Con riguardo a questi ultimi, si fa presente che attraverso la scelta di porre una risorsa fuori dal mercato si finisce sempre, anche involontariamente, per arricchire un certo gruppo sociale. A tal proposito, infatti, si avverte il pericolo che i divieti giustificati da ragioni paternalistiche celino, in realtà, intenti distributivi verso determinati soggetti che, in assenza del divieto, non avrebbero avuto lo stesso beneficio. Calabresi e Melamed riportano l'esempio dei piani regolatori che preservano alcuni *open spaces* in base all'argomento che lo sfruttamento di tali aree dovrebbe rendere i poveri più felici, quando invece l'obiettivo nascosto è di assicurare dei guadagni ai proprietari delle case in periferia, i quali vedrebbero aumentare il valore commerciale dei loro immobili⁴⁶⁰. *Mutatis mutandis*, la scelta di impedire agli interessati uno sfruttamento economico dei loro dati personali per evitare che si legittimi una mercificazione della persona si espone all'obiezione di arricchire le imprese che, una volta autorizzate al trattamento dei dati per fini economici, realizzano immensi profitti senza l'onere di una "condivisione lucrativa" con le persone fisiche cui i dati si riferiscono.

Con le riflessioni condotte in questa sede si è tentato di dimostrare che il problema del riconoscimento del mercato dei dati personali, allo stato attuale, non è tanto di ordine giuridico-concettuale, atteso che va superato l'assunto della (totale) indisponibilità e (intrinseca) *non-patrimonialità* delle operazioni negoziali riguardanti gli attributi immateriali della personalità (v. i §§ 3, 4 e 4.1 del presente capitolo)⁴⁶¹,

⁴⁵⁸ Per una critica a siffatta impostazione, v. M. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1863-1866.

⁴⁵⁹ CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., p. 1111 ss.

⁴⁶⁰ *Id.*, *op. ult. cit.*, pp. 1114-1115.

⁴⁶¹ Di recente, cfr. RESTA, in *Id.*, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 433-434, ove, con specifico riguardo alla negoziazione dei dati personali, si osserva che «la tutela degli interessi fondamentali della persona non deve necessariamente essere perseguita attraverso un'irrealistica de-patrimonializzazione dei dati (e degli atti giuridici che ne determinano la circolazione), bensì attraverso un attento controllo dell'atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei valori incompressibili della personalità».

quanto di ordine politico-giuridico⁴⁶². Resta inteso che ciò non esime l'interprete dal tentativo di offrire delle interpretazioni del diritto positivo sulla base delle ordinarie tecniche ermeneutiche e in coerenza con le logiche e i valori dell'ordinamento che emergono nelle fattispecie sulle quali si sta focalizzando l'attenzione.

⁴⁶² Sempre per chi volesse, v. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, cit., pp. 388-390.

Capitolo III

Dati personali e contratto. La fattispecie di «prestazione *contro* dati personali» nella direttiva 2019/770/UE

Sommario: 1. Il crescente interesse giuridico verso diverse fattispecie di «prestazione (patrimoniale) *contro* dati personali»; 1.1. L'opportunità di distinguere le fattispecie in base alla finalità di trattamento dei dati personali; 2. L'introduzione della direttiva 2019/770/UE: la rilevanza della fornitura dei dati da parte del consumatore nell'ottica di un ampliamento delle tutele; 2.1. (*Segue*) Un percorso di armonizzazione massima rimediabile alle frontiere del contratto (nazionale); 3. Struttura del contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali a fronte della fornitura dei dati personali del consumatore; 3.1. La fornitura dei dati personali e la base giuridica del trattamento ai sensi dell'art. 6, RGPD; 3.1.1. Il problema della libertà del consenso al trattamento dei dati personali nelle ipotesi di "condizionalità" per l'accesso a una prestazione del titolare; 3.1.2. (*Segue*) La "giurisprudenza" del Garante (*rectius*, dei Garanti) alla protezione dei dati personali e l'interpretazione della Corte di Cassazione; 3.1.3. (*Segue*) Qual è la *ratio* dell'art. 7, par. 4, RGPD?; 3.2. La fornitura/trattabilità dei dati personali dedotta in contratto: le possibili ricostruzioni giuridiche; 3.2.1. La via tedesca: dati personali come oggetto di prestazione (*Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*); 3.2.2. Una possibile via italiana: un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali e il consenso al trattamento dei dati personali; 4. (In)efficacia, (in)validità e (non) conformità del contratto di fornitura alla luce di "vizi" nel trattamento dei dati personali; 4.1. Invalidità del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul contratto; 4.1.1. (*Segue*) Consenso invalido per "causa imputabile" all'operatore economico: eccezione alla regola *simul stabunt, simul cadent*?; 4.2. Revoca del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul contratto; 4.2.1. (*Segue*) Tecniche di contrasto al rischio di abuso del consumatore nel caso di fornitura *definitiva* di un contenuto digitale; 4.3. Trattamento dei dati personali illecito o abusivo tra vizi dell'atto e vizi del rapporto; 4.3.1. Trattamento dei dati personali illecito o abusivo oggetto di una clausola negoziale: mancanza di vincolatività della clausola per illiceità dell'oggetto, intrasparenza e vessatorietà; 4.3.2. Trattamento dei dati personali illecito *in executivis*: difetto di conformità del contenuto o servizio digitale; 5. Il senso di un tentativo di integrazione tra protezione dei dati personali e diritto privato patrimoniale

1. Il crescente interesse giuridico verso diverse fattispecie di «prestazione (patrimoniale) *contro* dati personali»

Come si è evidenziato nel primo capitolo, la realtà economica odierna è costellata di una pluralità ipotesi in cui certi operatori del mercato sono disposti a prestare un

servizio o, più genericamente, ad eseguire una prestazione di carattere patrimoniale senza ricevere in cambio un corrispettivo monetario, purché abbiano la possibilità di trattare i dati della loro controparte. Gli esempi richiamati provengono principalmente dal settore digitale: i servizi di *social network*, di archiviazione *cloud*, di messaggistica istantanea, di motore di ricerca; in termini più generali può riferirsi alla galassia di servizi e contenuti digitali offerti per prodotti come smartphone, tablet e personal computer⁴⁶³. Il fenomeno in questione, tuttavia, non è del tutto nuovo, né può considerarsi rilegato alle prestazioni che si svolgono nell'universo digitale.

Già in passato, in terra analogica, poteva aversi la fornitura di beni materiali giustificata dalla possibilità di ottenere, e trattare, informazioni personali del soggetto destinatario del bene (ad es., chi riempie un certo questionario diretto a raccogliere informazioni personali, ottiene il campione di un determinato prodotto⁴⁶⁴). Tuttavia, finché il fenomeno è risultato ristretto alla fornitura di campioni “omaggio”, o comunque alla fornitura di prestazioni di una portata così marginale, il mondo giuridico non gli ha dedicato particolare attenzione. Quanto meno, entrando subito nel vivo della questione, appariva assai poco probabile che il beneficiario di un prodotto ricevuto con la suddetta tecnica di “omaggio”, anche laddove si fosse imbattuto in un'ipotesi di evizione o di vizio della cosa, si sarebbe mai posto il problema di agire in giudizio, così da dover sciogliere il dubbio se chiedere l'applicazione degli artt. 797 e 798 c.c. (in tema di donazione) o degli artt. 1479, 1483 e 1490 ss. c.c. (in tema di vendita), o dell'art. 1553 c.c. (in tema di permuta), sempre che si potesse dire di essere di fronte a un contratto *ex art.* 1321 c.c.

Non è casuale, d'altronde, che la dottrina italiana abbia iniziato a interessarsi al tipo di “scambi” in questione con l'avvento dei servizi di accesso ad internet. In particolare, in uno dei primi scritti sul tema si è osservato che «il consenso [al trattamento dei dati personali] sembra rilevare ai fini di una valutazione onerosa del contratto» in quanto «“il vantaggio” conseguito dal provider, a seguito del contratto di accesso ad internet concluso, non sembra, a differenza del contratto gratuito, futuro ed eventuale se si considera l'esistenza di ben precisi accordi commerciali con le società

⁴⁶³ Per una tassonomia dei diversi casi di “pagamento” attraverso i dati, v. MALGIERI, CUSTERS, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, cit., p. 292.

⁴⁶⁴ È l'esempio riportato da RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 308.

esterne al “gruppo” alle quali verranno comunicati i dati trattati»⁴⁶⁵. A tale ricostruzione si è controbattuto che «l’autorizzazione a trattare i dati personali [...] non costituisce il prezzo della connessione a internet», in quanto non può dirsi che «la possibilità di ricavarne la profilazione di una ingente massa di clientela sia l’unica possibile ragione delle offerte di accesso gratuito ad internet, essendo il fine perseguito anche quello di incrementare la navigazione nella rete, immensa vetrina di servizi e grande finestra sul mercato di beni acquistabili a pagamento»⁴⁶⁶.

L’ipotesi dello scambio tra servizi e dati personali è tornata in auge nei contributi dottrinali che hanno esaminato i contratti di accesso ai *social networks*. Anche in questo caso, tuttavia, vi sono state ricostruzioni diverse. Mentre non si sono registrati dubbi sull’esistenza di un contratto (non così scontata, invece, per gli ordinamenti di *common law* ancorati alla necessaria presenza di una *consideration*⁴⁶⁷), il titolo di tali contratti ha suscitato un vivace dibattito. Da una parte, l’assenza di un corrispettivo da parte dell’utente, corroborata dall’assenza di obblighi di prestazione in capo al gestore del *social network* (stando alle condizioni generali più comuni), ha fatto propendere alcuni autori per la gratuità del contratto⁴⁶⁸. Sul versante opposto, invece, si è valorizzata la ricorrente clausola avente ad oggetto la concessione da parte dell’utente di una licenza libera da *royalty* sui propri contenuti IP (cioè coperti da *intellectual property*), la quale, in combinazione con il consenso dello stesso utente al trattamento

⁴⁶⁵ S.F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 1097. In senso conforme M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al “door to door”*, Napoli, 2001, p. 234 ss. Sulla stessa linea di pensiero, ma in forma più dubitativa, A.M. GAMBINO, *I contratti di accesso ad Internet*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 198-199.

⁴⁶⁶ MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit., p. 96.

⁴⁶⁷ È noto, infatti, che nel diritto angloamericano le sole promesse che generano una responsabilità «contrattuale» sono, oltre a quelle rivestite di una certa forma (*under seal*), quelle dotate di *consideration*, ossia le promesse «per le quali, a richiesta del promittente, da parte del promissario è stato dato o fatto (*executed consideration*) o promesso (*executory consideration*) qualcosa in cambio»: G. GORLA, *Consideration*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1961, p. 176 ss. Va sottolineato, tuttavia, che una *consideration* può rinvenirsi in diverse forme di scambio. Nel settore dei *software contracts*, ad esempio, i «Principles» stilati dall’*American Law Institute* affermano che anche il trasferimento di un *open source software* è supportato da *consideration* «*if the transferor requires the transferee to agree to maintenance or integration services*» o «*[if] Terms-of-use agreements, such as requiring the distribution of derivative software under the same terms at the initial transfer, are not necessary to convey software*» (v. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Software Contracts*, Philadelphia, 2010, p. 21).

⁴⁶⁸ ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, cit., pp. 108-109; SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d’uso dei servizi del web 2.0*, cit., pp. 636-637.

dei propri dati personali, letto in chiave di «disposizione della *privacy*»⁴⁶⁹, permetterebbe di configurare «uno scambio, in senso giuridico, di godimento di beni immateriali» (comprensivi, dunque, di contenuti IP e dati personali dell'utente⁴⁷⁰). Lo scambio in questione vedrebbe, infatti, l'utente usufruire dell'accesso alla piattaforma *social*, a sua volta reso possibile dalla licenza concessa dal gestore per utilizzare il *software*⁴⁷¹. A sostegno di questi ultimi rilievi, può segnalarsi che anche chi preferisce qualificare il contratto come gratuito non esita a precisare che si tratterebbe di una gratuità pur sempre interessata, posto che «i fornitori di servizi di social network perseguono un interesse economico, attraverso la vendita di spazi pubblicitari e la commercializzazione di attività di profilazione dell'utenza»⁴⁷².

Per altro verso, le fattispecie in esame, nelle quali il consenso al trattamento dei dati personali rappresenta la condizione per fruire di determinati beni o servizi, sono state prese in considerazione in una prospettiva di *data protection* e si è messo in evidenza come il requisito della libertà del consenso risulti inficiato quando l'interessato si trova dinanzi a una logica di “*take it or leave it*”, soprattutto se la prestazione condizionata assume un carattere di essenzialità per l'interessato stesso⁴⁷³. Come si vedrà più in avanti (*infra* § 2.3), sul punto è intervenuto in più occasioni il Garante per la protezione dei dati personali, assumendo delle decisioni sostanzialmente in linea con quelle di altre autorità nazionali e, soprattutto, con le opinioni del Gruppo art. 29⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 90.

⁴⁷⁰ Sulla commistione tra dati personali e contenuti IP, v. G. MALGIERI, ‘*User-provided personal content*’ in the EU: digital currency between data protection and intellectual property, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2018, p. 118 ss., il quale suggerisce di ricorrere ad nuovo concetto, quello di «*user-provided personal content*».

⁴⁷¹ PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 92.

⁴⁷² R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 96. Di «*gratuité intéressée*» si parla anche nella dottrina francese a proposito dei modelli economici basati sulla commercializzazione dei dati personali (*la monétisation de soi*): v. NETTER, *Numérique et grandes notions du droit privé*, cit., pp. 383-384. Ma ancor più pregnante appare l'espressione di «*gratuités factices*» (*ibidem*).

⁴⁷³ *Ex multis*, RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 660; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., pp. 284-285; PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, cit., p. 284 ss.; VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 172; MAGLIO, *Analisi economica del diritto alla riservatezza*, cit., p. 255; ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, cit., p. 172; FICI, PELLECCCHIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 511; MORMILE, *Statuto giuridico dei dati personali*, cit., pp. 558-559; MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., pp. 1012-1013.

⁴⁷⁴ Si tenga conto che tra il Gruppo art. 29 e il Comitato europeo per la protezione dei dati personali non vi è stata soluzione di continuità. Ne è prova il fatto che le opinioni espresse dal Gruppo art. 29 sul RGPD sono state approvate dal Comitato nella sua prima plenaria: v. EDPB, *Endorsement 1/2018*, 25

Tuttavia, il Garante per la *privacy* non è l'unica autorità indipendente ad essersi occupata di tali fattispecie. Nel primo capitolo, infatti, si è già detto di come in passato l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM), chiamata ad accertare il carattere ingannevole di una pratica commerciale posta in essere da un operatore che sponsorizzava il servizio offerto come gratuito, abbia preso posizione nel senso di considerare la tolleranza della ricezione di messaggi pubblicitari per posta elettronica, "profilati" sulla base della navigazione *online* dell'utente, come una vera e propria prestazione passiva, tanto da reputare illegittima la sponsorizzazione del servizio in termini di gratuità⁴⁷⁵.

Infine, più di recente, in dottrina si è segnalata la possibilità di includere nello schema qui in esame di "prestazione *contro* dati personali" anche quelle tariffe assicurative che prevedono uno sconto sul premio in virtù del consenso dell'assicurato a raccogliere e trattare determinate informazioni che lo riguardano⁴⁷⁶.

Nella ricostruzione del dibattito finora compiuta, si può notare come manchino all'appello due protagonisti centrali del panorama giuridico: il legislatore e la giurisprudenza⁴⁷⁷. Invero, solo in questi ultimi anni, a livello europeo e nazionale, si è manifestato un attivismo di questi formanti, tale da fornire un laboratorio di elementi utili per un migliore inquadramento scientifico del fenomeno.

1.1. (Segue) L'opportunità di distinguere le fattispecie in base alla finalità di trattamento dei dati personali

Prima di procedere ad esaminare la direttiva 2019/770 e gli orientamenti della giurisprudenza relativi alle ipotesi di deduzione del trattamento dei dati personali all'interno del contratto, è opportuno fare un'avvertenza. A dire il vero, le fattispecie fin qui menzionate, catalogate dalla dottrina o dalle autorità indipendenti come emblematiche di un paradigma pressoché generale di "prestazione patrimoniale *vs* dati

May 2018, disponibile *online* su: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement_of_wp29_documents_en_0.pdf.

⁴⁷⁵ AGCM, Provvedimento n. 10276/2001, PI3501, *Messaggio La settimana su Internet*, cit.

⁴⁷⁶ T. PERTOT, *L'assicurazione auto con scatola nera. Sconti tariffari vs dati personali*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2018, p. 529 ss.

⁴⁷⁷ Lamentano l'assenza prolungata di un intervento normativo LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., pp. 218-219; METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *AcP*, 216, 2016, p. 818.

personali” non sembrano essere del tutto sovrapponibili sul piano strettamente fattuale, con possibili ripercussioni anche in termini di assimilabilità giuridica. Ad esempio, nel caso degli sconti tariffari sui premi assicurativi il trattamento dei dati personali non svolge la funzione “remunerativa” che ritroviamo nell’ambito della fornitura di contenuti e servizi digitali, dove la profilazione dei consumatori è propedeutica ad accordi onerosi che i fornitori stipulano con terzi per la concessione di spazi pubblicitari o per la cessione diretta di informazioni che i terzi potranno sfruttare per il loro *business* (cfr. cap. I, § 3.1). Di contro, il trattamento dei dati relativi ai soggetti assicurati per mezzo dell’installazione di apparecchi che monitorano le loro attività consente uno sconto sul premio (soprattutto) in quanto le imprese di assicurazione, in possesso di maggiori informazioni sugli utenti, riescono a svolgere una gestione più accurata ed efficiente del tipico rischio assicurativo, non (tanto) perché le assicurazioni “cedono” i dati degli assicurati a terzi. Alla luce di quanto evidenziato, è possibile assimilare, nella suddetta ipotesi, i dati personali a(parte de)l prezzo (in questo caso, il premio assicurativo), e quindi assimilare altresì la fornitura dei dati al pagamento, così come si tende a fare per i servizi e contenuti digitali?⁴⁷⁸

D’altra parte, nello stesso campo dei servizi e contenuti digitali, il trattamento dei dati personali non è direttamente “remunerativo” quando è finalizzato al mero invio di messaggi pubblicitari del fornitore del servizio o contenuto ai propri utenti, o quanto meno certamente non è remunerativo allo stesso modo di quando il trattamento funge da strumento per ricevere un corrispettivo da terze parti. Ecco allora un altro interrogativo: nei casi in cui il trattamento dei dati non è remunerativo, l’utente del servizio può invocare standard elevati di responsabilità del fornitore, al pari di quelli richiesti per i contratti onerosi?

Per rispondere a tali quesiti bisognerebbe procedere ad un’attenta qualificazione della fattispecie concreta, in primo luogo per verificare se essa rientri effettivamente nella definizione di contratto, in secondo luogo per individuare il tipo contrattuale corrispondente o comunque più affine, e contemporaneamente determinare il titolo, oneroso o gratuito, ai fini della selezione della disciplina applicabile. In tale contesto, è indubbio che l’introduzione della direttiva 2019/770 può costituire un utile punto di riferimento anche per quelle fattispecie che, pur non rientranti nel campo di

⁴⁷⁸ Cfr. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 86 ss.

applicazione materiale della direttiva, ristretto ai casi di fornitura di contenuti e servizi digitali, comunque ricalcano lo schema qui in esame di “prestazione patrimoniale contro dati personali”⁴⁷⁹. Tuttavia, come si vedrà a breve, deve mettersi in evidenza fin d’ora che saranno gli ordinamenti nazionali a dar forma giuridica a tale schema, con la conseguenza che si dovrà necessariamente attendere l’adozione delle norme di attuazione della suddetta direttiva per comprendere meglio quando e come il trattamento dei dati personali potrà influire sulla qualificazione del contratto. Nel frattempo, appare utile sottolineare alcuni aspetti che potranno indirizzare l’attività interpretativa e in particolar modo la ricostruzione sistematica.

Innanzitutto, non può trascurarsi che – come si è già provato a mettere in risalto in altre parti del lavoro – non ci si può occupare dei dati personali come se si tratti di un’entità omogenea, rispetto alla quale è sufficiente la fornitura per consentire al titolare del trattamento qualsiasi utilizzo per un pieno godimento della risorsa. Il godimento che può trarsi, infatti, dipende principalmente dalla finalità di trattamento perseguita, la quale, a differenza di quanto succede per altre risorse economiche, dev’essere necessariamente indicata in via preventiva nell’informativa che il titolare fornisce all’interessato in base alle norme di *data protection* (v. artt. 13, par. 1, lett. c) e 14, par. 1, lett. c), RGPD). Pertanto, in un’analisi volta a definire le regole giuridiche dello scambio tra una prestazione di carattere patrimoniale e i dati personali del beneficiario della prestazione, non sembra che si possa prescindere dal tipo di utilizzo dei dati personali che l’operatore economico intende effettuare. Detto altrimenti, la mera fornitura dei dati personali dovrebbe risultare “muta” sul piano delle conseguenze contrattuali, a meno che il legislatore non intenda, in situazioni ben definite, alzare il livello di tutela di determinati soggetti a prescindere dalle tradizionali logiche che sottendono alcuni istituti del contratto disciplinati nel codice civile, quali ad esempio la responsabilità per inadempimento e i rimedi esperibili in caso di diverse patologie contrattuali⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Uno studio austriaco sostiene l’esigenza di predisporre una disciplina (nazionale) generale riguardante la fattispecie del “pagamento con dati”, non ristretta quindi ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali: v. B. ZÖCHLING-JUD, in N. FORGÓ, B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, Wien, 2018, p. 257.

⁴⁸⁰ Com’è noto, la gratuità del contratto incide soprattutto sul piano del livello di responsabilità del soggetto che si obbliga a compiere una determinata prestazione. Nel codice civile, si ricava tale principio dalle seguenti norme: artt. 789, 797, 798 c.c. (in tema di responsabilità del donante), art. 1710, co. 1, ult. prop., c.c. (in tema di responsabilità del mandante a titolo gratuito), art. 1768, co. 2 c.c. (in tema di responsabilità del depositante a titolo gratuito), art. 1812 c.c. (in tema di responsabilità del

A proposito dell'opportunità di differenziare le finalità del trattamento dei dati personali, possono richiamarsi le considerazioni già compiute in precedenza in merito ai preziosi spunti provenienti dall'ordinamento tedesco, che, seppure in una disciplina settoriale, ha individuato l'area di intersezione tra protezione dei consumatori e protezione dei dati personali ricorrendo alla nozione di "finalità commerciale del trattamento dei dati personali" (*supra* cap. I, § 2.2.1). A tal riguardo, anche qualora si dovesse ritenere una tale delimitazione eccessivamente rigida, posto che secondo alcune letture la protezione dei consumatori tende ormai a superare il carattere strettamente economico includendo anche altre tipologie di interessi⁴⁸¹, dovrebbe comunque rilevarsi che nello specifico ambito contrattuale il riconoscimento di certi rimedi, quand'anche limitato ai consumatori, si presta meglio ad una giustificazione di natura giuridico-patrimoniale per non alterare del tutto le logiche del diritto comune generale. Si chiariranno meglio questi punti nei prossimi paragrafi.

2. L'introduzione della direttiva 2019/770/UE: la rilevanza della fornitura dei dati da parte del consumatore nell'ottica di un ampliamento delle tutele

La dir. 2019/770 ha ad oggetto la disciplina di alcuni aspetti relativi ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali⁴⁸² conclusi tra un operatore economico e un

comodante), art. 1821, co. 2 c.c. (in tema di responsabilità del mutuante a titolo gratuito). Inoltre, la gratuità certamente incide anche sui rimedi esperibili nell'ipotesi di varie patologie contrattuali, a tal punto che la risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità riguarda esclusivamente i contratti a prestazioni corrispettive.

⁴⁸¹ H-W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 859 ss. (in part. p. 879 ss.); I. BENÖHR, *EU consumer law and human rights*, Oxford, 2013.

⁴⁸² Come si è già detto alla nota 184, il «contenuto digitale» è definito come «i dati prodotti e forniti in formato digitale» (art. 2, n. 1); mentre per «servizio digitale» si intende «a) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure b) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati» (art. 2, n. 2). Nel testo iniziale della proposta si utilizzava l'espressione «contenuti digitali» in senso onnicomprensivo, includendo quindi anche i servizi digitali. Durante i lavori preparatori si optò per distinguere, già a partire dal titolo della direttiva, le due nozioni, accogliendo alcune critiche che erano state mosse in dottrina, tra cui v. N. ANCIAUX, P. PUCHERAL, M. BEHAR-TOUCHAIS, V.-L. BENABOU, G. BRUNAUX, ET AL., *Dossier Contenus Numériques*, n° 3 *Contenu numérique*, in *Revue Contrats concurrence consommation*, Février 2017, p. 3. Ciononostante, la linea di demarcazione tra contenuti e servizi digitali non risulta particolarmente chiara nel testo della direttiva, soprattutto non si comprende quale debba essere la direttrice da seguire per colmare eventuali lacune della direttiva. Invero, si possono prospettare diversi criteri distintivi tra la nozione di contenuto digitale e la nozione di servizio digitale. Lena Mischau, nella relazione presentata alla conferenza dell'European Law Institute sulla dir. 2019/770 tenutasi

consumatore⁴⁸³, contenendo disposizioni sulla conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, sui rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, e sulle modalità di esercizio degli stessi, nonché sulla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale⁴⁸⁴. Essa dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 1° luglio 2021 con l'adozione di disposizioni che comunque troveranno applicazione solo a decorrere dal 1° gennaio 2022, data in cui si fa coincidere l'applicazione delle disposizioni della direttiva⁴⁸⁵. Si tratta di un testo normativo che trae origine dalla proposta della Commissione europea del 9 dicembre 2015 (COM(2015) 634 final), giungendo quindi all'approvazione del Consiglio dell'Unione e del Parlamento europeo dopo quasi quattro anni di gestazione. A sua volta, la proposta del 2015, al pari della proposta gemella sui contratti di vendita *online* (COM(2015) 635 final) adottata dopo vari emendamenti con la direttiva 2019/771/UE (che ha finito per riguardare più in generale la vendita di beni a prescindere dal contesto digitale), poteva considerarsi l'esito del fallimento della proposta di

all'Università Bocconi di Milano il 12-13 dicembre 2019 (i cui lavori sono in corso di pubblicazione), ne ha suggeriti una serie tra cui: il regime di libertà di circolazione (diverso a livello europeo tra beni e servizi); la possibilità di essere fornito su un supporto materiale (più facile per un contenuto, meno per un servizio); l'origine dei dati (nella definizione di servizio digitale sembrerebbe che i dati abbiano origine dal consumatore, mentre nella definizione di contenuto digitale i dati potrebbero avere origine anche dall'operatore economico); la disponibilità del prodotto a tempo determinato o indeterminato (dove la fornitura del servizio è tendenzialmente una prestazione temporanea, mentre la fornitura del contenuto può consentire, almeno in astratto, una disponibilità a tempo indeterminato).

È opportuno segnalare, inoltre, che negli anni precedenti alla presentazione della proposta di direttiva, i contratti di fornitura di contenuti digitali erano stati oggetto di un significativo studio richiesto dalla Commissione europea: LOOS M., GUIBAULT L., HELBERGER N., MAK C., PESSERS L., CSERES K.J., VAN DER SLOOT B., TIGNER R., *Digital content contracts for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. - Final report: Comparative analysis, law & economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, 2011.

⁴⁸³ L'operatore economico è definito come «qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, che agisca, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica, per finalità che rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva» (art. 2, n. 5); mentre per consumatore si utilizza la definizione canonica di «qualsiasi persona fisica che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» (art. 2, n. 6). La limitazione del campo di applicazione soggettivo della direttiva ai contratti B2C è stato oggetto di critiche in dottrina: v. SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, cit., p. 75; H. BEALE, *The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales*, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 23, 2017, pp. 16-18.

⁴⁸⁴ Articolo 1, direttiva 2019/770.

⁴⁸⁵ Articolo 24, direttiva 2019/770.

regolamento relativo a un diritto comune europeo sulla vendita (COM(2011) 635 def.), meglio noto con l'acronimo di CESL (Common European Sales Law)⁴⁸⁶.

Della dir. 2019/770 l'attenzione volge subito al già più volte citato art. 3, par. 1, primo cpv., in base al quale la presente direttiva si applica, oltre che «a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo», anche «*nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico*» (corsivo aggiunto) – «fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

L'estensione del campo di applicazione della direttiva (e dunque l'estensione della possibilità del consumatore di azionare i rimedi previsti per il difetto di conformità del contenuto o servizio digitale o per la mancata fornitura dello stesso) a quest'ultima categoria di casi, con le eccezioni sopra indicate, nasce dalla presa d'atto che la fornitura di contenuti o servizi digitali «spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico», così che la direttiva intende «garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali nell'ambito di tali modelli commerciali» (considerando 24).

⁴⁸⁶ Nella relazione che ha preceduto il testo della due proposte di direttiva, la Commissione ha apertamente ammesso che «queste due proposte si basano sull'esperienza acquisita durante i negoziati sul regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita». In particolare, con riguardo alla disciplina dei contratti di fornitura di contenuti digitali, la Commissione ha precisato che ha inteso accogliere l'emendamento alla proposta di CESL adottato in prima lettura dal Parlamento europeo circa «l'estensione del campo di applicazione a determinati contenuti digitali forniti in cambio di una prestazione non pecuniaria»: v. Commissione europea, Proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, COM(2015) 634 final, p. 2, disponibile *online* su: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-634-IT-F1-1.PDF>. Cfr. K. SEIN, G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, p. 259; S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2017, p. 289 ss.; METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., pp. 819-820.

È opportuno sottolineare che con le suddette disposizioni il legislatore europeo non ha l'intento di riconoscere la validità dei contratti fondati sullo scambio tra contenuti/servizi digitali e dati personali, men che meno di attribuire in generale una validità agli scambi tra prestazione patrimoniale e dati personali, bensì ha il solo scopo di non lasciare senza protezione i consumatori (in ordine ai difetti di conformità e alla mancata fornitura del contenuto o servizio) nelle situazioni in cui l'operatore economico adotta un modello commerciale diverso dall'"ordinaria" richiesta del pagamento di un prezzo⁴⁸⁷. Si tratta di una scelta assolutamente comprensibile se si considera che, com'è noto, per gli Stati membri appare più "digeribile" un intervento di tal genere piuttosto che un intervento che vada ad incidere sulla validità e sulla formazione del contratto⁴⁸⁸. In realtà, si potrebbe replicare che, sebbene sia vero che il legislatore europeo non si occupi di esplicitare la validità di tali contratti, rimessa – come si vedrà – alla competenza degli ordinamenti nazionali, è implicita quanto meno una legittimazione del modello commerciale di riferimento. In altri termini, se il legislatore europeo avesse ritenuto che le fattispecie in cui gli operatori economici forniscono una certa prestazione in cambio della possibilità di utilizzare i dati dei consumatori non sono idonee a produrre effetti giuridici, non si spiegherebbe perché mai ha fornito ai consumatori degli strumenti di tutela che presuppongono la legittimità dei casi disciplinati, a prescindere dalla loro specifica qualificazione giuridica.

Inoltre, può segnalarsi che in altre iniziative europee si sta procedendo verso una relativizzazione del corrispettivo pecuniario come elemento necessario per l'attivazione delle tutele consumeristiche, a favore della valorizzazione dei dati personali in funzione sostitutiva del prezzo⁴⁸⁹. Questa possibile assimilazione tra

⁴⁸⁷ Non sembra, però, che tutte le piattaforme digitali che adottano siffatto modello commerciale rientrino nel campo di applicazione della direttiva, con il rischio che il consumatore potrebbe ritrovarsi senza un chiaro interlocutore (e, dunque, senza una chiara tutela) nelle ipotesi di mancanza di fornitura o di conformità del contenuto o servizio digitale ricevuto. Il punto è segnalato con lucidità da J. SÉNÉCHAL, *La notion de fournisseur de contenu numérique: quel rôle pour les plateformes en ligne?*, in *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 20 ss. Per quanto il rilievo sia stato mosso nella fase di gestazione della direttiva, alla luce del testo definitivo permangono le perplessità sollevate dall'autrice francese.

⁴⁸⁸ Cfr. CLIFFORD, GRAEF, VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent*, cit., pp. 698-669, i quali ricordano come l'obiettivo della CESL, diversamente dalla direttiva 2019/770, fosse proprio quello di armonizzare le regole sulla *formazione* e sulla *validità*, in particolare dei contratti di fornitura di contenuti digitali.

⁴⁸⁹ Cfr. la Comunicazione della Commissione dal titolo «Un "New Deal" per i consumatori» (COM(2018) 183 final) e la conseguente Proposta di direttiva che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo

prezzo e dati personali, tuttavia, è stata oggetto di ampie critiche del Garante europeo per la protezione dei dati personali (GEPD)⁴⁹⁰. Alla luce di tali rilievi, nel testo della dir. 2019/770 è stata cancellata la qualificazione dei dati come controprestazione, che si ritrovava nel testo iniziale della proposta della Commissione, e di riflesso si è tenuto a precisare al considerando 24 che la direttiva riconosce «appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce». Tuttavia, come si vedrà più avanti, non sembra che tali modifiche abbiano risolto il problema nella sostanza, considerato che alcuni moniti del GEPD sembrano collidere con la stessa possibilità di contrattualizzare i dati personali.

2.1. (Segue) Un percorso di armonizzazione massima rimediale alle frontiere del contratto (nazionale)

La direttiva in questione è una direttiva di armonizzazione massima⁴⁹¹, come emerge chiaramente dall'art. 4 secondo il quale gli Stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale «disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso». Il tutto, però, con la consueta clausola del

e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori (COM(2018) 185 final). In particolare, tra i vari obiettivi, tale Proposta intende effettuare un «ampliamento della tutela dei consumatori rispetto ai servizi digitali» mediante l'estensione del campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE ai servizi digitali per i quali i consumatori non pagano denaro ma forniscono dati personali. Pertanto, i consumatori dovrebbero avere lo stesso diritto a ottenere informazioni precontrattuali e a sciogliere il contratto entro un periodo di diritto di recesso di 14 giorni, indipendentemente dal fatto che paghino il servizio in denaro o che forniscano dati personali. (p. 3 della Relazione della Proposta). Il risultato si otterrebbe principalmente con la modifica dell'attuale art. 2 della dir. 2011/83, nel quale verrebbe riformulato il punto 6) sulla definizione di «contratti di servizi» e verrebbero aggiunti ulteriori punti con le definizioni di «contratto per la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale» e «contratto per servizi digitali» (art. 2, par. 1, lett. d) della Proposta).

⁴⁹⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., pp. 6-10; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"*, 5 October 2018, pp. 12-14, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf. In dottrina cfr. J. ROCHFELD, *Le «contrat de fourniture de contenus numériques»: la reconnaissance de l'économie spécifique «contenus contre données»*, in *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15 ss.

⁴⁹¹ Critica verso l'armonizzazione massima in questo settore J. SÉNÉCHAL, *Le retour du droit européen des contrats par le numérique...et par l'harmonisation totale*, in *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 485 ss.

«salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva», che consente al legislatore europeo di graduare notevolmente il concetto di armonizzazione massima.

Nel caso di specie, peraltro, la frammentazione di disciplina è già insita nel titolo della direttiva che avverte da subito circa la scelta di intervenire solo su «determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali», individuati con precisione dal sopra menzionato art. 1. In via speculare, l'art. 3, par. 10 chiarisce che gli Stati membri non sono pregiudicati nella loro facoltà di «disciplinare gli aspetti del diritto generale dei contratti, quali le norme sulla formazione, la validità, la nullità o l'efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione di un contratto, nella misura in cui gli aspetti in questione non sono disciplinati dalla presente direttiva, o il diritto al risarcimento». Tali previsioni confermano che l'intento del legislatore europeo non si pone sul piano della giuridicizzazione di una fattispecie contrattuale di marchio eurolunitario, bensì solo sul piano dell'attribuzione di determinate tutele ai consumatori quando essi si ritrovano in specifiche circostanze⁴⁹². Fin qui *nihil sub sole novum* se si considera che disposizioni di simile tenore si ritrovano anche in altre normative dell'Ue che disciplinano aspetti contrattuali (v. art. 3, par. 6, dir. 2019/771/UE; art. 3, par. 5, dir. 2011/83/UE; considerando 30 e art. 10, par. 1, dir. 2008/48/CE).

Tuttavia, un tratto originale potrebbe risiedere nel fatto che, a differenza di altre discipline intervenute per incrementare i livelli di tutela del consumatore con riferimento a fattispecie che gli ordinamenti nazionali riconducevano senza particolari dubbi alla nozione di contratto (ad es., la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori, quella sui contratti di credito al consumo, quella sui contratti di vendita di consumo), nel caso di specie lo schema della fornitura di contenuti/servizi digitali, a fronte di una fornitura di dati personali del consumatore, non è detto che soddisfi i requisiti della nozione di contratto di tutti gli Stati membri. Non tanto per l'assenza di un corrispettivo che negli ordinamenti di *civil law* non pregiudica solitamente la configurazione di un contratto⁴⁹³, quanto per la possibile

⁴⁹² Parlano di «*object-based regulatory approach*», mettendo in evidenza come la direttiva non introduca un nuovo tipo contrattuale SEIN, SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services*, cit., p. 257 ss.

⁴⁹³ Peraltro, la circostanza di permettere alla controparte di trattare i propri dati personali potrebbe rilevare come *consideration* anche negli ordinamenti di *common law*, posto che non rileva l'*adequacy* della stessa: v. R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Hart/Nomos, 2017, p. 275. Tuttavia, una corte californiana (In Re Facebook Privacy

manca di quegli elementi minimi di volontà delle parti che sostanziano l'accordo giuridicamente rilevante. Lo evidenzia lucidamente chi avverte che «*the fact that gratuitous contracts may exist does not imply that every provision of digital content without remuneration constitutes the performance of a contract*»⁴⁹⁴. Degli indici fattuali da cui inferire l'intento di concludere un contratto possono essere sia la predisposizione unilaterale, da parte dell'operatore economico, delle condizioni generali per l'uso del contenuto o servizio digitale (cui solitamente si accompagna un pulsante con la formula «consento», «accetto» o «I agree» che il consumatore è chiamato a cliccare⁴⁹⁵), sia la semplice registrazione di un *account*, da parte dell'utente, la quale ingenera l'aspettativa che il prestatore del servizio si vincoli a permettere un accesso duraturo all'utente registrato a prescindere dalla formale accettazione di un testo contenente i termini d'uso⁴⁹⁶. Tuttavia, vi possono essere casi in cui, da un lato, il prestatore nulla dica in merito alla regolazione del servizio e, dall'altro, l'utente ne fruisce liberamente senza bisogno di alcuna registrazione, ma accettando, in buona parte dei casi, il trattamento dei propri dati personali. A chi vede nel mero uso del servizio l'accettazione di una proposta contrattuale che non richiede un'accettazione espressa da notificare alla controparte⁴⁹⁷, si potrebbe replicare che, a

Litigation, 791 F. Supp. 2d 705 (N.D. Cal. 2011), disponibile *online* su: <https://www.courtlistener.com/opinion/2180229/in-re-facebook-privacy-litigation/>) ha escluso la qualifica di consumatore all'utente di un servizio digitale fruito senza il pagamento di un prezzo: ne riferiscono HOOFNAGLE, WHITTINGTON, *Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price*, cit., p. 657. La medesima questione, circa l'impossibilità di configurare il contratto concluso tra Facebook e i propri utenti come contratto di consumo in ragione della gratuità, è stata affrontata in Francia dalla Corte d'appello di Parigi (Cour d'appel de Paris, 12 février 2016, pôle 02 ch. 02, arrêt n. 201658, disponibile *online* su: https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/01.2017/ca_paris_12_fevrier_2016.pdf), la quale – a dispetto della corte di San Jose – non si è lasciata convincere dalle tesi della società statunitense, concludendo per l'applicazione del diritto consumeristico (che nel caso di specie comportava la conseguenza di poter incardinare la giurisdizione presso il foro del consumatore): ne riferisce NETTER, *Numérique et grandes notions du droit privé*, cit., p. 384. Nella stessa direzione, favorevole alla sussistenza di un rapporto di consumo, si è espressa l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato nel caso *WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook* (AGCM, Provvedimento 11 maggio, n. 26597, PS10601, paragrafo 54), così come nel caso *Facebook – condivisione dati con terzi* (AGCM, Provvedimento 29 novembre 2018, n. 27432, PS11112, paragrafo 54).

⁴⁹⁴ JANAL, *Fishing for an Agreement*, cit., p. 275.

⁴⁹⁵ ZENO-ZENCOVICH, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 418.

⁴⁹⁶ JANAL, *Fishing for an Agreement*, cit., pp. 276-277.

⁴⁹⁷ METZGER, *Data as Counter-Performance*, cit., p. 4, il quale richiama il § 151 del BGB. Nel codice civile italiano si potrebbe invocare l'art. 1333, qualora si qualificasse il contratto di fornitura del contenuto o servizio digitale come un contratto avente obbligazioni a carico del solo fornitore. Tuttavia, essendo tutt'altro che certo che il contratto in questione non comporti alcun tipo di obbligo per il consumatore, sarebbe preferibile semmai qualificare il mero uso del servizio da parte dell'utente come un comportamento concludente idoneo a integrare un'accettazione tacita del contratto.

monte, è l'offerta del servizio che potrebbe mancare dei requisiti necessari per essere qualificata come vera e propria proposta contrattuale. Il primo soggetto interessato a non qualificarla tale è il prestatore del servizio, considerato che dal contratto possono sorgere per lui solo obblighi e responsabilità, mentre per la tutela *erga omnes* potrebbe comunque avvalersi della disciplina in tema di proprietà intellettuale⁴⁹⁸. L'interrogativo spontaneo è se queste tecniche di fornitura del servizio o contenuto digitale siano sufficienti per soddisfare l'interesse dell'operatore economico di sottrarsi agli obblighi e alle responsabilità nascenti dal contratto, a discapito dell'interesse degli utenti-consumatori che si vedrebbero negare eventuali pretese in merito alla qualità del servizio/contenuto o alla mancata fornitura dello stesso. È evidente che l'eventuale pagamento di un prezzo da parte del consumatore escluderebbe ogni dubbio al riguardo. A questo punto, ecco un nuovo quesito non retorico: il trattamento dei dati in cambio del servizio può valere, di per sé, come *elemento oggettivo* sufficiente per la configurazione (che chiaramente assurgerebbe spesso a una *factio*) di un accordo, con l'effetto di attivare l'applicazione dello statuto contrattuale⁴⁹⁹, oppure l'operazione in questione dovrebbe restare nell'area dei "rapporti di fatto"⁵⁰⁰? È facile prevedere come il tema possa diventare il terreno di scontro tra concezioni soggettiviste e oggettiviste del contratto⁵⁰¹.

Ad ogni modo, sul punto si avverte la tensione, e se si vuole la fragilità, di una direttiva che formalmente si occupa di fornire adeguate tutele ai consumatori digitali, lasciando agli Stati membri la competenza di decidere quando il contratto si forma, ma al tempo stesso non sembra consentire agli ordinamenti nazionali una fuga al tal punto che il campo di applicazione materiale dei rimedi venga nella sostanza azzoppato dietro l'alibi che non si è formalizzato un accordo avente l'intento di creare effetti

⁴⁹⁸ Così ZENO-ZENCOVICH, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 418.

⁴⁹⁹ Cfr. METZGER, *Data as Counter-Performance*, cit., p. 4, il quale considera il trattamento dei dati come un indicatore del fatto che il prestatore del servizio ha preso nota dell'accettazione da parte dell'utente delle condizioni contrattuali. L'autore, tuttavia, non prende in considerazione l'ipotesi in cui la volontà del prestatore sia quella di non dar vita a un contratto.

⁵⁰⁰ JANAL, *Fishing for an Agreement*, cit., p. 290; ZÖCHLING-JUD, in FORGÓ, ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, cit., p. 249.

⁵⁰¹ Nella giurisprudenza italiana, v. Cass. 19 settembre 2011, n. 19106, in *Contratti*, 2011, p. 1144 ss., con nota di C. ROMEO, *Accordo sugli elementi essenziali e mancata conclusione del contratto*, la quale, nell'interpretazione degli atti precontrattuali, sembra propendere per una tutela dell'affidamento della controparte a discapito del senso attribuito alla dichiarazione dall'autore della stessa. In generale, sulla differenza tra concezioni soggettive e concezioni oggettive del contratto, v. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, pp. 37-42.

giuridici. A tal riguardo, si tenga conto che, per quanto concerne lo schema della “fornitura di contenuti/servizi digitali vs fornitura di dati personali”, la versione finale della direttiva ha voluto evitare restrizioni come quella inizialmente presente nella proposta della Commissione che limitava l’ambito applicativo ai soli casi in cui il consumatore avrebbe fornito «attivamente» i dati personali. Invero, quest’ultima previsione avrebbe forse garantito una più agevole riconduzione ai canoni della volontà negoziale, tuttavia avrebbe tagliato fuori dal campo di tutela del consumatore tutte quelle ipotesi in cui la raccolta dei dati avviene senza un comportamento attivo di quest’ultimo (come ad esempio nella raccolta tramite l’utilizzo di *cookies*), suscitando il parere negativo della maggior parte dei commentatori della proposta di direttiva⁵⁰².

Sullo sfondo chiaramente emerge il noto dibattito sull’opportunità di rivedere l’idea del contratto come incontro di volontà, dinanzi al fenomeno dei contratti di massa e dei contratti telematici⁵⁰³. Tuttavia, rispetto alla celebre formula di «scambi senza accordo» la novità è che alle difficoltà di individuare un *accordo* secondo i parametri della tradizione liberale, adesso si aggiunge la difficoltà di configurare uno

⁵⁰² ELI, *Statement of the European Law Institute on the European Commission’s proposed Directive on the supply of digital content of consumers*, Vienna, 2016, pp. 15-16, disponibile online su: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_D_CD.pdf; H. Beale, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, EP in-depth analysis, PE 536.494, 2016, p. 13, disponibile online su: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4a1651c4-0db0-4142-9580-89b47010ae9f/pe_536.493_print.pdf; V. MAK, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, EP in-depth analysis, PE 536.494, 2016, p. 9, disponibile online su: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/a6bdaf0a-d4cf-4c30-a7e8-31f33c72c0a8/pe_536.494_en.pdf; M. LOOS, *European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2016-08, May 31 2016, p. 15; ROCHFELD, *Le «contrat de fourniture de contenus numériques»: la reconnaissance de l’économie spécifique «contenus contre données»*, cit., p. 16; HELBERGER, BORGESIU, REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between Eu Consumer Law and Data Protection Law*, cit., pp. 1446-1447; A. METZGER ET AL., *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, in *JIPITEC*, 9, 2018, p. 96; ARBEITSGRUPPE „DIGITALER NEUSTART“ DER KONFERENZ DER JUSTIZMINISTERINNEN UND JUSTIZMINISTER DER LÄNDER, Bericht vom 15. Mai 2017, p. 206, disponibile online su: https://www.justiz.nrw.de/WebPortal/Relaunch/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf; RESTA, in ID., ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 424.

⁵⁰³ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 ss.; N. IRTI, “E’ vero ma...” (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 273 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 43 ss.; N. IRTI, *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.; C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.; F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l’accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, p. 313 ss.

scambio secondo i paradigmi dell'economia industriale. La sfida allora diventa comprendere se, e soprattutto fino a che punto, l'esigenza di protezione di determinati soggetti richieda di riconcettualizzare non solo la nozione classica di accordo negoziale basata sulla volontà, ma anche l'ambito del "*contrattualmente rilevante*" posto che le operazioni in questione, oltre a difettare di chiari indici di volontà giuridica, risultano prive di quegli ordinari scambi patrimoniali che finora hanno giustificato l'applicazione delle regole contrattuali ai rapporti di massa e a quelli telematici.

Che il legislatore europeo non sia del tutto ignaro di tali problematiche è testimoniato da alcune disposizioni contenute nel considerando 25 della direttiva in questione. In tale considerando, infatti, si prevede che «la presente direttiva non dovrebbe [...] applicarsi a situazioni in cui l'operatore economico raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione, *tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale*. Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il consumatore, *senza avere concluso un contratto con l'operatore economico*, è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali o a un servizio digitale. Tuttavia, [derogando al livello di armonizzazione previsto dall'art. 4⁵⁰⁴] gli Stati membri dovrebbero mantenere la *facoltà di estendere* l'applicazione della presente direttiva a tali situazioni o di disciplinare in altro modo le situazioni escluse dall'ambito di applicazione della presente direttiva» (corsivi aggiunti)⁵⁰⁵. Il punto da sottolineare è che si potrebbero presentare problemi inversi, cioè situazioni nelle quali le aree fattuali che la direttiva intende coprire con strumenti di protezione consumeristica potrebbero non essere

⁵⁰⁴ Cfr. R. ROBERT, L. SMIT, *The Proposal for a Directive on Digital Content: A Complex Relationship with Data Protection Law*, in *ERA Forum*, 2018, p. 172, ove a proposito dell'armonizzazione si osserva: «One can see that the purpose of the Proposal, which is to harmonize certain aspects of contract law, is not achieved: the text does not harmonize the conditions under which the situations covered by the DCD constitute a contract in the various national laws. This could lead to situations where the consumers could benefit from the protection granted by the DCD only if they have their residence in a Member State that recognises the contractual nature of the relationship between the supplier of digital content and the consumer. The question of the legal characterisation of the relationship between the consumer and the supplier is of the essence since the protection granted by the DCD will only operate when a contract exists under national law».

⁵⁰⁵ Cfr. CLIFFORD, GRAEF, VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent*, cit., pp. 700-704.

sussumibili sotto la definizione di contratto presente negli ordinamenti nazionali⁵⁰⁶. E non è detto che la clausola contenuta nell'ultimo periodo del considerando 24 («Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale»), ricalcante quasi alla lettera la disposizione di cui all'art. 3, par. 10, sia sufficiente per salvaguardare certe norme nazionali, o quanto meno l'interpretazione tradizionale che ne fornisce la giurisprudenza interna, al cospetto dell'interpretazione che la Corte di giustizia potrebbe fornire relativamente al campo di applicazione materiale della direttiva⁵⁰⁷.

3. Struttura del contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali a fronte della fornitura dei dati del consumatore

Mentre l'esistenza e la formazione del contratto in questione è materia rimessa totalmente alla disciplina degli Stati membri, l'ossatura dell'operazione economica è tratteggiata dal legislatore europeo. La prima parte del capoverso del primo paragrafo dell'art. 3 della direttiva recita nel seguente modo:

«L'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico».

Si tratta di una fattispecie parecchio scarna che pone notevoli problemi interpretativi; in altri termini, la disposizione dice meno di quanto avrebbe dovuto dire. Anche sul piano della costruzione sintattica, le due proposizioni coordinate si connotano per la loro assoluta essenzialità e, se si vuole, per la loro apparente neutralità.

Soffermandoci sulla «fornitura dei dati personali» da parte del consumatore, la direttiva non affronta due problemi fondamentali: 1) qual è il rapporto che intercorre

⁵⁰⁶ Sul punto, v. le considerazioni generali (non strettamente riferite all'ambito di applicazione della direttiva 2019/770, all'epoca non ancora approvata) di ZENO-ZENCOVICH, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 419: «Mero fatto? Contratto? *Tertium genus*? Di certo la enunciazione dei principi - ai quali certo non vogliamo rinunciare - della volontà e del consenso non offre soluzioni immediatamente applicabili».

⁵⁰⁷ In generale, sulle problematiche poste dall'armonizzazione massima v. D'AMICO, PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, cit., 2018.

tra la *fornitura* dei dati personali e il *trattamento* dei dati personali per come disciplinato nel RGPD; 2) come va considerata la fornitura, o l'impegno a fornire, dati personali nel diritto contrattuale. L'aspetto che maggiormente risalta è che nel linguaggio utilizzato, quanto meno in questa prima parte della disposizione in questione, non si rivengono termini che possono richiamare nozioni della disciplina sulla protezione dei dati personali (non si parla di trattamento dei dati, né di base giuridica che dovrebbe sorreggere lo stesso) o della nomenclatura contrattuale (non si parla di prestazione o obbligazione con riferimento alla fornitura dei dati del consumatore).

La scelta del legislatore europeo si comprende soprattutto con riguardo a quest'ultimo ambito, posto che la mancanza di un codice comune a livello europeo sconsiglia l'utilizzo di concetti che possono avere significati diversi negli ordinamenti nazionali. Tuttavia, a tale argomento può obiettarsi che ciò non ha impedito al legislatore europeo di utilizzare nei propri atti la nozione di contratto, pur nella consapevolezza che essa indosserà, nei vari ordinamenti nazionali, le differenti vesti di *contract*, *contrat*, *vertrag*, ecc. Invero, nel caso di specie è principalmente il contesto di riferimento ad aver convinto il legislatore europeo a non utilizzare le categorie note del diritto contrattuale, tenuto conto del fatto che queste ultime, nelle loro diverse declinazioni nazionali, sarebbero potute risultare in contrasto con la disciplina sulla protezione dei dati personali. Sul punto, deve ribadirsi che l'opinione espressa dal GEPD, particolarmente critica nei confronti del termine di "controprestazione" riferito ai dati personali nella proposta iniziale presentata dalla Commissione, ha chiaramente influenzato il testo finale della direttiva.

Meno comprensibile appare la decisione del legislatore europeo di non chiarire quale base giuridica, o quali basi giuridiche, di trattamento dei dati personali si prestano a garantire al fornitore di contenuti o servizi digitali la possibilità di utilizzare i dati forniti dal consumatore. A tal proposito, val la pena di segnalare ancora una volta che i dati personali sono inutilizzabili da un soggetto diverso dall'interessato senza una base giuridica apposita (cioè, una di quelle previste dall'art. 6, RGPD), con la conseguenza che, per l'operatore economico, il fatto di ricevere dati personali da parte del consumatore è come ricevere un oggetto di cui non può aprire la confezione e del quale non può nemmeno disfarsi cedendolo a terzi. Per restare nella metafora, l'oggetto in questione potrebbe solo essere usato nella propria abitazione (cfr. art. 2,

par. 2, lett. c), RGPD). Non può che escludersi, dunque, l'interpretazione secondo la quale la disposizione in esame prescinderebbe da un trattamento dei dati del consumatore da parte del fornitore del contenuto/servizio digitale. Il silenzio del legislatore europeo, allora, si giustifica in ragione del fatto che si è voluto evitare di indicare, per le fattispecie ricadenti sotto il regime della dir. 2019/770, una o più basi giuridiche di cui all'art. 6, RGPD a causa del rischio di fornire una delimitazione dei confini delle basi giuridiche in questione differente rispetto a quella emergente dal RGPD⁵⁰⁸. In effetti, già nel reg. (UE) 2016/679 è molto discutibile se determinate ipotesi ricadano sotto la lett. a), b) o f) dell'art. 6, par. 1. A tal proposito, si possono richiamare le considerazioni svolte in precedenza relativamente al trattamento dei dati personali per finalità commerciali (cfr. cap. I, § 2.2.1).

Poste tali premesse, il compito dell'interprete diventa, in primo luogo, quello di delineare i rapporti tra fornitura dei dati personali e trattamento dei medesimi dati e, in secondo luogo, quello di ricondurre la fornitura dei dati del consumatore alle categorie contrattuali. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, si farà riferimento all'ordinamento italiano.

3.1. La fornitura dei dati personali e la base giuridica del trattamento ai sensi dell'art. 6 del RGPD

Il semplice fatto che il consumatore fornisca (alcuni) dati che lo riguardano ad un operatore economico che si accinge a fornirgli un contenuto o un servizio digitale ci induce a compiere una prima selezione delle sei basi giuridiche previste dall'art. 6, par. 1 del RGPD. Di certo, il trattamento che andrà a svolgere l'operatore economico non può ritenersi «necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica» (lett. d)) o «necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento» (lett. e)). Stando alla classificazione compiuta nel § 2 del cap. II, le

⁵⁰⁸ Depone in tal senso il considerando 38 della direttiva, il quale prevede che «la presente direttiva non dovrebbe disciplinare le condizioni per il trattamento lecito dei dati personali, dal momento che tale questione è specificamente disciplinata dal regolamento (UE) 2016/679. Di conseguenza, qualsiasi trattamento di dati personali in relazione a contratti rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva è lecito solo se è conforme alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 relativo ai fondamenti giuridici per il trattamento dei dati personali».

due ipotesi appena menzionate farebbero parte delle basi giuridiche di trattamento di natura sostanzialmente pubblicistica.

Di quest'ultima categoria, resterebbe l'ipotesi di cui alla lett. c), cioè la situazione in cui il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento. Nel caso di specie, non può escludersi che il fornitore di un contenuto o servizio digitale sia tenuto ad effettuare trattamenti dei dati personali forniti dagli utenti-consumatori per motivi di sicurezza pubblica o per altri motivi che la legge gli impone. Tuttavia, risulterebbe a dir poco oscura la ragione per la quale il legislatore europeo decida di attribuire delle tutele contrattuali al consumatore digitale quando l'operatore economico si trova ad usare i dati forniti dal consumatore per scelte *eteronome*, imposte dall'ordinamento. Invero, i diritti attribuiti ai consumatori dalla dir. 2019/770 corrispondono a degli obblighi contrattuali in capo agli operatori economici, di talché non avrebbe alcuna logica onerare la posizione giuridica contrattuale di questi ultimi sol perché essi trattano i dati degli utenti per obblighi di legge. Ad ogni modo, ulteriori ragionamenti sarebbero futili in quanto è la stessa direttiva a dire chiaramente che essa non si applica nel «caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati [...] per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico».

Orbene, quest'ultima indicazione proviene dalla seconda parte del capoverso del primo paragrafo dell'art. 3, una parte della norma finora non esaminata, ma che si rivela di fondamentale importanza per l'individuazione della base giuridica del trattamento dei dati del consumatore, sebbene il legislatore europeo – come si è già evidenziato – non prenda una posizione esplicita sul punto. La disposizione in questione prevede altresì che la direttiva non si applica nel «caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva». Nel tenore letterale riecheggia l'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 6, par. 1 del RGPD, tanto da poter inferire l'esclusione di siffatta condizione di liceità del trattamento dei dati. Nel caso di specie, tuttavia, è necessario svolgere un ragionamento più articolato.

All'inferenza appena compiuta, si potrebbe infatti obiettare, in primo luogo, che qualora la fornitura dei dati da parte del consumatore dovesse assurgere ad obbligazione contrattuale, il trattamento di tali dati ad opera della controparte

diverrebbe *necessario* ai fini dell'esecuzione del regolamento contrattuale⁵⁰⁹. In secondo luogo, se ci si serve delle norme contenute nel RGPD per illuminare l'interpretazione delle norme previste dalla dir. 2019/770, si può notare che un'ipotesi di "fornitura dei dati personali" si ritrova nell'art. 20 del RGPD riguardante il diritto dell'interessato alla portabilità dei dati. Tale diritto, che appunto ha come prerequisito il fatto che l'interessato abbia fornito i dati che lo riguardano al titolare del trattamento, può essere esercitato qualora «il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), o su un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b)» (e al tempo stesso il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati). Sulla base di tale disposizione, dunque, potrebbe instaurarsi un collegamento tra *l'atto di fornire i dati personali e le basi giuridiche del consenso e del(l'esecuzione del) contratto* ai fini del trattamento degli stessi dati. Entrambi i contro-argomenti, tuttavia, appaiono deboli.

Partendo dal secondo, è agevole replicare che non può crearsi un nesso stabile tra la fornitura dei dati da parte dell'interessato e le basi giuridiche del consenso e del contratto in quanto non può escludersi che vi siano casi in cui l'interessato fornisca i dati che lo riguardano e il trattamento avvenga per qualsiasi altra base giuridica prevista dall'art. 6, par. 1 del RGPD. Ciò dipende dal fatto che l'individuazione della base giuridica del trattamento si lega principalmente alla finalità perseguita dal titolare (ad es., se l'attività del titolare è finalizzata all'esecuzione di un contratto, all'assolvimento di obblighi di legge, alla salvaguardia di interessi vitali dell'interessato, all'esecuzione di un compito di interesse pubblico o al perseguimento di un legittimo interesse) e non alle modalità con cui il titolare entra in possesso dei dati. In altri termini, per la determinazione della base giuridica, di per sé non rileva se i dati che il titolare intende trattare sono stati forniti dall'interessato (c.d. *voluntereed data*), se sono stati raccolti a seguito di un'osservazione delle attività dell'interessato (c.d. *observed data*) o se sono il frutto di un'elaborazione di queste due tipologie di dati (c.d. *inferred data*)⁵¹⁰. Tutt'al più, la nozione di dati forniti di cui all'art. 20, RGDP, per come interpretata dal Gruppo art. 29⁵¹¹, può essere utilizzata per

⁵⁰⁹ Cfr. LÉONARD, *Yves, si tu exploitais tes données?*, cit., p. 678; F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, pp. 612-614.

⁵¹⁰ V. nota 182.

⁵¹¹ GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul diritto alla "portabilità dei dati"*, 13 dicembre 2016, versione emendata il 5 aprile 2017.

individuare (non la base giuridica di trattamento, ma) la tipologia di dati cui la dir. 2019/770 intende fare riferimento⁵¹². Anche su questo profilo, però, conviene essere cauti sulla possibilità di sovrapporre nozioni presenti nel RGPD alle nozioni presenti nella direttiva in questione. In quest'ultima, infatti, il filtro principale *ratione materiae* è rappresentato – come si è già messo in luce – dalla nozione di contratto, pertanto assumere la nozione di fornitura dei dati personali di cui all'art. 20, RGPD potrebbe scontrarsi con la circostanza che, nel caso concreto, non si rinvenivano gli elementi minimi di formazione di un accordo contrattuale secondo le disposizioni del diritto nazionale.

Passando al primo contro-argomento, cioè quello relativo al concetto di trattamento necessario per l'esecuzione di un contratto quando la fornitura dei dati è una prestazione contrattuale, si deve replicare che il Gruppo art. 29 fornisce un'interpretazione restrittiva della base giuridica di cui alla lett. b) dell'art. 6, par. 1, RGPD, tale per cui la necessità del trattamento non può derivare da un parametro *soggettivo*, come ad esempio dalla scelta delle parti di aver reso la fornitura dei dati personali un'obbligazione contrattuale, ma piuttosto deve discendere da un parametro *oggettivo* legato alla tipologia, e quindi alle caratteristiche, del servizio che il titolare deve prestare, (anche) a prescindere da una giuridicizzazione nel contratto⁵¹³. Orbene, siffatta interpretazione è in grado di superare anche la tesi secondo la quale la base giuridica di cui alla lett. b) dell'art. 6 del RGPD potrebbe svolgere un (limitato) raggio d'azione nella dir. 2019/770: tesi basata sul fatto che la fattispecie in cui viene esclusa l'applicazione della direttiva si connota per essere più ristretta rispetto a quella della base giuridica in questione (nel primo caso, si parla di dati personali trattati *esclusivamente* dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale; nel secondo caso, si parla di dati personali trattati *necessariamente* per l'esecuzione del contratto)⁵¹⁴. Infatti, anche qualora il legislatore della direttiva abbia voluto lasciare aperto un ridottissimo spazio d'azione per la lett. b) dell'art. 6 del RGPD, ciò non legittimerebbe di interpretare il reg. (UE) 2016/679

⁵¹² Così ANGIOLINI, *Dati personali e tecniche di organizzazione degli interessi. Uno studio a partire dalla nozione di bene* (tit. provv.), cit.

⁵¹³ «È necessario che vi sia un collegamento diretto e obiettivo tra il trattamento dei dati e la finalità dell'esecuzione del contratto»: GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 9.

⁵¹⁴ Cfr. ZÖCHLING-JUD, in FORGÓ, ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, cit., p. 266.

in maniera diversa da come fa il Gruppo art. 29 (arg. ex art. 3, par. 8 della direttiva). Peraltro, è plausibile che la formula (più ristretta) adottata dalla direttiva si spieghi in ragione del fatto che il legislatore europeo non vuole escludere dal campo di applicazione materiale quelle ipotesi in cui un operatore economico, pur iniziando a trattare i dati del consumatore per assolvere all'adempimento del contratto o degli obblighi di legge, finisce per trattarli per finalità diverse. Non è un caso che l'ultimo inciso del capoverso del primo paragrafo dell'articolo 3 preveda che la direttiva non si applica nelle ipotesi menzionate, purché l'operatore economico «*non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti*». Sebbene la disposizione non lo espliciti, il timore del legislatore è che un trattamento, iniziato dal titolare in quanto necessario per eseguire un contratto o per assolvere ad obblighi di legge, si trasformi in un trattamento effettuato per scopi remunerativi. Se invece il fornitore del contenuto/servizio digitale non ottiene un ritorno economico dal trattamento dei dati del consumatore, non vi è ragione per sottoporlo al regime della direttiva che pone significativi obblighi a suo carico⁵¹⁵.

Ecco che si è giunti a restringere il campo a due sole basi giuridiche di trattamento dei dati personali: il consenso (lett. a) dell'art. 6, par. 1, RGPD) e il legittimo interesse del titolare (lett. f) dell'art. 6, par. 1, RGPD). Rispetto ad esse il dato testuale della direttiva non fornisce particolari indicazioni all'interprete, tuttavia in diversi punti sembra dare per scontato che il consenso possa costituire una condizione di liceità del trattamento. Sul punto, risalta in particolare il considerando 38 ove si specifica che «quando il trattamento dei dati personali si basa su un *consenso*, segnatamente a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) 2016/679, si applicano le disposizioni specifiche di tale regolamento, comprese quelle relative alle condizioni per valutare se il *consenso* sia stato o meno liberamente prestato» (corsivi aggiunti).

Non altrettanto può dirsi con riguardo alla base giuridica del legittimo interesse del titolare. È questa, pertanto, l'ipotesi più incerta, rispetto alla quale è necessario ricostruire la *ratio* e la collocazione sistematica della disciplina introdotta dalla direttiva per provare a rispondere al quesito da cui si sono prese le mosse. Come si è accennato in precedenza, benché la direttiva non lo dica espressamente, l'attribuzione dei rimedi contrattuali ai consumatori, *anche* nelle ipotesi in cui questi ultimi

⁵¹⁵ In questi termini SEIN, SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services*, cit., p. 264.

ottengono il contenuto o servizio digitale senza pagare un prezzo, sembra implicare che i dati forniti dai consumatori siano utilizzati dall'operatore economico per finalità remunerative. Altrimenti, non si spiegherebbe facilmente l'estensione di tutele contrattuali tipicamente previste nei contratti onerosi (ad es., la garanzia per vizi di conformità) nelle fattispecie in questione. Di conseguenza, se è davvero la finalità commerciale-remunerativa del trattamento dei dati (diversa da una "mera" finalità economica che includerebbe anche il trattamento dei dati personali per l'esecuzione di un contratto⁵¹⁶) a caratterizzare la fattispecie di "fornitura di contenuto/servizio digitale vs fornitura dei dati personali" prevista dalla dir. 2019/770, non può escludersi, almeno in via assoluta, l'applicazione della condizione di cui alla lett. f) dell'art. 6, par. 1, RGPD. Non può, infatti, trascurarsi che, in base al considerando 47 del RGPD, anche una finalità di *marketing* può costituire un interesse legittimo del titolare del trattamento tale da rendere lecito quest'ultimo. A tal riguardo, in realtà, in un punto precedente del lavoro (v. § 2.2.1. del cap. I), si è avuto modo di suggerire un'interpretazione restrittiva della lett. f) dell'art. 6, par. 1, RGPD, tanto da ritenere che le finalità prettamente commerciali del trattamento dei dati non dovrebbero essere coperte da quest'ultima base giuridica bensì dal consenso, onde evitare che un interesse economico possa prevalere su un interesse inerente alla personalità⁵¹⁷. Tuttavia, deve riconoscersi che non è detto che tale interpretazione qui suggerita riceva l'avallo della Corte di giustizia; pertanto, soprattutto alla luce del suddetto considerando 47, almeno in via teorica non può escludersi che il fornitore di un contenuto/servizio digitale possa giustificare un trattamento *commerciale* dei dati per il perseguimento di un legittimo interesse ai sensi del RGPD. Ciò non toglie che si può provare ad argomentare l'esclusione di tale base giuridica di trattamento dei dati per un'altra via.

Se la finalità commerciale/remunerativa del trattamento dei dati non è un sicuro discrimine tra la base giuridica del consenso e quella del legittimo interesse del titolare, c'è un altro aspetto che certamente distingue le due condizioni. Nel caso del consenso, il trattamento dei dati avviene per una scelta di autodeterminazione dell'interessato; nel caso del legittimo interesse del titolare, il trattamento dei dati si giustifica per una ponderazione compiuta dal legislatore che si sostanzia nel caso concreto, in primo

⁵¹⁶ V. cap. I, § 2.2.1.

⁵¹⁷ V. sempre cap. I, § 2.2.1.

luogo, nella decisione dell'operatore economico di trattare i dati del consumatore senza chiedere a quest'ultimo il consenso e, in secondo luogo, in un'eventuale valutazione giudiziale deputata a dirimere una controversia sull'esito del bilanciamento di interessi. In quest'ultimo caso, pertanto, manca del tutto una scelta autonoma dell'interessato-consumatore in ordine al trattamento dei propri dati. Si assisterebbe, insomma, a una situazione in cui il consumatore, aderendo al contratto, *sceglie* di fornire i dati che lo riguardano ma *non decide* sull'*an* del trattamento. Al tempo stesso, nell'ipotesi in esame, si dovrebbe supporre che l'operatore economico ricorra al *contratto* semplicemente per "ricevere" dal consumatore determinati dati, considerato che al trattamento commerciale degli stessi sarebbe già abilitato dalla *legge* in virtù del legittimo interesse perseguito. La domanda che sorge spontanea, a questo punto, è la seguente: perché mai un operatore economico dovrebbe utilizzare lo strumento del contratto per raggiungere lo scopo della *mera* fornitura di alcuni dati che riguardano il consumatore, posto che offrendo il servizio o il contenuto digitale semplicemente *in via di fatto* potrebbe comunque trattare i dati che l'utente fornisce, anche inconsapevolmente, durante l'utilizzo del suddetto servizio/contenuto? Il discrimine per la qualifica del rapporto come *de iure* o *de facto* può essere rappresentato soltanto dalla registrazione dell'utente? Se così dovesse essere, è facile prevedere che un buon numero di operatori economici europei finirà per fornire servizi o contenuti digitali facendo a meno di richiedere una registrazione formale. Non sarà forse il caso dei servizi di *social network*, dove si è visto che il prestatore del servizio ricorre al contratto anche, e soprattutto, per ottenere la licenza dell'utente (libera da *royalty*) sui propri contenuti IP (immagini, video, testi scritti, ecc.); tuttavia, vi sono tanti altri contenuti e servizi digitali ricadenti nella direttiva 2019/770 nei quali il fornitore non richiede licenze di tal genere ed è interessato a trattare "semplici" dati personali dell'utente.

Rispetto all'ipotesi appena esaminata, dove si è supposto che la base giuridica del trattamento risieda nel legittimo interesse dell'operatore economico, è ben diversa la situazione in cui il trattamento dei dati forniti dall'interessato/consumatore si fonda sul consenso di quest'ultimo. In tal caso, infatti, il *contratto* servirebbe a sorreggere un'operazione economica nella quale, a fronte del servizio o contenuto digitale offerto, l'operatore economico chiede (in cambio) il consenso al trattamento dei dati personali. Se è questo lo schema di riferimento assunto dalla dir. 2019/770, non stupisce allora

che una parte della dottrina insista sul fatto che l'obbligazione contrattuale del consumatore non sarebbe tanto la fornitura dei dati personali, quanto la prestazione del consenso al trattamento dei dati⁵¹⁸. Dunque, se il vero obiettivo dell'operatore economico è ottenere una base giuridica per il trattamento dei dati del consumatore, non avrebbe senso costruire un'obbligazione contrattuale, a carico di quest'ultimo, avente ad oggetto una prestazione di cui l'operatore può già godere in virtù di una disposizione di legge con l'effetto di non aggiungere nulla al contratto che non si verificherebbe *ipso iure*. Testualmente si è osservato che «[a]n obligation that would provide the creditor with a legal competence to data processing, to which he is entitled anyway by the law, would frustrate the purpose of the whole obligation. Therefore, a reasonable object of an obligation to provide for personal data has as its core only the data subject's consent to acts of processing, to which the creditor is not authorized anyway by the law»⁵¹⁹.

Sebbene – come si spiegherà a breve – non convinca, quanto meno nell'ordinamento italiano, l'idea di ridurre il consenso al trattamento dei dati personali ad oggetto di un'obbligazione contrattuale, il ragionamento della dottrina qui citata resta comunque valido per concludere che il consenso è la base giuridica più plausibile per giustificare il trattamento dei dati personali nell'ambito dello schema di “fornitura di contenuto/servizio digitale vs fornitura di dati personali”. Per sconfessare tale assunto, bisognerebbe ritenere che l'introduzione dei diritti consumeristici previsti dalla dir. 2019/770 poco abbia a che fare col contratto e discenda piuttosto dalla mera posizione di vantaggio economico che la legge stessa attribuisce all'operatore che tratta dati personali per determinate finalità. Il titolo della direttiva in esame, «relativa a determinati aspetti dei *contratti* ...», dovrebbe suggerirci di non adottare siffatta prospettiva.

⁵¹⁸ LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 220; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 69.

⁵¹⁹ LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *op. ult. cit.*, p. 220. Nello stesso senso, v. ZÖCHLING-JUD, in FORGÓ, ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, cit., p. 250.

3.1.1. Il problema della libertà del consenso al trattamento dei dati personali nelle ipotesi di “condizionalità” per l’accesso a una prestazione del titolare

Concludere, come si è appena fatto, che la base giuridica del trattamento dei dati personali più plausibile all’interno della dir. 2019/770 è il consenso, di certo complica, invece che agevolare, l’attività dell’interprete. La dimostrazione di tale affermazione è data dall’art. 7, par. 4 del RGPD, disposizione già citata alla fine del precedente capitolo a proposito del problematico riconoscimento del mercato dei dati personali. Infatti, la fattispecie disciplinata da tale disposizione sembra ricalcare perfettamente l’ipotesi dell’art. 3, par. 1, primo cpv. della dir. 2019/770, in cui, se la base giuridica del trattamento dei dati è il consenso del consumatore, è evidente che l’esecuzione del contratto (nel caso di specie, la fornitura di un contenuto digitale o la prestazione di un servizio digitale) avviene a condizione che il consumatore presti il consenso al trattamento dei propri dati personali. Il problema interpretativo nasce dal fatto che la medesima fattispecie, secondo la prima norma (l’art. 7, par. 4, RGPD), potrebbe condurre all’invalidità del consenso, e dunque all’illiceità del trattamento dei dati; di contro, in base alla seconda norma (l’art. 3, par. 1, dir. 2019/770), essa sarebbe il presupposto per consentire al consumatore di esercitare i rimedi previsti dalla direttiva in questione. In altri termini, quella che nel primo caso sarebbe un’*eccezione*, nel secondo caso sarebbe una *regola*, una regola parecchio instabile dal momento che, in base all’art. 3, par. 8 della dir. 2019/770, «in caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest’ultimo».

A dire il vero, l’art. 7, par. 4, RGPD non afferma *tout court* l’invalidità del consenso nell’ipotesi in esame, piuttosto utilizza la seguente formula dalla portata precettiva molto vaga: «*nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l’eventualità, tra le altre, che ...*». Appare più stringente il considerando 43 del RGPD, il quale prevede una presunzione di non libertà del consenso laddove l’esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia subordinata al rilascio del consenso al trattamento, sebbene quest’ultimo non sia necessario per l’esecuzione del contratto. Ad ogni modo, tenuto conto anche del valore non vincolante dei considerando, si è di fronte ad una norma

oggettivamente oscura, rispetto alla quale conterà molto l'interpretazione fornita dalle autorità competenti, amministrative e giurisdizionali⁵²⁰.

Sul punto, pertanto, meritano di essere in presi in considerazione gli orientamenti finora espressi dai Garanti nazionali per la protezione dei dati personali insieme alle linee guida sul consenso adottate dal Gruppo art. 29. Non deve trascurarsi, tuttavia, che saranno pur sempre le giurisprudenze nazionali, e soprattutto la giurisprudenza europea della Corte di giustizia, nell'eventualità di rinvii pregiudiziali, a fornire le interpretazioni davvero rilevanti.

3.1.2. (Segue) La “giurisprudenza” del Garante (*rectius*, dei Garanti) alla protezione dei dati personali e l'interpretazione della Corte di Cassazione

⁵²⁰ Finora si è discusso del consenso al trattamento dei dati personali per come disciplinato dalla normativa *generale* in tema di protezione dei dati personali. La materia in questione, tuttavia, consta altresì di una normativa *settoriale*, ovvero la direttiva 2002/58/CE che regola il trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nell'ambito delle comunicazioni elettroniche. In tale disciplina si affronta in particolare il problema del consenso al trattamento dei dati personali quando questi ultimi diventano oggetto di raccolta tramite *cookies*: l'art. 5, par. 1 della direttiva afferma che gli Stati membri «vietano l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente»; il par. 3 del medesimo articolo precisa altresì che gli Stati membri «assicurano che l'uso di reti di comunicazione elettronica per archiviare informazioni o per avere accesso a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l'abbonato o l'utente interessato sia stato informato in modo chiaro e completo, tra l'altro, sugli scopi del trattamento in conformità della direttiva 95/46/CE e che gli sia offerta la possibilità di rifiutare tale trattamento da parte del responsabile del trattamento» (su come deve essere prestato il consenso all'uso di *cookies*, v. di recente Corte giust. UE 1 ottobre 2019, causa C-673/17, *Planet49*, disponibile *online* su: www.curia.eu). Le disposizioni appena citate verranno sostituite dal futuro regolamento *e-privacy* (v. Commissione europea, Bruxelles, 10.1.2017 COM(2017) 10 final), nell'ambito del quale – ancora in fase di approvazione – si sta discutendo proprio dei profili relativi alla libertà del consenso, soprattutto con riguardo all'art. 8, par. 1. In particolare, il Garante europeo per la protezione dei dati personali e il Gruppo Art. 29 hanno espresso preoccupazioni in relazione ai c.d. *tracking walls*, cioè la pratica in base alla quale a un utente viene negato l'accesso a un sito internet se non fornisce il consenso ad essere tracciato quando accede ad altri siti, temendo un abbassamento della tutela rispetto alle regole generali sancite nel RGPD (v. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 6/2017 on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation)*, 24 April 2017, pp. 16-18, disponibile *online* su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-04-24_eprivacy_en.pdf; GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Parere 1/2017 relativo alla proposta di regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche (2002/58/CE)*, 4 aprile 2017, p. 17 ss.). È evidente, dunque, che anche nell'*e-privacy* il tema della libertà del consenso dipende da come vengono interpretate le norme contenute nel RGPD.

È bene evidenziare che nel testo della direttiva 95/46 non vi era una disposizione apposita che si soffermava sulla libertà del consenso al trattamento dei dati personali. Si stabiliva genericamente che il consenso in questione dovesse consistere in una manifestazione libera, specifica e informata (art. 2, lett. h). A livello nazionale, l'art. 23 del d.lgs. n. 196/2003 si è limitato a precisare «il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13». Di contro, la legge federale tedesca sulla protezione dei dati personali (BDSG) ha previsto una disposizione specifica relativamente al consenso prestato per finalità di trattamento promozionali: si tratta del § 28, comma 3b secondo il quale il titolare del trattamento non può subordinare la conclusione del contratto a questo tipo di consenso se l'interessato non può, o è per lui irragionevole, avere accesso ad altri servizi contrattuali equivalenti senza prestare il consenso; in tali casi, il consenso è inefficace⁵²¹.

A dispetto delle scarse indicazioni contenute nella direttiva e nel codice sulla *privacy*, il Garante italiano per la protezione dei dati personali ha concretizzato in più occasioni il requisito di libertà del consenso, soprattutto nei casi di consenso al trattamento dei dati per finalità di *marketing*, sancendo l'invalidità di quest'ultimo qualora risulti – anche solo in via di fatto – “obbligatorio” per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento. Può ritenersi una massima la seguente statuizione del Garante: «Non può definirsi ‘libero’, ma necessitato, il consenso al trattamento dei dati personali [per finalità di *marketing*] che l'interessato ‘deve’ prestare (aderendo a un testo predisposto unilateralmente dalla controparte contrattuale) quale condizione per il conseguimento della prestazione richiesta. In tal modo, infatti, i dati personali, lecitamente raccolti dal titolare (e conferiti dall'interessato) per il perseguimento di una determinata finalità (l'esecuzione del rapporto contrattuale), vengono di fatto piegati ad un utilizzo diverso dallo scopo originario che ne aveva giustificato la raccolta, in violazione del principio di

⁵²¹ Ne riferisce RESTA, in ID., ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 429 (in part. nota 34).

finalità»⁵²². In termini analoghi si sono espresse altre autorità nazionali a tutela della *privacy* come quella francese e quella inglese⁵²³.

Dalla panoramica rapidamente compiuta, è facile notare come le posizioni assunte dal Garante italiano, dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* francese e dall'*Information Commissioner's Office* britannico non possono considerarsi del tutto sovrapponibili alla summenzionata norma tedesca. In essa, infatti, si tiene a precisare che nel caso in cui l'interessato dovesse avere la possibilità di accedere senza irragionevole sacrificio a servizi equivalenti, rispetto a quello fornito dal soggetto che gli richiede di prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali come condizione per la conclusione del contratto, quest'ultima pratica non potrebbe dirsi vietata e il consenso prestato dall'interessato non risulterebbe inefficace. In altri termini, la norma tedesca, contrariamente a quanto lasci intendere il Garante per la protezione dei dati personali, lascia dei margini per l'espressione di un consenso libero nelle ipotesi in cui quest'ultimo è di fatto la controprestazione della fornitura di un servizio, tipizzando la fattispecie di accessibilità a servizi equivalenti senza particolare sacrificio.

Di recente, la soluzione tedesca sembra aver fatto breccia anche nell'ordinamento italiano, dove una pronuncia della Corte di Cassazione⁵²⁴, la prima in ordine alla libertà del consenso al trattamento dei dati personali, ha sancito il seguente principio di diritto:

«In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'articolo 23 del Codice della *privacy*, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto,

⁵²² Garante per la protezione dei dati personali, provv. 12-10-2005, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1179604. La medesima posizione è stata ribadita dal Garante in altre pronunce e soprattutto nelle *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, Registro dei provvedimenti n. 330, 4 luglio 2013.

⁵²³ Un'analisi dei vari provvedimenti assunti da tali autorità, oltre che dal Garante italiano, è stata condotta da THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., pp. 532-539.

⁵²⁴ Cass. 2 luglio 2018, n. 17278, cit.

il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti».

Il concetto di «servizio fungibile cui l'utente può rinunciare senza gravoso sacrificio» viene precisato dalla Suprema Corte laddove essa afferma che l'infungibilità e l'irrinunciabilità del servizio non ricorre nell'ipotesi di offerta di un generico servizio informativo come quello avente ad oggetto temi quali finanza, fisco, diritto e lavoro «giacché all'evidenza si tratta di informazioni agevolmente acquisibili per altra via, eventualmente attraverso siti a pagamento, se non attraverso il ricorso all'editoria cartacea, con la conseguenza che ben può rinunciarsi a detto servizio senza gravoso sacrificio». Non può non notarsi come il carattere fungibile e rinunciabile del servizio – cui si riferiscono gli ermellini – in qualche modo richiami la ragionevole accessibilità a servizi equivalenti di cui parla il § 28, comma 3b, BDSG.

Se la Corte di Cassazione pare essersi allineata alla soluzione tedesca, non altrettanto sembra fare il Gruppo art. 29, il quale fornisce un'interpretazione molto rigida dell'art. 7, par. 4, RGPD. In particolare, nelle ultime linee guida sul consenso al trattamento, afferma che «l'articolo 7, paragrafo 4, mira a garantire che la finalità del trattamento dei dati personali non sia mascherata né accorpata all'esecuzione di un contratto o alla prestazione di un servizio per il quale i dati personali non sono necessari. In tal modo, il regolamento assicura che il trattamento dei dati personali per cui viene richiesto il consenso non possa trasformarsi direttamente o indirettamente in una controprestazione contrattuale». E poco dopo si ribadisce che «poiché la legislazione in materia di protezione dei dati mira a tutelare i diritti fondamentali, è essenziale che l'interessato abbia il controllo sui propri dati personali; inoltre sussiste una presunzione forte secondo cui il consenso a un trattamento di dati personali non necessario non può essere considerato un corrispettivo obbligatorio dell'esecuzione di un contratto o della prestazione di un servizio». Ad ogni modo, il vero passaggio fondamentale, che sancisce una notevole distanza dalla norma tedesca succitata e dalla pronuncia della Corte di Cassazione, è il seguente:

«Il Gruppo di lavoro ritiene che il consenso non possa considerarsi prestato liberamente se il titolare del trattamento sostiene che esiste una scelta tra il suo servizio che prevede il consenso all'uso dei dati personali per finalità supplementari, da un lato,

e un servizio equivalente offerto da un altro titolare del trattamento, dall'altro. In tal caso la libertà di scelta dipenderebbe dagli altri operatori del mercato e dal fatto che l'interessato ritenga che i servizi offerti dall'altro titolare del trattamento siano effettivamente equivalenti. Ciò implicherebbe inoltre l'obbligo per il titolare del trattamento di monitorare gli sviluppi del mercato per garantire la continuità della validità del consenso per le sue attività di trattamento dei dati, in quanto un concorrente potrebbe modificare il suo servizio in un momento successivo. Di conseguenza il consenso ottenuto con questa argomentazione non rispetta il regolamento generale sulla protezione dei dati»⁵²⁵.

3.1.3. (Segue) Qual è la *ratio* dell'art. 7, par. 4, RGPD?

Alla luce del testo oscuro dell'art. 7, par. 4, RGPD e delle diverse interpretazioni fornite al requisito di libertà del consenso al trattamento in ambito nazionale ed europeo, è necessario compiere uno sforzo ulteriore per ricostruire la *ratio* di tale norma. Il dato certo è che in tale settore la libertà che si richiede è un *quid pluris* rispetto alla libertà negoziale tradizionale, dove è sufficiente che la manifestazione di volontà non sia inficiata dai vizi tipici dell'errore, della violenza e del dolo (v. artt. 1427 ss. c.c.)⁵²⁶.

A tal riguardo, è utile compiere una digressione. Si deve riconoscere che negli ultimi decenni la libertà del volere è diventata sempre di più un concetto multiforme, di gradazione diversa a seconda del contesto di riferimento. È noto, infatti, che la presa d'atto delle varie tipologie di asimmetrie presenti tra i soggetti privati ha suggerito una frammentazione dell'idea di atto di autonomia di origine liberale⁵²⁷. Per diversi soggetti, che versano in situazioni di debolezza all'interno del mercato, il consenso espresso è libero solo se informato. In taluni casi, tuttavia, il rafforzamento della libertà del consenso non attiene tanto ad un'esigenza di riequilibrio delle asimmetrie (di informazione e di potere) tra privati, quanto ad una finalità di tutela di certi valori della persona. È il caso, ad esempio, del consenso informato da esprimere prima di sottoporsi a interventi medico-sanitari. Poste tali differenze, è evidente che la finalità

⁵²⁵ GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 9-10.

⁵²⁶ Lo segnalò subito BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., p. 285.

⁵²⁷ Cfr. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

perseguita dal legislatore incide sullo statuto del consenso che si viene a delineare. A volte, infatti, perché un consenso sia libero è necessario che sia “gratuito”, cioè totalmente disinteressato e quindi svincolato da qualsiasi forma di corrispettivo; altre volte, invece, è sufficiente che lo sbilanciamento di potere con la controparte e/o la mancanza di informazioni a disposizione non abbiano determinato un’alterazione del volere, nel senso di far esprimere alla parte debole un consenso diverso da quello che altrimenti avrebbe prestato⁵²⁸.

Siffatta premessa è d’obbligo per approcciarsi al tema in questione. In primo luogo, infatti, bisogna comprendere cosa ha mosso il legislatore europeo nel prevedere la norma di cui all’art. 7, par. 4, RGPD, così da individuare, in seconda battuta, il mezzo adeguato al fine. A parere di chi scrive, vi possono essere tre differenti *rationes* della norma.

1) Si può supporre che il legislatore europeo reperi la commercializzazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali *di per sé* un disvalore per l’ordinamento. In tale ottica, naturalmente, la possibilità di uno scambio tra consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali ed esecuzione di un contratto da parte del titolare dovrebbe ritenersi vietata *tout court*, al pari dello scambio tra consenso dell’interessato e pagamento di un prezzo da parte del titolare. Su tale linea sembra posizionarsi il Garante europeo per la protezione dei dati personali, laddove afferma che «*there might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. One cannot monetise and subject a fundamental right to a simple commercial transaction, even if it is the individual concerned by the data who is a party to the transaction*»⁵²⁹.

L’obiezione più forte a tale interpretazione è che la lettera dell’art. 7, par. 4, RGPD, per quanto ambigua, non legittima una conclusione così rigida. Sul piano sistematico, inoltre, può richiamarsi la già menzionata distinzione tra lo statuto degli attributi materiali della personalità e lo statuto degli attributi immateriali della stessa (v. cap. II, § 3).

⁵²⁸ Sui diversi modi di intendere la libertà del consenso, v. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., p. 517 ss.

⁵²⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 7.

2) Alla medesima conseguenza, cioè il divieto delle pratiche di legare il consenso (al trattamento dei dati) alla fornitura di una prestazione contrattuale, può giungersi anche sulla base di una *ratio* parzialmente diversa dalla precedente. Non l'idea che la mercificazione dei diritti della personalità sia di per sé un disvalore, bensì l'intenzione di evitare che la protezione dei dati personali diventi una prerogativa di ceto, cioè di coloro che possono rinunciare a prestare il consenso al trattamento dei dati in quanto possono facilmente optare al ricorso ai propri mezzi pecuniari per ottenere l'accesso ai medesimi servizi⁵³⁰. Se fosse questa la *ratio* che sta dietro l'art. 7, par. 4, RGPD, dovrebbero essere vietati anche quei modelli commerciali che permettono al consumatore di scegliere se accedere a un determinato servizio pagando un prezzo o, in alternativa, fornendo i propri dati personali (e dunque prestando il consenso al trattamento).

Si tratterebbe, in fondo, di una finalità *politica* che il legislatore europeo potrebbe lecitamente perseguire, giustificando altresì la differenza di regime con la commercializzazione del diritto all'immagine sulla base del fatto che quest'ultimo è, se non sempre ma nella maggioranza dei casi, oggetto di disposizione da parte di celebrità che lo negoziano certamente non per ragioni di indigenza economica. In altri termini, il diritto all'immagine (delle persone note), a differenza del diritto alla protezione dei dati personali (delle persone comuni), si presta meglio ad essere negoziato attraverso l'espressione di un "libero" atto di autonomia privata. Se c'è indubbiamente del vero in tali considerazioni, non può negarsi che qualora il legislatore del RGPD avesse voluto assumere tale prospettiva avrebbe dovuto manifestarlo in termini molto più chiari. Non tanto nel senso che avrebbe dovuto sancire un divieto *tour court* dei modelli commerciali in questione, quanto nel senso che la stessa presunzione di invalidità del consenso avrebbe dovuto far riferimento alla posizione economica dell'interessato.

Resta il fatto che la politica in questione potrebbe risultare comunque ben poco efficace: il risultato pratico di bandire i modelli commerciali in cui il consenso al trattamento dei dati personali rappresenta, di fatto, la controprestazione della fornitura di una prestazione contrattuale potrebbe essere, con discreta probabilità, quello di

⁵³⁰ Si tratterebbe di una *ratio* che in qualche modo richiama quella dei *merit goods* sottratti al mercato per ragioni di disuguaglianza: v. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 25 ss.

indurre gli operatori economici a richiedere, in via diretta, *senza margine di scelta per il consumatore*, un prezzo per la fruizione del servizio. Pertanto, le fasce più indigenti saranno pure esonerate dal dubbio se pagare un prezzo o se fornire i propri dati personali, ma a tale risultato si giunge sol perché i soggetti in questione saranno costretti a pagare un prezzo quando intendono accedere al servizio. Se l'obiettivo del legislatore è realmente di tipo sociale, sarebbe più efficace lasciare agli operatori economici la libertà di scegliere il modello commerciale a loro più congeniale, con il vincolo che qualora si opti per il modello basato sullo scambio "servizio vs dati personali" bisogna fornire al consumatore l'alternativa di accedere al servizio pagando un prezzo *ragionevole*⁵³¹.

3) Infine, si può ritenere che l'art. 7, par. 4, RGPD sia un'arma di contrasto allo squilibrio tra la posizione dell'interessato e quella del titolare del trattamento⁵³². D'altronde, la proposta di regolamento sulla protezione dei dati personali presentata inizialmente dalla Commissione europea prevedeva, proprio al paragrafo 4 dell'articolo 7, che «il consenso non costituisce una base giuridica per il trattamento ove vi sia un notevole squilibrio tra la posizione dell'interessato e del responsabile del trattamento»⁵³³. Il testo di tale disposizione è trasmigrato poi, quasi alla lettera, nell'attuale considerando 43 del RGPD, il quale afferma che «per assicurare la libertà di prestare il consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente *squilibrio* tra l'interessato e il titolare del trattamento» (corsivo aggiunto). Di squilibrio di potere parla anche il Gruppo art. 29 nelle linee guida sul consenso, ove tuttavia, in maniera non troppo limpida, si distingue tra l'ipotesi dello

⁵³¹ Parla di «prezzo congruo» THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 186. Ad ogni modo, il prezzo congruo, ragionevole o "semplicemente" giusto è certamente un concetto difficile da maneggiare. Per alcune significative riflessioni in merito alla determinabilità del prezzo, prendendo spunto dai c.d. *F/RAND Commitments*, v. M.R. MAUGERI, *Standardizzazione e disciplina del contratto: i F/RAND Commitments*, in *Annuario del contratto* 2013, diretto da A. D'ANGELO, V. ROPPO, Torino, 2014, pp. 48-87.

⁵³² Su tale linea, sembra posizionarsi anche THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 161 ss., la quale, in particolare, osserva che «le circostanze dequalificanti che escludono la libertà del consenso paiono riguardare il tipo di servizio prestato in cambio del consenso e le modalità di richiesta del consenso, tali da escludere la parità dei contraenti e la consapevolezza dell'interessato» (p. 166).

⁵³³ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, COM(2012) 11 final.

squilibrio di potere e l'ipotesi di condizionalità del consenso, come se si trattasse di fattispecie rispondenti a logiche differenti⁵³⁴.

In realtà, una lettura completa del considerando 43 fa intendere che lo squilibrio tra titolare e interessato è il *genus* che ingloba differenti *species* che possono condurre a una prestazione non libera del consenso, come ad esempio l'ipotesi in cui il titolare del trattamento è un'autorità pubblica (o un datore di lavoro, integrando con le linee guida del Gruppo art. 29) o l'ipotesi in cui l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione. Lo squilibrio in questione non sembra essere tanto di ordine informativo, posto che al contrasto di tale asimmetria sono deputati gli artt. 12-14 del RGPD che individuano una pluralità di informazioni che il titolare è tenuto a fornire all'interessato, quanto piuttosto uno squilibrio di potere in senso lato. Nel caso del rapporto con un'autorità pubblica (o con un datore di lavoro), lo squilibrio di potere attiene soprattutto alla riverenza che tali soggetti suscitano, in una logica individuale, sull'interessato finendo per condizionare l'espressione di un consenso libero. Addirittura, il considerando 43 ritiene «improbabile che il consenso al trattamento dei dati personali venga prestato liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica». Nel caso, invece, della condizionalità del consenso rispetto all'esecuzione di un contratto, lo squilibrio di potere riguarda (*rectius*, può riguardare) la posizione dell'interessato e del titolare a livello di mercato, in una logica quindi non più prettamente individuale. Ecco, allora, che assumono rilevanza le *alternative* che possiede il consumatore-interessato nell'accesso ai servizi per la cui fornitura gli viene richiesta la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali. Di conseguenza, se il consumatore non trova sul mercato alternative equivalenti, che non comportino sacrifici irragionevoli, il consenso al trattamento dei dati personali non può diventare una condizione necessaria di accesso al servizio. In altre parole, l'operatore economico non avrebbe tecnicamente un obbligo a contrarre, ma avrebbe un *obbligo a non contrarre in un solo modo*, cioè utilizzando il solo modello commerciale dei dati personali come contropartita del servizio⁵³⁵. Se è questa la *ratio* dell'art. 7, par. 4,

⁵³⁴ GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., pp. 6-11, dove il paragrafo 3.1.1. è dedicato allo "Squilibrio di potere" e il paragrafo 3.1.2. alla "Condizionalità".

⁵³⁵ Se l'operatore economico si trovasse in regime di monopolio, non potrebbe chiaramente utilizzare come unico *business model* quello basato sullo sfruttamento dei dati personali degli utenti. Tale considerazione fa sorgere notevoli dubbi sulla legittimità degli attuali modelli commerciali adottati da

RGPD, è evidente che l'effetto non può essere un divieto assoluto delle operazioni economiche in cui il consenso al trattamento dei dati personali rappresenta, di fatto, il corrispettivo della fornitura di una prestazione contrattuale. Se proprio si vuole individuare, come fa il considerando 43, una presunzione di non libertà (e quindi invalidità) del consenso, si dovrebbe aggiungere che l'onere probatorio contrario sarebbe soddisfatto ogni qualvolta il servizio o, più in generale, la prestazione contrattuale fornita dal titolare del trattamento è reperibile sul mercato, a condizioni ragionevoli, senza la necessità – per il consumatore – di dover prestare il consenso al trattamento dei dati personali. In fondo, si tratterebbe di una conferma della soluzione tedesca di cui al § 28, comma 3b del BDSG, sposata nella sostanza dalla Corte di Cassazione.

Le tre *rationes* appena tratteggiate corrispondono, per sommi capi, a tre diverse forme di paternalismo: la prima, un paternalismo forte di tipo morale; la seconda, un paternalismo forte di stampo sociale; la terza, un paternalismo debole orientato all'accesso al mercato⁵³⁶. Mentre la terza collide con la prima senza alcuna possibilità di conciliazione, non può dirsi lo stesso del rapporto tra la terza e la seconda. I margini di incontro risiedono nell'interpretazione dell'inciso “*senza particolare o irragionevole sacrificio*” riguardante l'accesso alle alternative equivalenti. È evidente che qualora si dia a tale formula un'accezione precipuamente patrimoniale (nel senso che il sacrificio sarebbe irragionevole in considerazione del prezzo troppo oneroso richiesto per quel servizio), la terza soluzione assumerebbe una connotazione sociale avvicinandosi a quanto sopra indicato a proposito della seconda soluzione. Cioè, che gli operatori economici hanno sì la libertà di scegliere il modello commerciale a loro più congeniale, ma con il vincolo che qualora si opti per il modello basato sullo scambio “servizio vs dati personali” bisogna fornire al consumatore l'alternativa di accedere al servizio pagando un prezzo ragionevole. Sul punto, non potrà che attendersi un chiarimento della Corte di giustizia, la quale avrebbe una grande occasione per fare lumi su come va intesa l'*economica sociale di mercato* nell'ambito del mercato digitale.

Google e Facebook: nel medesimo senso S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws*, 2019, 3, p. 141.

⁵³⁶ Sulle diverse forme di paternalismo in relazione al consenso al trattamento dei dati personali, v. FERRETTI, *A European Perspective on Data Processing Consent*, cit., p. 498 ss.

3.2. La fornitura/trattabilità dei dati personali dedotta in contratto: le possibili ricostruzioni giuridiche

Risolto il problema della base giuridica del trattamento dei dati personali, è opportuno soffermarsi sulla configurazione del contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali nelle ipotesi in cui il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali. Si tratta di verificare cosa rappresenta, a livello contrattuale, la fornitura dei dati personali da parte del consumatore e, soprattutto, adesso che si è affrontata la questione della base giuridica del trattamento, come si pone quest'ultima – che potremmo definire come la “trattabilità” dei dati personali – rispetto al contratto. Alcuni interrogativi possono rendere immediatamente comprensibile la portata della questione. Siamo di fronte ad un contratto a prestazioni corrispettive?⁵³⁷ L'eventuale prestazione del consumatore si risolve nella (mera) fornitura dei dati personali o si compone anche della messa a disposizione di una base giuridica di trattamento, e quindi del consenso al trattamento *ex art. 6, par. 1, lett. a), RGPD*? E ancora, la prestazione in questione andrebbe intesa come l'oggetto di una obbligazione, così come la configura l'art. 1174 del nostro codice civile, assoggettandosi al regime generale contenuto nel Titolo I del Libro IV del medesimo codice?

L'operazione qualificatoria è tutt'altro che semplice ed è bene precisare fin da subito che i diversi ordinamenti nazionali potranno assumere prospettive differenti dal momento che, come si è visto, la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di disciplinare gli aspetti del diritto generale dei contratti. Al momento, la dottrina che risulta più avanti rispetto alle altre, sul piano della riconduzione alle categorie generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti, è quella di area tedesca⁵³⁸. Pertanto, pur nella consapevolezza delle diversità concettuali e normative dell'ordinamento in

⁵³⁷ Circa la rilevanza del riconoscimento di un nesso di corrispettività nelle ipotesi di “prestazione vs consenso al trattamento dei dati personali”, v. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 171 ss.

⁵³⁸ L. SPECHT, *Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?*, in *JZ*, 2017, p. 763 ss.; SCHMIDT-KESSEL, GRIMM, *Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche von Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten*, cit., p. 84 ss.; SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1036 ss.; METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 817 ss.; LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 218 ss.

questione rispetto all'ordinamento contrattuale italiano, si ritiene comunque utile passare in rassegna le soluzioni avanzate dalla suddetta dottrina.

3.2.1. La via tedesca: dati personali come oggetto di prestazione (*Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*)

La dottrina tedesca ha iniziato a interrogarsi sulla qualificazione della fornitura dei dati personali da parte del consumatore all'interno del contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali quando ancora la direttiva in questione era in fase di proposta.

A parte qualche voce minoritaria⁵³⁹, la maggior parte degli autori intervenuti sul tema ha ammesso la possibilità di configurare i dati personali come oggetto di una prestazione contrattuale⁵⁴⁰. In particolare, si è fatto leva sulla circostanza che il BGB assume un concetto ampio di prestazione, che include anche la mera tolleranza (v. § 241, comma 1)⁵⁴¹, senza tra l'altro richiedere che la prestazione abbia necessariamente un valore economico⁵⁴².

Vi sono, tuttavia, orientamenti differenti rispetto a come delineare questo tipo di prestazione: se cioè quest'ultima debba risolversi nella mera fornitura dei personali o nel consenso al trattamento dei dati personali, oppure ancora, in posizione intermedia, debba tenere in considerazione entrambi i momenti. Stando al disposto della direttiva 2019/770, l'unico elemento considerato è la semplice fornitura (o l'impegno a fornire) dei dati personali. Tuttavia, si è opportunamente osservato che «*supplying personal data is not sufficient*» in quanto l'interesse del creditore di tale obbligazione è trattare i dati personali del consumatore e non semplicemente riceverli. Sulla base di ciò,

⁵³⁹ SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, cit., p. 74. Cfr. anche R. SCHULZE, *Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law*, in A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., p. 141, il quale, sebbene ravvisi un aspetto positivo nel porre l'attenzione sul sinallagma contrattuale nel contesto della fornitura di contenuti digitali, al tempo stesso riconosce che «it may appear doubtful [...] whether [personal data as counter-performance] accords on a theoretical level with the general concept of performance, *Leistung, prestation*».

⁵⁴⁰ METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 831 ss.; SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1037 ss.; SCHMIDT-KESSEL, GRIMM, *Unentgeltlich oder entgeltlich?*, cit., p. 88 ss.; SPECHT, *Daten als Gegenleistung*, cit., p. 764 ss.

⁵⁴¹ SCHMIDT-KESSEL, GRIMM, *Unentgeltlich oder entgeltlich?*, cit., p. 89.

⁵⁴² ARBEITSGRUPPE „DIGITALER NEUSTART“ DER KONFERENZ DER JUSTIZMINISTERINNEN UND JUSTIZMINISTER DER LÄNDER, Bericht vom 15.5.2017, 2017, p. 200, disponibile *online* su: https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_di_g_neustart.pdf.

prende forza la tesi che individua nel consenso al trattamento dei dati l'oggetto dell'obbligazione⁵⁴³. Un'altra parte della dottrina, invece, fa uso della distinzione tipica dell'ordinamento tedesco tra *Verpflichtungs- und Verfügungsgesch* per sostenere che il primo atto (obbligatorio) copre la promessa del consumatore di divulgare i suoi dati, mentre il secondo concerne l'effettiva disposizione esecutiva dell'obbligazione che, nel caso di specie, si attuerebbe per mezzo del consenso al trattamento dei dati⁵⁴⁴. Partendo da tale distinzione, si fa notare attentamente che, almeno nell'ordinamento in questione, gli effetti giuridici sono diversi a seconda che la controprestazione si ravvisi nella sola fornitura dei dati personali o anche nel consenso al trattamento. Quest'ultima ricostruzione si fa preferire in quanto si adatta meglio alla natura mista del contratto (*rectius*, dei diversi contratti) di fornitura di contenuti o servizi digitali, nel quale si mischiano aspetti tipici della compravendita (ad es., la fornitura immediata e definitiva di un contenuto digitale) ad aspetti tipici dei contratti di durata (ad es., il trattamento continuato di dati personali, posto che i dati personali non possono mai essere oggetto di un'alienazione)⁵⁴⁵.

Se tali speculazioni risultano poco utili per l'ordinamento italiano che non conosce la distinzione tra *Verpflichtungs- und Verfügungsgesch*, non altrettanto può dirsi con riguardo ai tentativi di qualificazione dogmatica dell'obbligazione nella quale il consenso al trattamento dei dati personali rappresenterebbe la prestazione. Prendendo atto dell'indisponibilità del diritto di revoca *ad nutum* del consenso *ex art. 7, par. 3, RGPD*, la dottrina tedesca si è scontrata con la difficoltà di definire un'obbligazione in cui il diritto di adempimento del creditore nascerebbe frustrato. Tale ineliminabile constatazione ha suggerito il ricorso alla categoria dell'obbligazione naturale⁵⁴⁶, la quale, però, ben poco si presta a spiegare con pregnanza atti seriali di consumo come quelli ricompresi nella fornitura di contenuti o servizi digitali⁵⁴⁷. In alternativa, configurando la revoca del consenso al trattamento come un inadempimento giustificato o un recesso legale, potrebbe dirsi che la possibilità per il creditore di

⁵⁴³ LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 220.

⁵⁴⁴ METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 831; Specht, *Daten als Gegenleistung*, cit., p. 765.

⁵⁴⁵ SPECHT, *Daten als Gegenleistung*, cit., pp. 64, 768.

⁵⁴⁶ LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *op. ult. cit.*, p. 221.

⁵⁴⁷ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 417.

domandare l'adempimento non viene meno fino a quando non viene esercitata la suddetta revoca⁵⁴⁸.

Si tratta comunque di ricostruzioni non pienamente soddisfacenti, che mettono in dubbio la stessa utilità di ricorrere alla categoria di obbligazione. Non a caso, la dottrina austriaca ha ritenuto più plausibile discorrere di una sorta di "realità" del consenso al trattamento dei dati personali, nel senso che il contratto che avrebbe quest'ultimo come controprestazione si concluderebbe solo nel momento in cui il consenso è effettivamente concesso, escludendo dunque la possibilità di obbligarsi a prestare il consenso⁵⁴⁹. Specularmente, si è affermato che finché si reputa irrinunciabile il diritto di revoca del consenso, non può costruirsi una disciplina che riguardi l'obbligazione di fornire dati personali⁵⁵⁰.

3.2.2. Una possibile via italiana: un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali e il consenso al trattamento dei dati personali

Le considerazioni appena svolte relativamente alle ricostruzioni avanzate dalla dottrina tedesca suggeriscono che lo statuto dell'obbligazione mal si presta a inglobare al suo interno sia la fornitura dei dati personali sia il consenso al trattamento dei dati. Qualora ci si volesse cimentare nello sforzo di confrontarsi con le norme del nostro codice civile, si potrebbe far riferimento all'art. 1174 c.c. per evidenziare come la mera fornitura dei dati personali difficilmente può dirsi di per sé suscettibile di valutazione economica, se non si va ad aggiungere una base giuridica di trattamento dei dati che ne consenta un utilizzo commerciale. Inoltre, come si è detto sopra, il semplice atto di fornire dati personali potrebbe non corrispondere a un interesse del creditore, se quest'ultimo non è in grado, per l'appunto, di trattarli lecitamente. Assodato che anche per l'ordinamento italiano l'unica prestazione possibile dovrebbe risolversi nel

⁵⁴⁸ LANGHANKE SCHMIDT-KESSEL, *op. ult. cit.*, p. 221.

⁵⁴⁹ ZÖCHLING-JUD, in FORGÓ, ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, cit., p. 251, il quale coerentemente ritiene che non sarebbe certamente ammissibile un preliminare di contratto ai sensi del § 936, ABGB.

⁵⁵⁰ SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1043 ss., il quale finisce per suggerire un'interpretazione che porterebbe a legittimare una rinuncia al diritto di revoca del consenso. Tale interpretazione non è meritevole di adesione perché l'art. 7, par. 3, RGPD va considerato come una norma imperativa e quindi inderogabile dalle parti.

consenso al trattamento dei dati personali, per non cadere nella ben poco proficua (e altresì poco realistica) obbligazione naturale si potrebbe abbozzare la provocazione di una “prestazione senza obbligazione”⁵⁵¹. A tal proposito, andrebbe richiamata la circostanza nota che il legislatore del 1942, in virtù del principio del consenso traslativo di cui all’art. 1376 c.c., ha adottato una nozione di contratto più ampia rispetto all’idea che vede il contratto soltanto come fonte di obbligazioni. Pertanto, paragonando il consenso al trattamento dei dati personali ad una prestazione contrattuale non obbligatoria, si finirebbe sostanzialmente per assimilarlo al consenso traslativo. Una tale operazione, tuttavia, risulta assolutamente impropria per le profonde ed evidenti differenze che intercorrono tra i due consensi in questione: basti dire che l’effetto reale tipico dell’uno è quanto di più lontano possa esserci rispetto agli effetti prodotti dall’altro ai sensi del RGPD.

Emerge così in tutta la sua complessità il problema di dare una veste giuridica alla fattispecie qui in esame, dove la fornitura di contenuti o servizi digitali è resa, quanto meno in termini economici, in cambio della possibilità di trattare i dati personali del consumatore, tanto da richiamare alla mente il concetto di corrispettività tra prestazioni. Tuttavia, come si è visto, se di prestazione in senso stretto non può parlarsi con riferimento alla trattabilità dei dati personali, vi è un’altra via che l’ordinamento italiano può intraprendere. Opportunamente indicata da una delle prime voci dottrinali che ha affrontato la questione, si tratta della ricostruzione sotto forma di collegamento negoziale tra il contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali e il consenso al trattamento dei dati personali del consumatore, ovvero «due momenti negoziali diversi e distinti, seppur collegati nel contesto di un’operazione economica unitaria»⁵⁵². D’altra parte, il consenso al trattamento dei dati personali, in virtù delle condizioni di validità disciplinate dall’art. 7, RGPD e riassunte nella definizione di cui all’art. 4, n. 11, RGPD, ha uno statuto ben più “robusto” rispetto al consenso

⁵⁵¹ Critica verso la qualificazione del consenso al trattamento come oggetto di un’obbligazione anche THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 178 ss., la quale tuttavia ritiene sussistere «un nesso sinallagmatico tra la fornitura del servizio e il trattamento dei dati, anche se al di fuori di un circuito obbligatorio vero e proprio, in quanto si tratta di due sacrifici (intesi, beninteso, in senso giuridico, alla stregua di prestazioni positive o negative che le parti effettuano), che si giustificano reciprocamente». In questa apprezzabile ricostruzione, si assume una nozione ampia di prestazione, ma non si chiarisce fino in fondo quale sarebbe lo statuto del consenso al trattamento dei dati personali nelle vesti di controprestazione.

⁵⁵² C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 510.

contrattuale, i cui requisiti ordinari di validità si ricavano implicitamente dagli artt. 1427 ss. c.c., con il solo rafforzamento previsto in caso di ricorso a particolari modalità di conclusione del contratto e in specifici settori di mercato nei quali, in considerazione delle asimmetrie informative tra le parti, il consenso del contraente c.d. debole deve presentarsi “informato” per mezzo degli obblighi di informazione imposti al contraente c.d. forte. Dunque, è per tali ragioni che, nella fattispecie che ci riguarda, si manifesta «la necessità di un doppio procedimento formale e di un *doppio consenso* da parte dell’utente del servizio. Innanzitutto il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l’esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR, come esattamente interpretate dalla più recente giurisprudenza»⁵⁵³.

Il collegamento in questione si caratterizzerebbe per il fatto che, da un lato, vi sarebbe un contratto, cioè il contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali, mentre, dall’altro, un negozio unilaterale, ossia il consenso al trattamento dei dati personali, a meno di non configurare quest’ultimo come un negozio bilaterale frutto di una proposta ed accettazione tra titolare e interessato⁵⁵⁴. Inoltre, ricorrendo alle classificazioni operate dalla dottrina in punto di collegamento negoziale⁵⁵⁵, si tratterebbe di un collegamento funzionale, nel senso che esso non rileva solo nella fase di formazione dei negozi (c.d. collegamento genetico) ma coinvolge anche il rapporto che ne scaturisce, e bilaterale (o biunivoco), nel senso che entrambi i negozi si configurano l’uno dipendente dall’altro: certamente l’operatore economico non sarebbe disposto a fornire il contenuto o servizio digitale senza il consenso al trattamento dei dati da parte del consumatore, ma ugualmente lo stesso consumatore non avrebbe ragione di prestare il proprio consenso se non dietro la contropartita di

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ Questa ricostruzione è stata criticata al cap. II, § 2.1.1.1.

⁵⁵⁵ La letteratura sul collegamento negoziale è copiosa: *ex multis* M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. Scienze economiche*, 1937, p. 276 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 48 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 279 ss.; tra i contributi monografici più recenti, v. A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; C. COLOMBO, *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, Padova, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell’ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.

poter fruire del contenuto o servizio digitale. Più discutibile è se debba configurarsi come un collegamento volontario, cioè nascente dall'autonomia privata, o legale, posto che nel caso in questione è la direttiva stessa a dar rilievo al collegamento⁵⁵⁶. Ad ogni modo, a prescindere dalle categorizzazioni, la teoria del collegamento negoziale funzionale, com'è noto, permette di far acquisire rilevanza al collegamento principalmente sotto due profili: sul piano della configurazione della causa dell'operazione economica complessiva⁵⁵⁷ e sul piano della reciproca influenza delle vicende giuridiche riguardanti i due negozi collegati, riassunta dal brocardo *simul stabunt, simul cadent*⁵⁵⁸.

Orbene, in virtù di un collegamento così ricostruito, si istituisce tra il contratto di fornitura in esame e il consenso al trattamento prestato dal consumatore una «sorta di corrispettività *indiretta*»⁵⁵⁹. Può spiegarsi così il motivo per cui il legislatore europeo attribuisce al consumatore alcuni rimedi, quali quelli disciplinati dagli artt. 13 e 14 della dir. 2019/770 in caso di mancata fornitura del contenuto/servizio digitale e di difetto di conformità dello stesso, tipicamente previsti per i contratti a prestazioni corrispettive (almeno nell'ordinamento italiano, si pensi alla risoluzione per inadempimento) o comunque previsti con un regime diverso nei contratti a titolo gratuito⁵⁶⁰.

Tuttavia, a parte tali conclusioni, ormai in qualche modo superflue dal momento che è la stessa direttiva a definire i rimedi del consumatore nell'ipotesi di fornitura *non direttamente onerosa* dei contenuti o servizi digitali⁵⁶¹, la rilevanza del collegamento negoziale può apprezzarsi soprattutto sul piano dell'influenza reciproca dei due negozi

⁵⁵⁶ La questione si pone soprattutto nei casi in cui l'operatore economico non presenta il consenso al trattamento dei dati personali del consumatore come condizione per la conclusione dello stesso, tanto da porsi in un rapporto di mera contestualità con il contratto. In tale ipotesi, si è opportunamente rilevato che la conclusione del contratto «rappresenta [...] una mera occasione, per chi presta il servizio, di richiedere anche il consenso al trattamento dei dati» (così THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 174). Pertanto, può porsi il dubbio che in assenza di chiari indici di *volontà* di collegamento, non si applichi la disciplina della direttiva.

⁵⁵⁷ GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 905 ss.

⁵⁵⁸ Sinteticamente sulla rilevanza del collegamento negoziale, cfr. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 369-372.

⁵⁵⁹ CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., p. 513.

⁵⁶⁰ Con una certa approssimazione, si può parlare di una tendenza generale a valutare diversamente la garanzia per vizi e, in generale, la responsabilità del debitore nel caso di contratti gratuiti. Nel DCFR, ad esempio, si deve tener conto della natura gratuita del contratto nel valutare la conformità dei beni oggetto di una donazione (IV. H. – 3:102), così come nel valutare quali impedimenti il donante avrebbe potuto ragionevolmente superare nell'esecuzione della prestazione promessa (IV. H. – 3:204).

⁵⁶¹ D'altra parte, è nella discrezionalità del legislatore attribuire certi rimedi anche nei contratti gratuiti.

in questione. Invero, trattandosi di due negozi comunque distinti, non c'è la necessità di compiere acrobazie interpretative qualificando la revoca del consenso al trattamento come un inadempimento giustificato o come un recesso legale dal contratto. D'altronde, così ragionando, l'operatore economico non possiede alcuna pretesa diretta sulla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali da parte del consumatore, con la conseguenza che l'art. 1218 c.c. non può mai essere a tal fine invocato. Tale ricostruzione, pertanto, permette di salvare a pieno il disposto dell'art. 7, par. 3, RGPD, il quale prevede che «l'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento» e inoltre che «il consenso è [nel senso di *deve poter essere*] revocato con la stessa facilità con cui è accordato». È evidente che qualora si esponesse il consumatore a una responsabilità contrattuale per inadempimento della prestazione (*alias*, la revoca del consenso al trattamento), ci si porrebbe in contrasto – contravvenendo all'art. 3, par. 8 della dir. 2019/770 – con il RGPD, che al considerando 42 dispone altresì che «il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente prestato se l'interessato [...] è nell'impossibilità di rifiutare o *revocare il consenso senza subire pregiudizio*» (corsivo aggiunto).

Se alla luce di tali considerazioni, quindi, può dirsi che un primo obiettivo – quello della salvaguardia della compatibilità della dir. 2019/770 con il RGPD – è stato raggiunto grazie alla qualificazione del consenso al trattamento dei dati personali come *negozio distinto ma collegato* al contratto di fornitura dei contenuti o servizi digitali, deve comunque rilevarsi che si è ancora soltanto a metà del guado. La principale difficoltà risiede, adesso, nel definire quali effetti subisce il contratto di fornitura a seguito di un'inefficacia *ex tunc* del consenso in questione e a seguito della revoca dello stesso, efficace *ex nunc*, oltre che nel verificare come un'illiceità (o più genericamente un abuso) nel trattamento dei dati personali può riverberarsi sul contratto.

4. (In)efficacia, (in)validità e (non) conformità del contratto di fornitura alla luce di “vizi” nel trattamento dei dati personali

Come si è già anticipato, la teoria del collegamento negoziale è portatrice del brocardo *simul stabunt, simul cadent*. Riportando tale regola alla fattispecie in esame,

dovrebbe concludersi che, venuto meno per una qualsiasi ragione il consenso al trattamento dei dati personali, dovrebbe *sempre e automaticamente* caducarsi anche il contratto di fornitura dei contenuti/servizi digitali ad esso collegato⁵⁶². Sebbene si tratti di un principio ripetuto in molteplici massime giurisprudenziali⁵⁶³, la dottrina più attenta osserva che «il coordinamento di più negozi verso una funzione complessa comporta una gamma sostanzialmente omnicomprensiva di potenziali ripercussioni delle vicende relative ad uno di essi (o al rapporto da esso scaturente) sull'altro o sugli altri, stabilire poi quali siano le conseguenze che di volta in volta si producono, è questione risolvibile sollo alla luce di una valutazione in concreto, tenuto conto dell'assetto di interessi che le parti hanno inteso divisare nel caso di specie»⁵⁶⁴. Sulla base di tale premessa, si aggiunge che «la stessa regola operativa riassunta nel tradizionale brocardo *simul stabunt, simul cadent*, lungi dall'essere di applicazione necessaria, si rivela rappresentare semplicemente la conseguenza dell'eventuale incompatibilità, con l'originario programma negoziale, della permanenza in vigore del negozio “superstite”, una volta venuti meno, per qualsiasi ragione l'uno o l'altro ad esso collegati»⁵⁶⁵.

Facendo tesoro di tali considerazioni di ordine generale, è bene procedere innanzitutto ad esaminare le diverse fattispecie in cui il consenso al trattamento dei dati personali del consumatore dovesse venire meno, perché viziato o revocato. In secondo luogo, si verificherà se, pur restando in piedi il consenso come base giuridica del trattamento generale, il contratto subisca delle ripercussioni – con conseguenti rimedi in capo al consumatore – per via del profilarsi di uno specifico trattamento illecito, a causa di una violazione del RGPD, o di un trattamento abusivo figlio dell'asimmetria tra le parti⁵⁶⁶.

⁵⁶² Così, non assumendo però la sussistenza di un collegamento negoziale, sembra intendere THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., pp. 181-182, ove si afferma che «le vicende del consenso influiscono necessariamente sulla sorte del contratto e della controprestazione».

⁵⁶³ *Ex multis* Cass. 2 ottobre 1957, n. 3579, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, c. 1715, n. 56; Cass. 15 settembre 1975, n. 3057, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, c. 624, n. 249; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, c. 623, n. 91; Cass. 5 luglio 1991, n. 7415, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, c. 660, n. 159.

⁵⁶⁴ COLOMBO, *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, cit., p. 293.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ La caducazione dell'intera operazione economica, o di parte della stessa, indubbiamente apre le porte alle restituzioni tra le parti. La questione è regolata dalla dir. 2019/770 con riguardo alle conseguenze della risoluzione e della riduzione del prezzo (artt. 16-18), tuttavia il problema si pone in ogni ipotesi in cui gli effetti del contratto vengono meno o non si producono per l'invalidità originaria del contratto,

4.1. Invalidità del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul contratto

Ipotizziamo che il titolare del trattamento non abbia fornito le dovute informazioni all'interessato in occasione della prestazione del consenso (v. considerando 42 e art. 13, RGPD), o che la richiesta del consenso sia stata presentata in una forma incomprensibile (v. art. 7, par. 2, RGPD), oppure ancora che l'interessato non sia stato libero nel concedere il consenso in quanto esso ha rappresentato la condizione per accedere a un determinato servizio fornito dal titolare rispetto al quale il mercato e lo stesso titolare non offrono alternative equivalenti di accesso (v. art. 7, RGPD). Ipotizziamo pure che il consenso in questione sia stato prestato da un minore di età inferiore ai 14 anni (v. art. 8, RGPD, così come integrato dall'art. 2-*quinquies*, codice *privacy*)⁵⁶⁷. Sono tutte situazioni in cui il consenso al trattamento dei dati è viziato e si considera invalido. In realtà, il regolamento europeo non discorre espressamente di invalidità, ma le linee guida redatte dal Gruppo art. 29 utilizzano tale terminologia⁵⁶⁸. D'altra parte, anche l'ormai abrogato art. 23, co. 3, cod. protez. dati personali poneva la libertà, la specificità, l'informazione e la documentalità per iscritto del consenso come requisiti di *validità* dello stesso. Pertanto, a differenza del diritto comune generale, la violazione di doveri informativi e, più in generale, l'intrasparenza (intesa

profili che dovranno essere regolati dal diritto nazionale. Dal punto di vista dell'intersezione tra diritto contrattuale e diritto sulla protezione dei dati personali, la ricaduta principale attiene alla "restituzione" dei dati personali forniti dal consumatore. L'art. 16, par. 2 della direttiva prevede che «per quanto riguarda i dati personali del consumatore, l'operatore economico rispetta gli obblighi applicabili a norma del regolamento (UE) 2016/679»: tale disposizione non può che alludere, in particolar modo, al diritto alla cancellazione (art. 17, RGPD) e al diritto alla portabilità (art. 20, RGPD). Sugli aspetti restitutori qui soltanto accennati, v. ROLF H. WEBER, *Data Protection in the Termination of Contract*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos/Hart, 2017, p. 189 ss. (che si riferisce tuttavia al testo della proposta di direttiva); L. BOZZI, *La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura dei dati personali*, in A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2018, p. 111 ss. (anche tale contributo si riferisce alla proposta di direttiva); K. SEIN, G. SPLINDER, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, pp. 377-383.

⁵⁶⁷ Sul consenso al trattamento dei dati personali prestato dai minori, v. I.A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Famiglia*, 2018, pp. 3-23.

⁵⁶⁸ GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 5.

come incomprendibilità dell'informazione) sembra condurre *sempre* a un'invalidità del consenso al trattamento dei dati personali (sul punto si tornerà più avanti nel § 4.3.1.)⁵⁶⁹.

Chiarito il concetto di invalidità del consenso, bisogna definire gli effetti. Il primo è certamente quello di rendere illecita l'attività di trattamento dei dati personali basata su di esso⁵⁷⁰. Resta da individuare l'effetto sul contratto collegato di fornitura di contenuti/servizi digitali. In linea di principio, dovrebbe aversi la caducazione di tale contratto, spiegabile attraverso le diverse ricostruzioni dogmatiche fondate sui concetti di impossibilità sopravvenuta della prestazione, di inutilità del negozio superstite (nel senso di *utile per inutile vitiatur*), di impossibilità di realizzare la funzione complessa dell'operazione economica, o di venuta meno del fondamento negoziale⁵⁷¹. Inoltre, nei casi in questione, l'inefficacia *ex tunc* del consenso al trattamento, diversamente da quanto avviene nel caso di revoca dello stesso, accentua il fallimento dell'intera operazione economica.

Ad ogni modo, è bene volgere lo sguardo all'assetto concreto degli interessi delle parti nell'ipotesi qui in esame. Il soggetto certamente interessato a far cadere il contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali è l'operatore economico, dal momento che, venuta meno la possibilità di trattare i dati personali del consumatore, non vuole (o quanto meno, potrebbe non volere) fornire più la prestazione cui si è obbligato con il contratto. Di contro, il consumatore, qualora abbia agito fruttuosamente per ottenere la dichiarazione di invalidità del consenso al trattamento dei propri dati, ben potrebbe ancora avere interesse a proseguire nella fruizione del contenuto o servizio digitale prestato dall'operatore economico. Ci si rende conto, dunque, che la regola del *simul stabunt, simul cadent* non è sempre neutrale e risulta opportuno compiere un'analisi più approfondita.

⁵⁶⁹ Sulla nota distinzione nel nostro ordinamento tra regole di validità e regole di comportamento, v. Cass. sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724-26725, in *Giur. it.*, 2008, p. 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*. La letteratura sul tema è copiosa: in particolare v. G. D'AMICO, «Regole di validità» principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996; contro il principio di non interferenza tra le due tipologie di regole, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

⁵⁷⁰ GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICLE 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 3.

⁵⁷¹ Per una sintesi delle diverse ricostruzioni, v. COLOMBO, *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, cit., pp. 282-293.

4.1.1. (Segue) Consenso invalido per “causa imputabile” all’operatore economico: eccezione alla regola *simul stabunt, simul cadent*?

Tra le ipotesi di invalidità del consenso al trattamento sopra menzionate, emerge una distinzione abbastanza evidente: in taluni casi, è il comportamento del titolare del trattamento a influire sull’invalidità (ad es., non fornendo le dovute informazioni, utilizzando un linguaggio incomprensibile, non offrendo all’interessato alternative di accesso al servizio), in altri casi, invece, l’invalidità è frutto di fattori inerenti all’interessato (ad es., la minore età rilevante). Orbene, l’interrogativo da porsi è se il titolare del trattamento/operatore economico possa avvalersi della regola *simul stabunt, simul cadent*, con lo scopo di far venir meno l’obbligazione di fornire al consumatore il contenuto o servizi digitale, *anche* quando ha contribuito egli stesso a generare l’invalidità del consenso al trattamento dei dati prestato dal consumatore (dando per scontato che qualora, ad esempio, non abbia potuto rendersi conto della minore età di quest’ultimo, potrebbe chiaramente chiedere la caducazione dell’intera operazione negoziale)⁵⁷². La questione è colta con lucidità da quella dottrina tedesca che, seppure in quadro ricostruttivo diverso nel quale il consenso al trattamento dei dati sarebbe parte della controprestazione contrattuale, rimarca la necessità di distinguere i diversi motivi di inefficacia *ex tunc* del consenso⁵⁷³.

In astratto, le opzioni sul campo sono diverse, di cui le principali sembrano essere le due seguenti: 1) impedire all’operatore economico di richiedere la caducazione del contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali, obbligandolo a fornire la prestazione anche senza la possibilità di trattare i dati del consumatore; 2) permettere all’operatore economico di richiedere la caducazione del contratto in questione, imponendogli tuttavia un obbligo di risarcire il consumatore per il danno cagionato in ragione del (colpevole) venire meno del contratto, che andrebbe comunque ad aggiungersi alle sanzioni già previste dal RGPD per le violazioni relative al trattamento dei dati personali (v. artt. 82-84, RGPD).

⁵⁷² Un autore, occupandosi del collegamento negoziale, osserva che «in caso di fallimento dell’intera operazione, il relativo onere dovrà essere sopportato, quanto meno in ultima analisi, unicamente dal contraente che l’ha causato»: così COLOMBO, *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, cit., p. 294.

⁵⁷³ SPECHT, *Daten als Gegenleistung*, cit., p. 767.

Sul piano del diritto comune generale, la seconda soluzione appare preferibile in quanto soddisferebbe l'esigenza di non trasfigurare la causa del contratto di fornitura, che è chiaramente compromessa per il venir meno del consenso al trattamento, il quale – come si è più volte ribadito – costituisce la contropartita della fornitura digitale. Tuttavia, non è detto che questa sia la soluzione più coerente con il diritto consumeristico europeo. L'emersione negli ultimi anni di un sempre più prorompente principio di effettività, plasmato dai *dicta* della Corte di giustizia sulla base del combinato disposto degli artt. 38 e 47 della Carta di Nizza (ai quali, nel caso di specie, si aggiungerebbe anche l'art. 8 della medesima Carta), potrebbe indurre a preferire la prima opzione⁵⁷⁴. Quest'ultima, infatti, certamente potenzierebbe il livello di deterrenza e, di riflesso, la responsabilizzazione dell'attività di impresa nel trattamento dei dati personali dei consumatori. Resterebbe da verificare se il rimedio in questione, da ricostruirsi in sede applicativa⁵⁷⁵, possa ritenersi, oltre che effettivo e dissuasivo, proporzionato alla luce del necessario bilanciamento di interessi da compiersi. A tal proposito, potrebbe osservarsi che è l'incidenza su un diritto fondamentale della persona⁵⁷⁶, quale il diritto alla protezione dei dati personali, a giustificare

⁵⁷⁴ Sull'effettività rimediabile nel diritto privato europeo, v. C. MAK, *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-11; A. VAN DUIN, *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC*, in *EuCML*, 2017, p. 190 ss. Su un piano generale, dense riflessioni sul principio di effettività, colto nelle sue nuove sfumature, si rinvengono in G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss., e M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss., il quale mette in evidenza lo spostamento dell'angolo di visuale dall'ordinamento nel suo complesso (prospettiva oggettiva) alla tutela dei diritti dell'individuo (prospettiva soggettiva). Per un'analisi approfondita dei diversi livelli semantici e dei diversi utilizzi ermeneutici dell'effettività, v. F. EPISCOPO, *L'effettività del diritto (privato) europeo nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Analisi di un concetto indeterminato*, Tesi di dottorato dell'Università di Pisa, a.a. 2018-2019.

⁵⁷⁵ È assolutamente opportuno segnalare che si sta presupponendo di essere (almeno finora) in mancanza di una regola specifica a livello di ordinamento nazionale, così che il principio di effettività della tutela consumeristica, corroborata dal diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, dovrebbe realizzarsi nel caso concreto per il tramite di una regola, la quale non può che essere determinata attraverso un bilanciamento con altri principi pertinenti al caso. Sul punto, v. G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in ID., PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, cit., pp. 14-17. Sulla distinzione tra *principles, rights* e *rules* nel diritto contrattuale europeo, v. G. VETTORI, *The Institutional Perspective: the European Economic and Social Constitution and the Role of Contract Law*, in S. GRUNDMANN (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 211-213.

⁵⁷⁶ Emerge sullo sfondo l'annosa questione della *drittwirkung* e dei rimedi susseguenti alla violazione di diritti fondamentali nelle relazioni tra privati: *ex multis* v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: Principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018; in un'ottica europea-comparata v. C. MAK, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in*

l'individuazione di un rimedio così dissuasivo (e lesivo degli interessi degli operatori economici) che comporterebbe la trasformazione del contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali da *indirettamente oneroso a puramente gratuito*⁵⁷⁷.

4.2. Revoca del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul contratto

Si è detto a più riprese che il consumatore/interessato è dotato del diritto di revocare il consenso al trattamento dei dati personali in qualsiasi momento. Va precisato inoltre che, a differenza dell'ipotesi di un consenso valido, la revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento fin lì effettuato. Volendo fare un parallelo con le regole di natura contrattuale, viene alla mente l'art. 1458, co. 1 c.c. in tema di risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica. Per quanto riguarda i contratti di fornitura di contenuti/servizi digitali, le conseguenze della revoca del consenso non sono regolate dalla dir. 2019/770, la quale al considerando 40 prevede espressamente che la disciplina di tali effetti è riservata al diritto nazionale.

Germany, the Netherlands, Italy and England, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008. Assume la materia della *digital privacy* come *case study* dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 2018, 3, p. 138 ss. (in part. p. 151 ss.), il quale afferma che «appare chiaro come la Corte, in modo non evidente e fingendo di interpretare la normativa secondaria – in particolare la direttiva 95/46 – abbia manipolato l'estensione delle suddette garanzie riconoscendone implicitamente la loro efficacia orizzontale senza stravolgere i propri precedenti» (p. 151). Peraltro, la questione affrontata nel testo sopra potrebbe essere letta anche in chiave di individuazione del «giusto rimedio», utilizzando un'espressione che chiaramente rimanda a P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss., così come in chiave di «ermeneutica della dignità», sulla quale v. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, in part. pp. 77-81.

⁵⁷⁷ A tal riguardo, si tenga in considerazione che, in un caso giurisprudenziale riguardante un contratto di credito al consumo viziato in ragione di un taeg intrasparente, la trasformazione della causa, da onerosa a gratuita, per via della sanzione di decadenza dagli interessi prevista da una disciplina nazionale, è stata considerata come un rimedio proporzionato dalla Corte di giustizia. Si tratta della sentenza del 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia*, in *Contratti*, 2017, p. 426 ss., con nota di G. VERSACI, *Credito al consumo: obblighi formali ed effettività rimediabile nel canone della Corte di giustizia*. Su tale pronuncia, v. le osservazioni di M.R. MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediabile italiano*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 2018, p. 134 ss.; spunti di riflessione anche in S. PAGLIANTINI, *Armonizzazione ed il canone della "maggior tutela" per il consumatore: spigolature (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, cit., p. 117, *passim*.

Orbene, facendo ricorso all'ormai prescelta ricostruzione in termini di collegamento negoziale, la revoca del consenso al trattamento dovrebbe condurre alla caducazione del contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali. È opportuno ritenere che non si ha un puro automatismo, ma piuttosto l'operatore economico dovrebbe avere il diritto di richiedere tale caducazione⁵⁷⁸. A tale conclusione, si potrebbe obiettare che riconoscendo tale diritto all'operatore economico, il consumatore/interessato potrebbe non essere libero nell'esercizio della revoca. Infatti, il considerando 42 del RGPD prevede che vi dev'essere una piena libertà di revocare il consenso senza subire pregiudizio. Tuttavia, non può non rimarcarsi che la tutela accordata dal RGPD non può essere del tutto illimitata: imporre all'operatore economico di continuare a fornire la prestazione anche quando il consenso al trattamento dei dati personali viene meno *per una libera scelta del consumatore* appare eccessivo. Piuttosto, può valere quanto detto in tema di libertà (di prestazione) del consenso, nel senso che l'interessato, al momento della revoca, dev'essere in grado di accedere alla prestazione fornita dall'operatore economico attraverso modalità differenti, come ad esempio una modalità a pagamento.

Passando a considerare l'ottica dell'operatore economico, deve certamente evidenziarsi che la revoca del consenso da parte del consumatore incide pesantemente sul suo assetto di interessi, posto che l'operatore avrebbe tutto l'interesse a remunerarsi attraverso il trattamento dei dati del consumatore. C'è da dire, però, che la revoca non incide sempre nella stessa maniera; in particolare, è bene distinguere l'ipotesi in cui il professionista presta un servizio digitale (ad es., un servizio di *social network* o di *cloud storage*) o fornisce un contenuto digitale in via continuata (ad es., l'accesso a una piattaforma *streaming* di file video o audio) dall'ipotesi in cui fornisce un

⁵⁷⁸ L'esercizio della revoca del consenso al trattamento dei dati da parte del consumatore non va quindi inteso come l'esercizio di un recesso dal contratto. Il consumatore, infatti, anche dopo la revoca, potrebbe avere ancora interesse ad usufruire della prestazione fornita dall'operatore economico. A tal proposito, si fa l'esempio del consumatore che continua ad usare il proprio *social media account* senza caricare più foto o altri dati personali (V. MAK, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 9), sebbene risulti abbastanza difficile immaginare che l'utilizzo di un *social media account* possa prescindere *del tutto* dal trattamento di dati personali dell'utente da parte del gestore, posto che una parte del trattamento dei dati deve ritenersi strettamente necessario alla fornitura del servizio. Ad ogni modo, il punto che si vuole sottolineare è che la revoca del consenso non denota un interesse del consumatore a porre termine al contratto; piuttosto, è l'operatore economico che, privato della possibilità di trattare i dati del consumatore per fini diversi da quelli strettamente necessari all'esecuzione del contratto (privato quindi della remunerazione), diventa interessato a non proseguire più la relazione commerciale.

contenuto digitale in via definitiva (ad es., permettendo al consumatore il *download* di un file video o audio).

Infatti, nelle prime ipotesi si tratta di rapporti di durata nei quali il consumatore fruisce del servizio/contenuto digitale fornito dall'operatore economico e, contemporaneamente, fornisce dati utili per quest'ultimo, con la conseguenza che la revoca del consenso al trattamento potrebbe essere assimilata al recesso unilaterale di sovente attribuito nei rapporti contrattuali di tal genere. Il sacrificio subito dall'operatore economico è limitato in quanto la prestazione fornita al consumatore si è protratta per un tempo pari a quello in cui l'operatore ha potuto trattare i dati dello stesso consumatore.

Di contro, nell'ipotesi in cui l'operatore economico fornisce un contenuto digitale al consumatore in via immediata e definitiva, come quando ne consente il *download*, si pone un problema diverso, relativo alla restituzione della prestazione già pienamente eseguita. In tal caso, non è da escludersi che il consumatore possa trarre dalla prestazione ottenuta dall'operatore economico un godimento più significativo di quanto possa fare l'operatore con il trattamento (limitato) dei dati personali del consumatore, soprattutto qualora la revoca del consenso dovesse avvenire a distanza di poco tempo dalla conclusione del contratto. Ma ancor più rilevante è che l'operatore può incontrare difficoltà nel recupero del contenuto digitale. È vero che l'art. 16, par. 5 della dir. 2019/770 prevede che, in caso di risoluzione del contratto, «l'operatore economico può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo account utente», tuttavia non è detto che ciò sia sufficiente. D'altronde, sono proprio tali difficoltà oggettive di recupero della prestazione ad escludere il diritto di recesso del consumatore nell'ipotesi di contratto a distanza o fuori dai locali commerciali avente ad oggetto la fornitura di contenuti digitali mediante un supporto non materiale (v. art. 16, par. 1, lett. m), dir. 2011/83/UE e art. 59, co. 1, lett. o), codice del consumo).

Diventa fondamentale, a questo punto, verificare se è possibile impedire potenziali forme di abuso da parte del consumatore.

4.2.1. (Segue) Tecniche di contrasto al rischio di abuso del consumatore nel caso di fornitura *definitiva* di un contenuto digitale

Considerato che sulla base del disposto dell'art. 7, par. 3, RGPD non appare possibile imporre restrizioni all'esercizio della revoca del consenso al trattamento dei dati personali⁵⁷⁹, né imporre al consumatore/interessato un obbligo di risarcimento del danno, neppure in via eccezionale in ragione dei motivi della revoca⁵⁸⁰, le strategie per contrastare i rischi di abuso del consumatore devono essere necessariamente di altro tipo.

La revoca del consenso, in quanto esercitabile *ad nutum*, si presta per sua natura ad essere opportunistica, altrimenti il legislatore europeo avrebbe precisato i motivi in virtù dei quali poterla esercitare. Non può essere, pertanto, sanzionata o impedita in ragione del solo fatto che il consumatore/interessato la esercita per finalità puramente personali, e dunque opportunistiche. A tal proposito, può operarsi un parallelismo con il recesso di pentimento del consumatore, previsto per i contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, caratterizzato dalla gratuità e dalla discrezionalità⁵⁸¹.

Tuttavia, proprio in tale ambito, un'attenta dottrina, distinguendo le motivazioni dagli effetti, ha opportunamente osservato che «se, a monte, il “perché” del recesso non può essere soggetto allo scrutinio di buona fede né, men che meno, ad un (peraltro inafferrabile) controllo di abusività, non deve escludersi che, invece, detto scrutinio possa avvenire a valle, investendo il comportamento tenuto dal contraente debole nell'ipotesi in cui questi, durante l'esecuzione del contratto e prima del perfezionamento degli effetti del recesso, ponga in essere atti tali da violare il parametro di buona fede/correttezza o da cagionare, all'altra parte, un ingiustificato impoverimento»⁵⁸². Tali considerazioni si concretizzano nel momento in cui si riporta l'interrogativo posto da un'altra dottrina particolarmente lucida: «[Q]uant'è corretto pensare che il consumatore, per quanto lamenti un qualche difetto informativo [che giustifica l'esercizio del recesso anche oltre i quattordici giorni dalla conclusione del contratto], abbia titolo per non restituire un arricchimento che ha maturato a seguito di

⁵⁷⁹ *Contra* SATTLER, *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, cit., p. 1043 ss.

⁵⁸⁰ Cfr. LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 222, i quali suggeriscono di prevedere un risarcimento del danno nei casi di revoca fraudolenta ed intempestiva.

⁵⁸¹ A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2011, p. 959 ss. Più in generale, sulle nuove forme di recesso, v. C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008.

⁵⁸² BENEDETTI, *op. ult. cit.*, pp. 977-978.

un utilizzo gratuito della merce poi restituita?»⁵⁸³. A cui segue: «[N]on è che l'attribuzione patrimoniale originata da un valido ed efficace atto di recesso può però rivelarsi, *in più di una circostanza*, carente di una propria giustificazione, tanto che il conseguente arricchimento del consumatore recedente finisca per mostrarsi come sprovvisto di una *iusta causa?*»⁵⁸⁴.

Si comprende allora come anche l'esercizio della revoca del consenso al trattamento dei dati personali, nell'ipotesi in cui la fornitura del contenuto digitale sia stata immediata e *definitiva*, potrebbe porre un problema di arricchimento ingiustificato da parte del consumatore/interessato, con possibilità di obbligare quest'ultimo ad un indennizzo *ex art. 2041 c.c.* nei confronti dell'operatore economico.

Tuttavia, il parallelismo con il recesso di pentimento non dev'essere enfatizzato in quanto, in primo luogo, la revoca del consenso al trattamento attiene a un diritto fondamentale, quale il diritto alla protezione dei dati personali, di livello superiore alla (semplice) tutela consumeristica, la quale, pur essendo prevista dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, non sembra poter raggiungere il rilievo dell'art. 8 della stessa Carta. In secondo luogo, su un piano prettamente tecnico-operativo, deve evidenziarsi che quando il recesso di pentimento viene esercitato in relazione a un contratto che ha comportato il pagamento di un prezzo da parte del consumatore, l'eventuale arricchimento ingiustificato deriva soprattutto dal fatto che, a seguito delle restituzioni, il consumatore recupera totalmente il prezzo pagato privando così, del tutto, il professionista di una ricompensa (per l'uso del bene concesso al consumatore nel lasso temporale intercorso tra la consegna e la sua restituzione). Diversamente, nell'ipotesi in cui la fornitura di un contenuto digitale avviene in cambio del consenso al trattamento dei dati del consumatore, anche qualora quest'ultimo decidesse di revocare il consenso, fino a quel momento l'operatore economico avrebbe comunque avuto la possibilità di trattare i dati del consumatore, senza esser tenuto a restituire il profitto eventualmente ricavato posto che, come si è detto, ai sensi del RGPD il trattamento dei dati effettuato prima della revoca è pienamente lecito. Pertanto, potrebbe ammettersi una domanda di indennizzo dell'operatore economico per arricchimento ingiustificato solo in casi eccezionali, ovverosia qualora si riesca a

⁵⁸³ S. PAGLIANTINI, *La forma informativa dei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 287-288.

⁵⁸⁴ ID., *ult. op. cit.*, p. 292.

dimostrare che il consumatore, per mezzo della revoca del consenso al trattamento dei dati personali, intende realmente abusare del proprio diritto, cercando di ottenere «utilità diverse ed ulteriori» rispetto a quelle che la legge intende riservargli⁵⁸⁵.

4.3. Trattamento dei dati personali illecito o abusivo tra vizi dell'atto e vizi del rapporto

Finora si sono esaminate le situazioni nelle quali il consenso al trattamento dei dati personali viene meno o perché invalido, o perché revocato. Si potrebbero presentare, però, delle situazioni in cui il consenso è valido in quanto risulta informato, libero, specifico e inequivocabile, ma il trattamento dei dati è comunque illecito per altre ragioni. Si pensi a un trattamento che si pone in contrasto con alcuni dei principi di cui all'art. 5, RGPD e quindi, ad esempio, a un trattamento che viola il principio di correttezza (par. 1, lett. a), un trattamento iniziato con la raccolta di dati personali per finalità determinate, esplicite e legittime, ma successivamente svolto in modo incompatibile con tali finalità (par. 1, lett. b), un trattamento che va oltre quanto necessario rispetto alle finalità che si propone, violando il principio di minimizzazione (par. 1, lett. c), un trattamento che non garantisce un'adeguata sicurezza dei dati personali e non adotta misure che impediscano trattamenti non autorizzati o addirittura la perdita dei dati (lett. f). In presenza di tali circostanze, è opportuno chiedersi nuovamente quali siano le ripercussioni sul contratto di fornitura di contenuti/servizi digitali. A tal proposito, ai fini dell'individuazione dell'effetto più coerente col sistema e, al tempo stesso, del rimedio più *adeguato* per il consumatore⁵⁸⁶, non è superfluo distinguere di primo acchito i casi in cui il trattamento illecito è oggetto di una clausola negoziale (ad es., nelle *privacy policies* si prevede che l'operatore economico

⁵⁸⁵ Per una tale ricostruzione dell'abuso del diritto, v. G. D'AMICO, *Il recesso ad nutum tra buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 19 ss.

⁵⁸⁶ Nel caso di specie, l'individuazione del rimedio più adeguato per il consumatore ben si presta a inserirsi nel dibattito postmoderno sulle tutele civilistiche. Gli interessi in gioco, condensandosi in un binomio di protezione economica (del consumo) e protezione personalistica (dei dati, detto in modo ellittico), entrambe ascrivibili al medesimo soggetto, aspirano ad essere soddisfatti tramite tecniche e criteri flessibili. L'orizzonte concettuale di riferimento rimanda a A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.

raccoglierà una quantità di dati eccessivi in relazione alle finalità di trattamento indicate) dai casi i in cui, nonostante un regolamento negoziale ineccepibile, l'operatore economico tratta i dati in modo illecito.

In altri termini, si tratta della nota distinzione tra vizi dell'atto e vizi del rapporto⁵⁸⁷, la quale, quanto meno nell'ambito del sistema contrattuale italiano (cui è necessario riferirsi stando all'art. 3, par. 10 della dir. 2019/770), può rivelarsi (parzialmente) utile anche in questa sede. Ci fa da bussola nell'indicarci che, di regola, l'invalidità del contratto può discendere solo da vizi dell'atto, mentre per ovviare a vizi del rapporto i contraenti dispongono normalmente di rimedi di tipo diverso. Non può nascondersi, tuttavia, che siffatta distinzione è entrata in crisi negli ultimi decenni e il suo utilizzo va maneggiato con estrema cura⁵⁸⁸. Il diritto europeo dei rimedi, infatti, proteso verso canoni di *adeguatezza*, *ragionevolezza* ed *effettività*, è insofferente agli schemi statico-preventivi. L'opportunità di verificare dove la patologia si situa, se nell'atto o nel rapporto, può aiutare a comprendere il tipo di interesse leso, ma la tecnica d'intervento va calibrata (anche) in base agli effetti che permettono di soddisfare l'interesse in questione⁵⁸⁹. Ciò non toglie che il rimedio *adeguato* debba essere ravvisato all'interno del sistema, e non al di fuori di esso, attraverso strumenti ermeneutici funzionalizzanti, su tutti l'analogia. Nelle fattispecie che si prenderanno di seguito in esame si cercherà di tener conto di tale impianto teorico.

4.3.1. Trattamento dei dati personali illecito o abusivo oggetto di una clausola negoziale: mancanza di vincolatività della clausola per illiceità dell'oggetto, intrasparenza e vessatorietà

⁵⁸⁷ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 681.

⁵⁸⁸ L'insegnamento di un'autorevole dottrina ci ricorda che la nullità ha mutato volto, passando da rimedio di fattispecie a rimedio di regolamento (V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 470 ss.), e che l'ingresso dell'invalidità «nell'area del rapporto costituisce un'autentica deviazione rispetto a consolidati postulati tradizionali e mette subito a nudo tutta la inadeguatezza del codicistico e compatto schema diarchico di nullità e annullabilità a risolvere problemi insorti su un terreno non consueto, quale quello della determinazione dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto» (ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e efficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 850).

⁵⁸⁹ Per dirla con Di Majo, «lo scopo e/o l'obiettivo è di poter disporre di strumenti finalizzati alla soddisfazione dell'interesse che si intende proteggere»: DI MAJO, *Linguaggio dei rimedi*, cit., p. 355. Per una teorizzazione dei rimedi nell'area dell'efficacia giuridica, v. V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss.

Prima fattispecie. Se la clausola di un contratto prevede la possibilità per l'operatore economico di compiere un trattamento dei dati personali del consumatore che, in base alle disposizioni imperative del RGPD, risulta illecito (ad es., un trattamento che viola il principio di minimizzazione), non può dubitarsi che la clausola in questione sia nulla⁵⁹⁰. In tale ipotesi, sembra opportuno ricondurre tale nullità all'art. 1418, co. 2 c.c., posto che l'oggetto della clausola contrattualizza un'attività che l'ordinamento, per mezzo delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, qualifica illecita⁵⁹¹. Pertanto, se la clausola è nulla perché illecita, non ha senso chiedersi se una clausola di tal genere possa dirsi vessatoria ex art. 33, co. 1, cod. cons.. Come vedremo più avanti, se c'è spazio per un giudizio di vessatorietà, non è a quest'ipotesi che bisogna far riferimento. Discorrere di nullità per illiceità dell'oggetto aiuta a comprendere perché un'eventuale clausola che contrattualizza una violazione del principio di minimizzazione non vincola. Tuttavia, per affermare la caducazione di una siffatta clausola sarebbe sufficiente richiamare il dato testuale dell'art. 7, par. 2, ult. per., RGPD⁵⁹².

Seconda fattispecie. Di recente, la Corte regionale di Berlino ha riconosciuto la vessatorietà di alcune clausole utilizzate da Facebook nei propri termini d'uso e concernenti il trattamento dei dati dei propri utenti⁵⁹³. Non si tratta di una novità in quanto anche in passato, in base a quanto riferiscono alcuni autori, la medesima Corte aveva qualificato come vessatorie alcune clausole contenute nelle *privacy policies* di iTunes⁵⁹⁴. In entrambi i casi, deve porsi l'accento sul tipo di nozione di vessatorietà applicata dalla Corte berlinese. Com'è noto, nella trasposizione tedesca della direttiva

⁵⁹⁰ In tal senso sembra porsi anche C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 682, nt. 30, la quale afferma: «Ovviamente, se vi è violazione di norme del GDPR le singole clausole saranno nulle».

⁵⁹¹ Il RGPD in più passaggi parla di illiceità come sanzione che colpisce il trattamento che viola le disposizioni in esso contenute: v., ad es., artt. 6 e 17, par. lett. d).

⁵⁹² La presenza di una disposizione come quella dell'art. 7, par. 2, ult. per., RGPD può risolvere il problema delle diverse teorie nazionali circa l'illiceità e l'immoralità a livello contrattuale. In passato, infatti, a proposito dell'incidenza sul contratto di una violazione del diritto alla protezione dei dati personali, si è evidenziato che sebbene «*[i]t seems not too far-fetched to argue for the inclusion of terms impacting on the respect for privacy and freedom of expression within these conceptions of 'good morals' or 'public policy'*»; resta il fatto che «*the specific effect of integrating fundamental rights argument would have to be established on a case-by-case basis and might differ from one legal system to another*»: così C. MAK, *Fundamental Rights and Digital Content Contracts*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-06, p. 12.

⁵⁹³ Landgericht Berlin, 16.01.2018, 16 O 341/15, cit.

⁵⁹⁴ Ne riferiscono HELBERGER, BORGESIUS, REYNA, *The Perfect Match?*, cit., p. 1452.

93/13/CEE, la semplice intrasparenza di una clausola è idonea a generare gli effetti della vessatorietà⁵⁹⁵: non stupisce, allora, che «*the Regional Court of Berlin (LG Berlin) invalidated large parts of consumer consent to Facebook's privacy policies due to their alleged infringement of the transparency requirements under the (German transposition of the) UCTD*»⁵⁹⁶. Verrebbe da dire, quindi, che le clausole dei termini d'uso di Facebook ponevano un problema non tanto sul piano della violazione di principi come quello di minimizzazione o integrità e riservatezza dei dati personali, quanto sul piano dell'informazione del consenso in relazione a determinate clausole di per sé non illecite.

A tal proposito, si è già detto che il consenso informato, ai sensi del RGPD, è un requisito di validità dello stesso (v. *supra* § 4.1.). Tuttavia, adesso si sta ponendo un problema particolare: non un consenso *totalmente* dis informato, ma *parzialmente*, in relazione soltanto a determinate clausole riguardanti il trattamento dei dati personali. Con riguardo alla fattispecie in esame, bisogna chiedersi se è necessario far ricorso alla *vessatorietà per intrasparenza* – alla tedesca per intenderci – per ottenere l'effetto di amputazione della clausola rispetto alla quale il consenso dell'interessato non può dirsi informato e consapevole. Il punto è particolarmente delicato perché nella dottrina italiana si discute parecchio sugli esiti di una semplice intrasparenza, non essendo per nulla scontato che possa aversi vessatorietà senza il contestuale accertamento di un significativo squilibrio⁵⁹⁷.

Il primo aspetto da segnalare è che la trasparenza di cui all'art. 5 della dir. 93/13 non sembra sovrapponibile alla trasparenza di cui agli articoli 7, par. 2 («la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro») e art. 12, par. 1 del RGPD («Il titolare del trattamento adotta misure

⁵⁹⁵ In realtà, si tratta dell'interpretazione prevalente del secondo alinea del comma 1 del § 307 BGB: sul punto v. F. AZZARI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, pp. 52-54; G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in ID., PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, cit., pp. 96-98.

⁵⁹⁶ P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Oxford, 2019 (Forthcoming), disponibile online su: <https://ssrn.com/abstract=3391772>, p. 15.

⁵⁹⁷ V. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto*, cit., p. 96 ss.

appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro»)⁵⁹⁸. Avendo queste – la “trasparenza consumeristica” e la “trasparenza sul trattamento dei dati personali” – statuti non identici, non è detto che sul piano rimediale si equivalgano. Ciò sembra trovare conferma nel già citato art. 7, par. 2, RGPD, che, riferendosi all’ipotesi di un consenso al trattamento prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, nell’ultimo periodo dispone che «nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante». Orbene, essendo lecito pensare che per «violazione del presente regolamento» si intenda anche la violazione degli obblighi di trasparenza in esso previsti, è evidente che l’effetto della non vincolatività della clausola intrasparente discende in via diretta dal testo normativo, senza il medio della vessatorietà. Il risultato non è di poco conto se si considera, come si è anticipato sopra, che un tale effetto – equiparabile a quello previsto dall’art. 6, par. 1 della dir. 93/13/CEE – sarebbe stato incerto negli ordinamenti che non riconoscono alla mera intrasparenza la forza della vessatorietà.

Resta da chiarire, tuttavia, se il contratto privo della clausola intrasparente rimane valido per il resto, atteso che il consumatore non ha interesse a perdere il diritto alla prestazione, che verrebbe certamente meno con la caducazione dell’intero contratto. Rilevando un’analogia di *ratio* con la tutela consumeristica prevista per le clausole vessatorie, si tratterebbe, dunque, di applicare analogicamente l’art. 36, co. 1, cod. cons., derogando all’art. 1419, co. 1 c.c.

Terza fattispecie. Finora si è visto che qualsiasi clausola che dovesse contrattualizzare una violazione del RGPD non vincola sia che la clausola integri un’ipotesi di nullità per illiceità dell’oggetto (ad es., clausola che ammette un trattamento dei dati illecito, come nel caso di un trattamento dei dati personali eccessivo rispetto alle finalità perseguite dal titolare), sia che la clausola si presenti come intrasparente, e dunque violi gli obblighi informativi imposti al titolare. Se si intende la non vincolatività di cui discorre l’art. 7, par. 2, RGPD allo stesso modo di come si intende la non vincolatività di cui all’ art. 6, par. 1, dir. 93/13, si avrà la nullità

⁵⁹⁸ V. analiticamente CLIFFORD, GRAEF, VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent*, cit., p. 687 ss.

delle clausole finora esaminate. Poste tali premesse, la terza fattispecie da considerare è la seguente: una clausola che, pur non ledendo alcuna disposizione del RGPD, si presenta vessatoria e per tale ragione ugualmente non vincola⁵⁹⁹. Parlando di vessatorietà è chiaro che si faccia riferimento a una clausola predisposta unilateralmente dal professionista, che nel nostro caso è l'operatore economico che fornisce contenuti o servizi digitali. Si tratta della fattispecie maggiormente problematica poiché «*although it is clear that any part of a declaration, pre-formulated or not, which infringes the GDPR will not be binding, it is uncertain how this clarification differs substantively from the UCT Directive fairness assessment of pre-formulated declarations*»⁶⁰⁰.

Primo interrogativo da porsi: le *privacy policies*, quando unilateralmente predisposte, sono condizioni contrattuali da sottoporre al giudizio di vessatorietà? Il considerando 42 stabilisce che «in conformità della direttiva 93/13/CEE del Consiglio è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive». Nell'articolato del RGPD, tuttavia, non si fa riferimento alla questione. Se certamente l'indicazione del suddetto considerando è alquanto chiara nel richiedere un vaglio di vessatorietà delle dichiarazioni di consenso predisposte dal titolare del trattamento per escludere la presenza di clausole abusive, appare eccessivo concludere che qualunque dichiarazione di consenso al trattamento costituisce un contratto⁶⁰¹. D'altra parte, occorre ribadire che l'Unione europea non adotta una propria nozione di contratto. Si tratta di capire, dunque, se con il RGPD si sta tentando di applicare il giudizio di vessatorietà anche a dichiarazioni unilateralmente predisposte che non sono contratti ai sensi del diritto nazionale.

⁵⁹⁹ Si sta quindi distinguendo la violazione del RGPD dalla vessatorietà sulla scia di quella dottrina che ha efficacemente osservato che «*if the UCTD [Unfair Contract Terms Directive] only duplicated the GDPR assessment, the reference to it would have been superfluous*»: così HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance*, cit., p. 18.

⁶⁰⁰ CLIFFORD, GRAEF, VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent*, cit., p. 693.

⁶⁰¹ Cfr. WENDEHORST, GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, cit., p. 3748, i quali sostengono che le *privacy policies* diventano condizioni generali di contratto nel momento in cui vi sia una finalità commerciale nel trattamento dei dati personali. Per una qualificazione indifferenziata della dichiarazione del consenso al trattamento dei dati personali come «patto» da sottoporre al giudizio di vessatorietà, in termini dunque diversi dalla prospettiva qui assunta, v. GIUGGIOLI, *Tutela della privacy e consumatore*, cit., pp. 274-275.

Ad ogni modo, a prescindere da come si intende risolvere l'ultima questione prospettata, si può spostare l'attenzione su un altro versante: nel momento in cui il consenso al trattamento dei dati personali entra a far parte di un'operazione economica complessa, nella quale risulta, per quanto concettualmente distinto, comunque collegato ad un contratto, deve riconoscersi che anche le *privacy policies* diventano parte del regolamento contrattuale complessivo e il giudizio di vessatorietà non può non tener conto di ciò. Una conferma di quanto appena detto sembra ritrovarsi nell'art. 34 del cod. cons., il quale afferma che «la vessatorietà di una clausola è valutata [...] facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». In altri termini, nell'accertamento della vessatorietà il legislatore italiano ha tenuto conto dell'importanza di un eventuale collegamento negoziale.

Chiarito quindi che le *privacy policies* sono assoggettabili, per mezzo del collegamento negoziale, al controllo di cui si discute, il vero problema diventa quello di individuare un parametro per determinare il significativo squilibrio di un regolamento negoziale che concerne il trattamento dei dati personali. Com'è noto, ad avviso della Corte di giustizia, per appurare se una clausola determini o meno un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, bisogna considerare le disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza dell'accordo⁶⁰². Detto altrimenti, lo squilibrio (normativo) si ha quando si deroga al diritto dispositivo. Il nodo problematico è che la disciplina sulla protezione dei dati personali non è di per sé derogabile, quanto meno *in peius*: i privati, infatti, non possono abbassare il livello di tutela garantito all'interessato, tutt'al più può immaginarsi uno standard più elevato. Al tempo stesso, però, è bene evidenziare che le norme contenute nel RGPD sono per lo più fattispecie aperte, spesso caratterizzate dall'utilizzo di clausole generali (ad es., la correttezza nel trattamento). Si comprende, allora, la ragione per la quale un'acuta dottrina tratteggia la seguente ipotesi: «*when a clause [not individually negotiated] permitting a certain data processing activity runs counter to a data protection principle, this may provide an indication of a significant contractual imbalance even if that principle is, after due weighting with opposing*

⁶⁰² Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, par. 68, in *Foro it.*, IV, 2014, p. 41 ss., con osservazioni di A. PALMIERI, R. DE HIPOLYTIS, *L'elaborazione della Corte di giustizia in materia di clausole abusive: i poteri del giudice e il ruolo delle parti*.

interests, not explicitly violated. Just like with default rules, what is permitted in individual negotiations under data protection principles may arguably be unlawful when clad in standard forms»⁶⁰³.

Ferma restando la pregnanza di queste ultime considerazioni, le fattispecie ipotizzabili di effettiva vessatorietà non sembrano essere molte. Il più volte, infatti, come si è visto, si verifica che una clausola delle *privacy policies* contrattualizza una pratica di per sé vietata dal RGPD e il rimedio più appropriato per il consumatore non dovrebbe essere quello della vessatorietà⁶⁰⁴, quanto piuttosto quello della nullità generale *ex art. 1418 c.c.* (di cui può discutersi a quale delle ipotesi di tale norma imputarla), posto che la clausola in questione resterebbe nulla anche in caso di trattativa individuale. In tal senso sembra porsi l'art. 7, par. 2, ult. per., RGPD che, come si è visto, prevede una generalizzata non vincolatività della parte della dichiarazione del consenso (al trattamento dei dati personali) che costituisca una violazione del regolamento. Con riguardo alla suddetta disposizione, resta solo il dubbio che, a causa di una non felice formulazione, la non vincolatività di cui parla la norma ricopra solo l'ipotesi in cui «il consenso è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda *anche altre questioni*» (corsivo aggiunto), con l'esclusione quindi dei casi in cui la dichiarazione dovesse riguardare *solo* questioni attinenti al trattamento dei dati personali. In ogni caso, a prescindere da quest'ultima restrizione testuale, per le clausole *strictu sensu* illecite, il soccorso del diritto comune per il tramite dell'art. 1418, co. 2, c.c. dovrebbe essere un'ancora sicura. Per le altre clausole, lesive comunque di norme imperative quali sono le norme del RGPD, resterebbe il salvagente traballante della nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1, c.c.

⁶⁰³ HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance*, cit., p. 19.

⁶⁰⁴ Qualora si configurasse come vessatorietà, si dovrebbe inoltre affrontare il problema dell'esonazione dal controllo delle clausole riguardanti la determinazione dell'oggetto del contratto e quelle relative all'adeguatezza del corrispettivo (v. art. 34, co. 2, cod. cons., in ossequio all'art. 4, par. 2, dir. 93/13). Nel caso di specie, infatti, le clausole concernenti il trattamento dei dati personali del consumatore, vista la funzione sostanzialmente corrispettiva del trattamento, potrebbero essere escluse dal giudizio di vessatorietà. Il punto è stato ben colto da alcuni autori: CLIFFORD, GRAEF, VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent*, cit., p. 697 ss.; HACKER, *op. ult. cit.*, p. 16 ss. Essi, tuttavia, non giungono alle medesime conclusioni. Da un lato, infatti, si osserva che la qualificazione dei dati personali come prezzo anche soltanto *de facto* dovrebbe escludere il giudizio di vessatorietà sulle clausole che riguardano il loro trattamento (così CLIFFORD, GRAEF, VALCKE, *op. ult. cit.*, p. 697). Dall'altro, invece, si sostiene che gli argomenti classici che giustificano l'esonazione delle clausole in questione dalla vessatorietà non sono applicabili nei casi in cui i dati personali sono sostanzialmente una controprestazione, posto che l'indicazione del corrispettivo non è in tali casi *undistorted and clear*, come avviene solitamente sul mercato, e non attira così l'attenzione del consumatore (così HACKER, *op. ult. cit.*, p. 17).

Il tutto chiaramente, come si è già avuto modo di rilevare, sconta l'incognita dell'applicazione dell'art. 1419, co. 1 c.c., che porta con sé il rischio di una nullità parziale mutante in nullità dell'intero contratto⁶⁰⁵ per mezzo della qualificazione della clausola amputata come *soggettivamente* essenziale. Il conseguente risultato sarebbe, da un lato, poco protettivo per il consumatore e, dall'altro, poco deterrente per l'operatore economico. In sostanza, nella ricostruzione che si è qui suggerita, diventa fondamentale far indossare alla nullità della clausola per violazione del RGPD le vesti di una nullità di protezione. Invero, se sul piano della legittimazione ad agire può valere il fatto che la violazione del RGPD, lesiva dei diritti dell'interessato, è rimessa solo a quest'ultimo e a suoi eventuali rappresentanti (v. artt. 77, 79, 80, RGPD), con la conseguenza che l'operatore economico/titolare del trattamento non potrebbe chiedere la nullità di una clausola contrattuale che integra una violazione del RGPD da lui stesso commessa, è chiaro che il problema principale attiene al carattere necessariamente parziale della nullità in questione, così come dispone l'art. 36, co. 1, cod. cons. per le clausole vessatorie, del quale infatti si è qui suggerita un'applicazione in via analogica.

Infine, si ha un ulteriore elemento di complicazione nel momento in cui la clausola concernente il trattamento dei dati personali dovesse risultare *oggettivamente* essenziale: ipotesi tutt'altro che peregrina se si riconosce – come si è finora ricostruito – che (se non tutti, ma sicuramente) alcuni tipi di trattamento costituiscono il corrispettivo *indiretto* del servizio o contenuto digitale fornito. A tal riguardo, a meno di non ritenere – come si è ipotizzato sopra a proposito dell'invalidità *totale* del consenso al trattamento per “causa imputabile” all'operatore economico – che l'agire abusivo di quest'ultimo giustificerebbe, anche in questo caso, una trasformazione della causa complessiva dell'operazione economica da sostanzialmente onerosa a puramente gratuita (per la caducazione per intero del consenso al trattamento dei dati personali), la strada più plausibile sembra essere l'integrazione del contratto, permettendo la conservazione dello stesso con la sua causa originaria⁶⁰⁶. Si potrebbe

⁶⁰⁵ A favore della nullità dell'intero contratto, qualora le clausole nulle (concernenti il trattamento dei dati personali) debbano considerarsi essenziali, ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, cit., p. 682, nota 30.

⁶⁰⁶ A tal proposito, possono richiamarsi le riflessioni compiute dalla dottrina in ordine alla caducazione (per vessatorietà) di una clausola essenziale in un rapporto b2c: v. S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, p. 826 ss.

quindi immaginare che, venuta meno la clausola oggettivamente essenziale sul trattamento dei dati, si dia ingresso a una definizione giudiziale delle finalità del trattamento dei dati ammesse.

4.3.2. Trattamento dei dati personali illecito *in executivis*: difetto di conformità del contenuto o servizio digitale

Resta da chiedersi cosa succede se, durante il rapporto contrattuale, l'operatore economico tratta i dati personali in modo illecito o, comunque, difforme da quanto promesso in contratto. In tal caso, come si è anticipato, certamente non può dirsi che il contratto è invalido. Al tempo stesso, non vi sono dubbi che il consumatore/interessato abbia la possibilità di richiedere un risarcimento del danno subito a seguito del trattamento illecito ai sensi dell'art. 82, RGPD. Bisogna verificare, a questo punto, se in tali fattispecie il consumatore che riceve un contenuto o un servizio digitale, in cambio del proprio consenso al trattamento dei dati personali, abbia a disposizione *anche* i rimedi tipicamente contrattuali.

Supponiamo che una *app* per smartphone raccolga più dati personali di quanti il fornitore del contenuto digitale aveva previsto nel contratto concluso con il consumatore⁶⁰⁷. Altrimenti, pensiamo a un *software* per la cifratura di dati che non attua le misure adeguate previste dal RGPD per garantire sin dalla progettazione che i dati personali non siano divulgati a destinatari non autorizzati. Oppure ancora, a un'applicazione per gli acquisti *online* che non adotta le misure previste dal reg. (UE) 2016/679 in materia di sicurezza del trattamento dei dati personali del consumatore e, di conseguenza, le informazioni sulla carta di credito del consumatore sono esposte a *malware* o *spyware*. Gli ultimi due esempi si ritrovano nel considerando 48 della dir. 2019/770, il quale risulta utile per fare lumi su come qualificare tali fattispecie. Esso, infatti, evidenzia come «gli elementi che determinano un difetto di conformità rispetto ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679, inclusi principi fondamentali quali i requisiti in materia di minimizzazione dei dati, protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita, costituiscano un

⁶⁰⁷ HELBERGER, BORGESIOUS, REYNA, *The Perfect Match?*, cit., p. 1449.

difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi di cui alla presente direttiva». Alla luce di tali indicazioni, il nesso *dinamico* (attinente, cioè, ai vizi del rapporto) tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e il diritto contrattuale consumeristico sembra ricadere sulla nozione di difetto di conformità del contenuto o servizio digitale. La questione, tuttavia, è più complessa di come appare a prima vista.

Lo coglie bene quella dottrina che richiede sul punto un atteggiamento cauto, innanzitutto in ragione del fatto che la conformità richiesta dalla dir. 2019/770 è riferita «“al contratto” di fornitura» (e non, viceversa, alla dichiarazione di consenso al trattamento dei dati personali), e inoltre in considerazione dell’assenza, nell’articolato della direttiva (in particolare agli artt. 6-9), «di ogni riferimento alla conformità del contenuto o servizio digitale alla normativa di protezione dei dati personali»⁶⁰⁸. La medesima dottrina, tuttavia, non esita a riconoscere che nell’ipotesi in cui l’operatore economico abbia assunto un esplicito impegno contrattuale in ordine a come tratterà i dati del consumatore, «non v’è dubbio che tale impegno determini l’insorgenza di un requisito *soggettivo* di conformità, e che il consumatore possa reagire alla non conformità con i rimedi a tal fine previsti»⁶⁰⁹.

Pertanto, appare chiaro che il principale scoglio riguarda il caso in cui il contratto non preveda specifiche garanzie relativamente al trattamento dei dati del consumatore e l’eventuale non conformità andrebbe quindi ricondotta ai requisiti *oggettivi* di cui all’art. 8 della direttiva in questione. Sebbene quest’ultima norma non contenga alcun richiamo al RGPD, sembra comunque possibile ricostruire un difetto di conformità del contenuto o servizio digitale per difformità dalle prescrizioni del RGPD. I percorsi argomentativi, com’è stato saggiamente messo in evidenza, possono risiedere sia nella stessa direttiva 2019/770, sia nel diritto consumeristico generale.

Per quanto riguarda la prima, non può passare inosservato che l’art. 16, par. 2 impone all’operatore economico di rispettare gli obblighi applicabili a norma del RGPD nel caso di risoluzione del contratto. Tale disposizione può essere utilizzata come argomento *a fortiori* per dimostrare che del RGPD si debba tener conto anche con riguardo alla configurazione del difetto di conformità: infatti, «sembrerebbe [...]

⁶⁰⁸ CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., p. 514.

⁶⁰⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 515.

contraddittorio che il GDPR sia vincolante (soltanto) al momento della risoluzione del contratto e non con riguardo al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura quando questa comporta il trattamento dei dati personali»⁶¹⁰. Inoltre, sul piano del diritto consumeristico generale, può segnalarsi che l'interpretazione fornita dalla dottrina all'art. 129 cod. cons. si pone nel senso di far rientrare nel difetto di conformità «anche le cosiddette irregolarità giuridiche, cioè la difformità delle caratteristiche e delle qualità del bene rispetto a quelle previste da norme imperative di origine pubblicistica, quali le disposizioni del GDPR dovrebbero qualificarsi»⁶¹¹.

A tali argomenti già particolarmente pregnanti e ben articolati dalla dottrina fin qui richiamata, può aggiungersi che, sul piano dei principi, è la stessa *effettività*, in questo caso della disciplina in materia di protezione dei dati personali, a richiedere un livello di deterrenza quanto maggiore possibile, tanto da giustificare un'implementazione delle prescrizioni del RGPD all'interno dei rimedi contrattuali consumeristici. Si può così concludere che nei casi in cui l'operatore economico viola le disposizioni del RGPD nell'esecuzione del contratto, il consumatore può esperire i rimedi contrattuali previsti dall'art. 14 della dir. 2019/770.

5. Il senso di un tentativo di integrazione tra protezione dei dati personali e diritto privato patrimoniale

Nei paragrafi precedenti, si è visto che la direttiva 2019/770 relativa ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali costituisce un ottimo laboratorio di analisi per saggiare la comunicabilità di due corpi normativi, quello della protezione dei dati personali e quello del diritto contrattuale consumeristico. Lo sforzo ermeneutico è stato, in qualche modo, imposto dal legislatore europeo che ha inserito nella direttiva in questione una serie di disposizioni contenenti riferimenti ai dati personali del consumatore e, dunque, inevitabili possibili punti di intersezione con la disciplina in materia di protezione dei dati. Tuttavia, una simile operazione ermeneutica non può dirsi solo occasionata dai necessari chiarimenti normativi.

⁶¹⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 517.

⁶¹¹ ID., *op. ult. cit.*, p. 518.

Invero, sempre più spesso, si insiste – soprattutto da parte delle autorità operanti nel campo della *data protection* – nel creare un *enforcement* integrato tra le discipline di diritto della concorrenza, diritto consumeristico e diritto sulla protezione dei dati personali⁶¹². Peraltro, anche le autorità *antitrust* nazionali si vedono impegnate in questa direzione⁶¹³. L’idea che muove tale progetto è principalmente quella di innalzare il livello di responsabilizzazione delle imprese che operano coi dati personali e, al tempo stesso, rafforzare gli standard di tutela dei soggetti interessati al trattamento che si ritrovino ad essere anche consumatori. In altri termini, si tratta di un progetto di forte stampo deterrente-rimediabile, che appunto mira a migliorare l’*enforcement* complessivo delle discipline in questione⁶¹⁴. Pertanto, può dedursi che gli attori che sponsorizzano il sodalizio di cui sopra siano mossi da intenti prettamente funzionali, più che da una reale convinzione della sovrapposibilità di tali branche, alquanto distinte sul piano delle finalità e dell’armamentario concettuale⁶¹⁵.

⁶¹² EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data – The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 September 2016, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf. A livello nazionale, come esempio di coordinamento tra autorità indipendenti, v. AGCM, AGCOM, GARANTE DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee Guida e Raccomandazioni di Policy sui Big Data*, luglio 2019, disponibili online su: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9122609>.

⁶¹³ Sul caso che ha coinvolto Facebook davanti al *Bundeskartellamt* (autorità tedesca preposta all’applicazione della disciplina *antitrust*), caso B6-22/16, conclusosi con la decisione del 7 febbraio 2019, disponibile online su: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5, v. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Clausole «unfair» e abuso da sfruttamento*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, pp. 9-26; IID., *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto. Un ‘revival innovativo’*, in *Foro it.*, V, 2018, pp. 144-156; S. GOBBATO, *Big data e “tutele convergenti” tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *MediaLaws*, 2019, 3, pp. 155-156.

⁶¹⁴ I. GRAEF, *Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies between Competition, Consumer and Data Protection law in Digital Markets*, in M. BAKHOUM, B. CONDE GALLEGO, M.O. MACKENRODT, G. SURBLYTĖ-NAMAVIČIENĖ (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018, p. 121 ss. A causa della sovrapposizione di competenze di diverse autorità di settore sulle medesime condotte delle imprese, prospetta rischi di violazione del principio del *ne bis in idem* GOBBATO, *op. ult. cit.*, pp. 158-161.

⁶¹⁵ Sulla relazione tra *antitrust* e *data protection* vengono avanzati diversi dubbi. In particolare, v. A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know How to Do It?*, CPI Antitrust Chronicle, January 2017, disponibile online su: <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/01/cpi-lamadrid-villiers.pdf>, p. 4: «The most powerful argument against the inclusion of standalone privacy considerations into the competition analytical framework is perhaps that there is nothing so special about privacy as to distinguish it from other fundamental rights or from other legitimate and important public policy goals. Accordingly, if one were to accept the contention that the competition laws must be applied in such a way as to ensure privacy

Se è tale lo scenario che promuove un *enforcement* integrato a livello istituzionale, deve riconoscersi che vi sono ragioni che spingono ad andare oltre una prospettiva di tal genere, alla quale possono comunque ascrivere i meriti di aver fatto luce sulla questione. Il punto è il seguente: le sfide poste dall'avvento dell'economia dei dati non possono fermarsi solo sul piano dei rimedi integrati tra *data protection* e *consumer protection*, in un'ottica diretta a farsi plasmare dal diritto concorrenziale che inevitabilmente finisce per operare principalmente *ex post*⁶¹⁶. Si intende dire che nel momento in cui il mercato è pervaso da operazioni economiche che riguardano dati personali, è necessario compiere un'operazione più grande, quella cioè di concettualizzare *ex ante* il tema dello sfruttamento economico dei dati personali⁶¹⁷. Infatti, a fianco delle regole (assolutamente necessarie) che si prefiggono di rendere corretto e trasparente qualsiasi trattamento dei dati, compiuto da qualsiasi soggetto, pubblico o privato (regole oggi contenute nel RGPD), non può più negarsi che servono regole che, attraverso gli istituti tipici del diritto privato patrimoniale, si occupino di disciplinare come il valore economico generato dal trattamento dei dati circoli tra i privati⁶¹⁸. Se poi tali regole possono essere già ricavate dal sistema e dalle norme attualmente vigenti, dev'essere l'interprete a dirlo⁶¹⁹. Ecco, dunque, che il lavoro compiuto sulla dir. 2019/770 può considerarsi precursore in questa direzione.

is respected, there would be no apparent reason not do the same with any other right or legitimate public goal. This would lead to the absurd result of turning competition law into a law of everything, which would not only entirely deform the discipline but would also provide a great starting point for a dystopian novel».

⁶¹⁶ Cfr. I. GRAEF, D. CLIFFORD, P. VALCKE, *Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law*, in *International Data Privacy Law*, 2018, pp. 209-210, i quali evidenziano come, per la *data protection* e la *consumer protection*, «*there is no authority at the EU level that has the competence to take action and adopt measures having an effect on the EU territory as a whole*», a differenza di quanto previsto per l'*enforcement* della *competition law*. «*All of this may explain why data protection advocates like the EDPS have started to look at competition law as a source of inspiration for creating stronger enforcement of data protection law as well*».

⁶¹⁷ A tal riguardo, è opportuno richiamare le riflessioni compiute da ZENO-ZENCOVICH, *Do "Data Markets" Exist?*, cit., pp. 37-38 ove si afferma che nell'ambito del mercato dei dati personali «*rather than a case for ex post competition remedies, it would appear that a holistic approach – that looks at the forest and not at the single tree – could be much more beneficial for fostering policy goals such as access, inclusion and innovation. More specifically, consumer welfare – inasmuch as it is encroached by massive appropriation of personal data by enterprises – appears to be more efficiently protected and pursued by pro-consumer ex ante and erga omnes regulations, such as injunctions and sanctions against unfair, deceptive and aggressive commercial practices*».

⁶¹⁸ Cfr. R. SCHULZE, *The New Shape of European Contract Law*, in *EuCML*, 2015, pp. 143-144.

⁶¹⁹ Cfr. C. TWIGG-FLESSNER, *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law?*, in A. De Franceschi, *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., pp. 47-48.

Conclusioni

Con il presente lavoro riteniamo di aver raggiunto alcuni punti fermi, che si proverà di seguito a compendiare, ma soprattutto riteniamo di aver agito con l'intento di trasformare i varchi intravisti all'inizio del percorso in sentieri più definiti da esplorare in ricerche future.

Le premesse storiche sulla genesi della disciplina in tema di protezione dei dati personali hanno permesso di appurare che il trattamento dei dati è stato preso in considerazione dalla cultura giuridica europea in quanto tecnica idonea a generare rischi e pericoli alla persona, soprattutto in termini di intrusione nella sfera privata (con ripercussioni sulla riservatezza) e alterazione dei tratti identificativi della personalità dell'individuo (con ripercussioni sull'identità personale). Le riflessioni sul trattamento dei dati personali nell'ambito delle attività economiche sono state oggetto di studi che, nonostante qualche rara eccezione, risentivano di tale impostazione che possiamo definire "personalistica". In altri termini, la domanda di fondo (quanto meno in dottrina) continuava ad essere: "Come arginare gli effetti negativi delle nuove tecniche informatiche sulla personalità?". Nel frattempo, dagli anni Settanta in avanti, oltreoceano si diffondevano le prospettive economiciste sulla *privacy*, e si discuteva se più o meno *privacy*, nel senso di regolazione in chiave contraria a una piena *disclosure* delle informazioni, avrebbe fatto bene al mercato e, più in generale, al benessere sociale complessivo. Le discussioni in questione apparivano comunque per lo più teoriche, poiché pur essendo l'informazione già un aspetto nevralgico dell'economia dei tempi non si potevano ancora (pre)vedere dettagliatamente gli effetti di un'economia basata sulla raccolta, l'elaborazione e la messa a profitto di dati. Le normative (nazionali, internazionali e comunitarie) sulla protezione dei dati personali che hanno caratterizzato l'Europa (almeno quella occidentale) tra gli anni Settanta e Novanta non hanno certamente impedito agli operatori economici, divenuti sempre di più globali, di sviluppare tecnologie e dispositivi (*in primis* l'avvento della rete Internet e dell'ambiente *web*, e a seguire l'invenzione di dispositivi che sfruttano le più moderne tecnologie informatiche) capaci di dar vita a quella che, oggi, viene comunemente definita la c.d. "economia dei dati". La tesi di Posner secondo la quale il *right to privacy* avrebbe nociuto al mercato può dirsi chiaramente sconfessata, ma è anche vero che sono mutate le condizioni di riferimento. Leggere, oggi, il fenomeno

del trattamento dei dati personali in chiave economica non può far più dubitare della “bontà” della *privacy*, ma assume necessariamente tutt’altro significato.

Dagli inizi del nuovo millennio, con sempre maggiore insistenza si è evidenziato il valore economico acquisito dai dati personali. L’emersione di servizi – in particolare, si possono richiamare i primi servizi di accesso ad internet – che consentivano agli utenti il godimento senza un esborso pecuniario ha rappresentato un indizio e un indice di cambiamento. Col tempo, il mondo digitale si è arricchito notevolmente di contenuti diversi, buona parte accumulati dal medesimo modello commerciale, adesso scolpito nelle parole del considerando 24 della dir. 2019/770: «La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all’operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato».

È dall’analisi, e la rielaborazione, di tali premesse sparse nel corpo del lavoro, che si è potuto giungere ad alcune conclusioni. La presa d’atto che il trattamento dei dati personali non incide solo sulla sfera personale, essendo un’attività dalla quale si genera ricchezza che può essere fonte di disequilibri normativo-patrimoniali, ha costituito una tappa fondamentale del percorso di ricerca. A tal riguardo, è stato opportuno sottolineare che la normativa sulla protezione dei dati personali, pur dotando i soggetti interessati di alcuni diritti (di protezione) in ordine al trattamento dei dati che li riguardano e imponendo ai soggetti titolari molteplici obblighi nello svolgimento dell’attività in questione, non si preoccupa di come la ricchezza generata dal trattamento viene allocata.

In primo luogo, in quanto non c’è una definizione di diritti proprietari sui dati personali. A tal proposito, interpretando le trame normative della *data protection*, oggi contenuta in massima parte nel reg. (UE) 2016/679, si è ribadita la conclusione cui era giunta la dottrina maggioritaria, italiana ed europea, nel vigore della dir. 95/46 e delle discipline nazionali di recepimento (in Italia, la l. n. 675/96 poi confluita nel codice *privacy* del 2003): i dati personali non possono formare oggetto di un diritto di proprietà, quanto meno se la proprietà viene intesa nel senso tradizionale accolto dal nostro codice civile. L’ostacolo principale per riconoscere un diritto proprietario in capo ai soggetti interessati, tralasciando gli argomenti dogmatici sul riconoscimento di entità immateriali come beni giuridici, è che il consenso non è l’unica base giuridica

del trattamento dei dati personali e, anche quando lo è, il suo statuto normativo non consente una circolazione dei dati personali nemmeno paragonabile a quella dei beni che costituiscono oggetto di proprietà. Nel solco di uno studio di taglio propriamente europeo, si è riconosciuto che astrattamente potrebbe parlarsi di *property rights on personal data*, ma alla sola condizione che si attribuiscono alla proprietà caratteri diversi da quelli che essa possiede *de iure condito*.

In secondo luogo, un altro argomento per dimostrare che la disciplina sulla protezione dei dati personali non si interessa particolarmente dello sfruttamento economico dei dati personali è la mancanza di uno statuto normativo dedicato alle finalità commerciali del trattamento. Per esemplificare, trattare i dati personali per finalità di ricerca scientifica è una fattispecie notevolmente diversa dal trattare gli stessi dati per finalità di *advertising* personalizzato concesso a terzi, con la conseguenza che anche le questioni giuridiche inerenti alle due fattispecie divergono in modo sostanziale. Basti pensare che un paziente d'ospedale i cui dati personali vengono raccolti e trattati per una ricerca di laboratorio non potrebbe certamente invocare uno standard di diligenza professionale più elevato per il solo fatto di aver fornito i propri dati; la medesima richiesta invece non appare assurda, e anzi viene in qualche modo suggellata dalla dir. 2019/770, se proviene da un consumatore che accede a un servizio digitale concedendo all'operatore economico la possibilità di effettuare un trattamento commerciale dei propri dati. Nonostante tale diversità lapalissiana, il RGPD non ritiene la finalità di trattamento un criterio dirimente di differenziazione normativa, affidandosi piuttosto ad altre distinzioni, la più importante delle quali è certamente quella tra categorie particolari di dati (art. 9) e categorie implicitamente residuali (per cui valgono tutte le altre disposizioni del RGPD). Tale scelta, in realtà, non sorprende troppo se si tiene conto del fatto che l'obiettivo della normativa è pur sempre quello di predisporre in via generalizzata degli strumenti di tutela della persona (passanti adesso per il principio di responsabilizzazione dei titolari del trattamento), oltre ad assicurare una trasparente circolazione dei dati. Il RGPD non si prefigge – quanto meno in via precipua – di definire i diritti e gli obblighi dei soggetti che prendono parte ad operazioni *economiche* che hanno ad oggetto trattamenti di dati personali. Emerge, dunque, con evidenza la parzialità dei problemi giuridici affrontati dal regolamento europeo sulla protezione dei dati. Si è così sostenuto che la normativa in questione non è del tutto chiusa e autosufficiente, senza con ciò disconoscere che

essa comunque sancisce dei principi di portata generale, validi e vincolanti per ogni fattispecie che riguardi il trattamento di dati personali. Tuttavia, nella misura in cui tali principi non vengono messi in discussione, non si vede per quale ragione una fattispecie di trattamento di dati personali non possa essere regolata anche da *altre norme*, contenute in altri luoghi dell'ordinamento. Se per le norme proprietarie si è già detto della loro inconciliabilità con lo statuto dei dati personali, non altrettanto può dirsi per le norme negoziali.

Il fatto che il RGPD, così come la dir. 95/46 in passato, non interviene direttamente sui meccanismi che attraverso il trattamento dei dati personali generano ricchezza, non è sufficiente per affermare che vige un divieto di commercializzare i medesimi dati, che oltretutto sarebbe chiaramente sconfessato dalla prassi. È vero che il trattamento dei dati personali può avvenire lecitamente solo a determinate condizioni, ma anche tale indicazione normativa non dice molto sulla posizione del legislatore in ordine al sempre crescente sfruttamento economico dei dati di natura personale. Concependo tali dati come frammenti che, se non sempre ma certamente in certe circostanze, possono assurgere ad attributi della personalità, il tema della commercializzazione dei dati personali è stato inquadrato nell'ambito della teoria dei diritti della personalità. Aderendo alle tesi di chi ha dimostrato in modo pienamente convincente che il dogma dell'indisponibilità va rivisto per gli attributi della personalità che hanno carattere immateriale, si è escluso che vi sarebbe un ostacolo di ordine generale al riconoscimento giuridico delle operazioni che hanno ad oggetto uno scambio economico tra dati personali e prestazioni di vario genere.

Tuttavia, non può certo ammettersi che due soggetti affidino al contratto la libera regolamentazione di come uno effettuerà il trattamento dei dati personali dell'altro, posto che le norme del RGPD sono di natura imperativa e non lasciano particolare spazio all'autonomia privata sotto il profilo del *quomodo* del trattamento. Pertanto, se il contratto può giocare un ruolo, non è quello di determinare il contenuto di tali operazioni. In tale ambito, dove l'autonomia privata in funzione prescrittiva è fortemente limitata, l'apertura al contratto va intesa più che altro come riconoscimento della natura patrimoniale dell'accordo e conseguente applicazione delle norme contrattuali che regolano diritti e obblighi delle parti. Nella ricerca si è visto che le *chances* di contrattualizzazione, e patrimonializzazione, delle operazioni suddette dipendono in gran parte dalla natura e dalla funzione che si riconosce al consenso al

trattamento dei dati personali, unica tra le basi giuridiche del trattamento a conferire – quanto meno in astratto – un potere decisionale in capo all’interessato.

Per quanto riguarda la natura giuridica di tale consenso, la dottrina italiana si è divisa adducendo argomenti validi sia a favore della tesi negoziale che a favore della tesi contraria, sfociando tuttavia in discorsi dalle tinte marcatamente dogmatiche. Orbene, dopo aver messo in discussione il metodo rigidamente deduttivo, secondo il quale alla definizione preliminare della natura giuridica seguirebbero *naturaliter* determinate conseguenze disciplinari, l’attenzione è ricaduta sulla presunta funzione rinunciativa del consenso al trattamento. Anche sotto quest’aspetto, è stato utile richiamare gli studi di chi si è già impegnato nello sconfiggere tale assimilazione tra consenso e rinuncia. Il consenso al trattamento dei dati personali non è uno strumento attraverso il quale l’interessato elimina un divieto generale di trattare dati altrui, quanto meno nell’ambito dei dati personali “ordinari”, cioè diversi dai dati “particolari”, i c.d. dati sensibili. Il consenso è un atto di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali, che permette l’attivazione dei dispositivi di partecipazione e di difesa che l’ordinamento riconosce all’interessato durante l’attività di trattamento. Così inteso, il consenso può costituire altresì il presupposto affinché l’interessato usufruisca delle utilità scaturenti dal trattamento messo in atto dal titolare, rendendosi in tal modo partecipe anche in senso economico. Una tale concezione del consenso merita di essere ulteriormente sviluppata per chiarire, fino in fondo, le logiche che stanno alla base dell’allocazione della ricchezza derivante dal trattamento dei dati personali. Gli spunti offerti nel lavoro circa il collegamento del consenso al trattamento dei dati con la teoria dell’attribuzione normativa dei beni giuridici costituiscono il solo inizio di un percorso di ricerca che dovrà essere necessariamente affinato per dare frutti più maturi.

Ad ogni modo, si è appurato che l’alone di incertezza che avvolge a livello giuridico la commercializzazione dei dati personali non è un problema dogmatico, ma piuttosto di politica del diritto. Senza chiare linee di *policy* finisce sì per delegare al potere economico la definizione degli assetti di interessi. A tal proposito, peraltro, si deve far tesoro degli insegnamenti della dottrina statunitense che ammonisce circa i *side effects* dell’*inalienability* giustificata da ragioni morali, in quanto non è raro che vi siano beneficiari inattesi di tale scelta politica. La consapevolezza di tale ammonimento dovrebbe costituire un punto saldo dei futuri studi che si approcceranno alla materia.

Chiarito il quadro concettuale, si sono presi in esame gli aspetti più tecnici della tematica. Mettendo da parte, infatti, i condizionamenti ideologici, è soprattutto sulle norme di dettaglio che il giurista deve mettere alla prova il proprio armamentario ermeneutico. In particolare, si è focalizzata l'attenzione sulle norme di cui ai parr. 3 e 4 dell'art. 7 del RGPD in tema di revoca e libertà del consenso al trattamento. D'altro canto, la loro analisi si rivela essenziale nel momento in cui si cerca di conciliare l'art. 3, par. 1 della dir. 2019/770 – che attribuisce legittimità giuridica alle operazioni commerciali in cui un consumatore ottiene la fornitura di un contenuto o servizio digitale a fronte della fornitura dei propri dati personali – con il regime vigente in materia di protezione dei dati personali. Il vincolo di interpretazione conforme è imposto dall'art. 3, par. 8 della medesima direttiva ove si afferma che essa «fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE», con il corollario che in caso di conflitto con il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali è quest'ultimo a prevalere. Le disposizioni appena citate danno vita a un ginepraio di questioni giuridiche non risolte puntualmente dal legislatore europeo. Orbene, il presente lavoro ha affrontato alcune di tali questioni cercando di fornire delle soluzioni.

In primo luogo, si è ritenuto che la fattispecie della “fornitura di contenuti/servizi digitali *contro* la fornitura di dati personali del consumatore” va intesa come una fattispecie che sottende la base giuridica del consenso sul piano del trattamento dei dati personali. La direttiva non lo esplicita in quanto non vuole incidere sul regime delle basi giuridiche di trattamento predisposto dal RGPD, tuttavia l'interprete può giungere a tale conclusione sulla base di una serie di argomenti. Il primo è che il trattamento dei dati del consumatore che l'operatore economico intende effettuare è indubbiamente un trattamento avente finalità commerciale-remunerativa, diverso quindi sia dal trattamento imposto da obblighi di legge sia dal trattamento necessario per l'esecuzione del contratto, così come previsto dalla stessa direttiva. Le sole basi giuridiche che possono, in astratto, rendere lecito un trattamento con finalità commerciale sono: il consenso dell'interessato e il legittimo interesse del titolare. Sebbene il RGPD lasci intendere che entrambe possono essere utilizzate per la suddetta tipologia di trattamento (arg. *ex* considerando 47), risulta difficilmente ammissibile che nel bilanciamento in concreto tra gli interessi del titolare e quelli dell'interessato, previsto dall'art. 6, par 1, lett. f) del RGPD, possa avere la meglio un

interesse puramente commerciale del primo soggetto. Ad ogni modo, anche a ritenere che il legittimo interesse del titolare possa sorreggere un trattamento di tipo eminentemente economico, c'è un secondo argomento che induce a preferire il consenso come base giuridica del trattamento nella fattispecie in esame. In questo caso, si tratta di un ragionamento che utilizza le categorie contrattuali. Invero, se la possibilità di trattare i dati del consumatore funge, almeno *de facto*, da controprestazione nell'ottica dell'operatore economico, l'interesse di quest'ultimo è di acquisire una base giuridica che non è *già* nella sua disponibilità. Se l'operatore economico, infatti, è già legittimato a trattare i dati del consumatore per via della legge, che eleva la sua finalità commerciale a legittimo interesse, non vi sarebbe alcuno scambio (nemmeno in senso economico) con il consumatore. Se così fosse, dunque, i maggiori oneri imposti dalla direttiva 2019/770 all'operatore economico digitale (l'essere esposto ad azioni del consumatore tipiche dei contratti a prestazioni corrispettive) risponderebbero a logiche del tutto avulse da quelle codicistiche in materia contrattuale.

Risolto il primo problema interpretativo nel senso che il consenso è la base giuridica del trattamento dei dati del consumatore, non è detto tale consenso possa dirsi prestato validamente nelle circostanze cui allude l'art. 3, par. 1 della dir. 2019/770. Infatti, la "fornitura dei dati personali" da parte del consumatore appare la condizione in virtù della quale l'operatore economico è disposto a fornire il contenuto o servizio digitale senza la ricezione di un corrispettivo pecuniario. Ciò pone un problema di compatibilità con l'art. 7, par. 4, RGPD. Tuttavia, l'ostacolo rinvenibile in tale norma non risulta insormontabile in quanto essa non va interpretata come un divieto puro e semplice delle pratiche commerciali in cui il consenso al trattamento è la chiave per accedere a un servizio o, più in generale, per ottenere l'esecuzione di un contratto. La validità del consenso prestato in tali circostanze dipende da altri fattori non esplicitati nella norma in questione. In particolare, come indicato di recente dalla Corte di Cassazione e da tempo dall'ordinamento tedesco, per valutare il grado di libertà del consenso al trattamento dei dati bisogna prendere in considerazione la presenza o meno – nel mercato – di alternative fungibili del servizio che l'operatore economico offre sotto la condizione del rilascio del consenso da parte dell'interessato-consumatore. Se si vuole far svolgere all'art. 7, par. 4, RGPD una funzione non soltanto mercantile, ma anche di stampo sociale, nel senso di evitare che le fasce più

deboli siano indotte ad accedere a determinati servizi della società dell'informazione fornendo i propri dati personali pur di non pagare un prezzo eccessivo, si potrebbe immaginare di imporre agli operatori economici che adottino tali modelli commerciali "dati-centrici" l'offerta di un'alternativa di pagamento in danaro che non superi una certa soglia (c.d. *cap*).

Il fatto che il consenso al trattamento dei dati personali può costituire, a determinate condizioni, lo strumento per ottenere una prestazione di natura patrimoniale, richiede una qualificazione dello stesso a livello contrattuale. Nella dottrina di area tedesca vi sono alcune voci che sostengono la possibilità di configurare il consenso come l'oggetto di una prestazione contrattuale. Tuttavia, per salvaguardare i suoi caratteri (indisponibili) di libertà e revocabilità, si ricorre ora alla figura dell'obbligazione naturale, ora alla qualifica della revoca come inadempimento giustificato o recesso legale. Tali ricostruzioni non appaiono soddisfacenti in quanto frustano l'idea stessa di obbligazione; per altro verso, il consenso al trattamento dei dati personali non può essere assimilato al consenso traslativo. Alla luce di siffatte considerazioni, si è ritenuto opportuno adottare un altro schema ricostruttivo della fattispecie "contenuti/servizi digitali *contro* dati personali", ovvero lo schema di un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura e il consenso al trattamento dei dati del consumatore. Tale configurazione, già suggerita da una parte della dottrina, permette di ravvisare nell'operazione economica complessiva un'onerosità per così dire indiretta; inoltre, presenta il pregio di poter attingere a una teorica già consolidata quale quella sul collegamento negoziale, che porta con sé il brocardo *simul stabunt, simul cadent*. Come insegna, tuttavia, la dottrina che ha studiato i vari profili del collegamento, la determinazione delle conseguenze che quest'ultimo comporta attiene a una valutazione in concreto dell'assetto di interessi delle parti.

Nel caso di specie, bisogna chiarire innanzitutto gli effetti sul contratto di fornitura nelle ipotesi di consenso invalido e consenso revocato. Il consenso al trattamento dei dati personali potrebbe risultare invalido per diverse ragioni, alcune delle quali derivanti da un comportamento scorretto del titolare-operatore economico (ad es., violazione degli obblighi informativi sul trattamento o utilizzo di un linguaggio incomprensibile), altre invece inerenti alla condizione dell'interessato (ad es., minore età). Mentre in questi ultimi casi non vi sono ostacoli affinché l'invalidità del consenso produca la caducazione del contratto collegato, nei primi casi può obiettarsi che

l'effetto caducatorio del contratto non è deterrente per l'operatore economico che acquisisce *colpevolmente* un consenso al trattamento invalido. La questione è aperta e si è preferito non assumere una posizione netta. Tuttavia, si è segnalato che per chi accoglie un'applicazione estensiva del principio di effettività della tutela consumeristica non è difficile prevedere una preferenza per la conservazione del contratto di fornitura in funzione *lato sensu* affittiva per l'operatore economico, che si vedrebbe a quel punto costretto a fornire una prestazione non più remunerata. Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi del consenso revocato, può facilmente ammettersi l'interruzione della fornitura del contenuto/servizio digitale quando quest'ultima avviene in via *continuata* o *periodica*. Di contro, è difficile definire l'effetto della revoca del consenso sulla fornitura di un contenuto digitale che viene eseguita in via *immediata* e *definitiva*. Infatti, in quest'ultimo caso, se la revoca del consenso avviene a distanza ravvicinata rispetto all'esecuzione (immediata e definitiva) del contratto, l'operatore economico potrebbe avere una remunerazione molto inferiore rispetto alle aspettative. A tal riguardo, dunque, può porsi un rischio di abuso della revoca con conseguente arricchimento ingiustificato del consumatore, al quale potrebbe essere richiesto un indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c.

Un'ipotesi differente dalle fattispecie appena esaminate è quella in cui il trattamento dei dati personali risulta illecito in quanto viola le prescrizioni del RGPD. Nel lavoro si è suggerito di distinguere i casi in cui il trattamento illecito o abusivo è oggetto di una clausola della dichiarazione nell'ambito della quale è prestato il consenso al trattamento dei dati personali, dai casi in cui il trattamento assume connotati di illiceità *in executivis*. In altri termini, si tratta di applicare la nota distinzione tra vizi dell'atto e vizi del rapporto, che tuttavia non può essere assunta in via apodittica per l'enorme trasformazione che ha subito negli ultimi decenni il sistema tradizionale dei rimedi contrattuali.

Per quanto concerne i primi casi sopra citati, è d'uopo richiamare la norma di cui all'art. 7, par. 2, ult. per. del RGPD, secondo la quale le clausole che costituiscono una violazione del regolamento non vincolano. La sanzione della non vincolatività evoca l'art. 6, par. 1 della direttiva 93/13 sulle clausole abusive, alla quale, non a caso, fa riferimento il considerando 42 del regolamento in questione. Tuttavia, una clausola che viola il RGPD cade, cioè non vincola, non perché vessatoria ma in quanto contrasta con una norma imperativa. Com'è noto, infatti, la vessatorietà attiene ad una deroga

del diritto dispositivo, sanzionata quando compiuta dai professionisti che si avvalgono del potere di predisposizione unilaterale a discapito dei consumatori. Dunque, non è facile definire il parametro di vessatorietà di una clausola concernente il trattamento dei dati personali, posto che la normativa del RGPD è di stampo imperativo e non dispositivo. Ciononostante, essendo il reg. (UE) 2016/679 una disciplina impostata in buona parte su principi e clausole generali, non è da escludere che vi possano essere casi in cui una clausola, pur non ledendo in modo diretto un principio come quello, ad esempio, di minimizzazione, si avvicina comunque ad una sua violazione. Si è concluso, pertanto, che è proprio in tali circostanze che può configurarsi una vessatorietà della suddetta clausola, qualora quest'ultima sia stata predisposta unilateralmente dal professionista-titolare.

L'ultima questione esaminata, con riguardo alla direttiva 2019/770 (ma in tal caso riguardante anche la vendita di beni incorporanti elementi digitali che ricadono sotto il regime della direttiva 2019/771), attiene al trattamento dei dati personali illecito *in executivis*, cui si è accennato sopra. Quest'ultimo non è certamente un vizio dell'atto, bensì va trattato come un possibile vizio del rapporto contrattuale. In particolare, la domanda alla quale si è cercato di fornire una risposta è se l'eventuale trattamento difettoso sul piano della sicurezza dei dati, che può condurre a un c.d. *data breach*, possa assurgere a difetto di conformità del contratto, con la conseguenza di consentire al consumatore l'attivazione dei rimedi contrattuali previsti per tale fattispecie. Si è risposto in senso affermativo sulla base, da una parte, dell'interpretazione del considerando 48 e dell'art. 8 (circa i requisiti oggettivi di conformità) della dir. 2019/770 e, dall'altra, del principio di effettività che può guidare l'interprete nell'individuazione di un rimedio che supporti adeguatamente gli articoli 8 e 38 della Carta di Nizza.

La direttiva 2019/770 ha rappresentato, in questo percorso di ricerca, un fervido laboratorio d'analisi per verificare i risultati di un'interazione costante tra la disciplina in materia di protezione dei dati personali e il diritto civile patrimoniale. Nel contesto attuale in cui si intensificano i tentativi di dialogo della *data protection* soprattutto con il diritto *antitrust* e la *consumer protection* (in senso lato), si è ritenuto opportuno non trascurare il dialogo con il versante prettamente contrattuale, intinto con alcune categorie tipiche del diritto consumeristico (vessatorietà e difetti di conformità, su tutte). Le conclusioni cui si è giunti in ordine al trattamento dei dati personali con

finalità commerciale, e agli sviluppi del consenso al trattamento in ambito negoziale, sono solo una base concettuale parziale per un ingresso del diritto contrattuale nel mondo fortemente variegato dei dati personali. In questo settore, è doveroso procedere con estrema cautela in quanto l'apertura al contratto, regno della libertà per antonomasia, può portare con sé il rischio di un arretramento delle tutele personalistiche, che chiaramente qui si vuole scongiurare. Piuttosto, con il presente lavoro si è voluto prendere atto del fatto che l'uso oculato delle categorie contrattuali può riuscire a definire meglio le impalcature dell'odierna economia dei dati, ancora sfuggente a qualsiasi forma di strutturazione.

Bibliografia

AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983.

ACQUISTI A., *Privacy*, in *Riv. pol. econ.*, 2005, p. 319 ss.

ACQUISTI A., C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, in *Journal of Economic Literature*, 2016, p. 442 ss.

AGNINO F., *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2555 ss.

AIELLO G.F., *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona: natura e limiti di un diritto fondamentale «disomogeneo» alla luce della nuova proposta di General Data Protection Regulation*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 421 ss.

AINIS M., *Il regno dell'uroboro*, Milano, 2018.

ALAGNA S., *Banche dati e notizie commerciali: spunti di riflessioni sulla compatibilità della tutela della persona e della immagine dell'impresa col diritto alle informazioni economiche*, in *Dir. Inf.*, 1988, p. 701 ss.

ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012 (trad. it. di Di Carlo).

ALPA G., *Raccolta di informazioni, protezione dei dati e controllo degli elaboratori elettronici (in margine a un progetto di convenzione del Consiglio d'Europa*, in *Foro it.*, 1981, V, p. 27 ss.

ALPA G., BESSONE M., *Introduzione*, in IID., (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 3 ss.

ALPA G., *Privacy e statuto dell'informazione*, in G. Alpa, M. Bessone (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 193 ss.

ALPA G., *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 3 ss.

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, X ed., Padova, 2017.

ALVISI C., *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 669 ss.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Software Contracts*, Philadelphia, 2010.

ANCIAX N., PUCHERAL P., BEHAR-TOUCHAIS M., BENABOU V.-L., BRUNAUX G., ET AL., *Dossier Contenus Numériques, n° 3 Contenu numérique*, in *Revue Contrats concurrence consommation*, Février 2017.

ANDERSON C., *Gratis: come funzionerà l'economia del futuro*, Milano, 2013 (trad. it. di Katerinov).

ANGIOLINI C., *Dati personali e tecniche di organizzazione degli interessi. Uno studio a partire dalla nozione di bene* (tit. provv.), in corso di pubblicazione.

ARBEITSGRUPPE „DIGITALER NEUSTART“ DER KONFERENZ DER JUSTIZMINISTERINNEN UND JUSTIZMINISTER DER LÄNDER, Bericht vom 15. Mai 2017, disponibile *online* su: https://www.justiz.nrw.de/WebPortal_Relaunch/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf.

ASTONE F., *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, p. 102 ss.

APELLI M., *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al “door to door”*, Napoli, 2001.

AULETTA G., *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 982 ss.

AULETTA T., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978.

BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

BARCELLONA M., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadr.*, 1987, p. 607 ss.

BARCELLONA M., *Diritto, sistema, senso. Lineamenti di una teoria giuridica sistemica*, Torino, 1996.

BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

BARCELLONA P. (con la collaborazione di C. CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

BARGELLI E., *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 11 ss.

BEALE H., *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, EP in-depth analysis, PE 536.494, 2016, p. 13, disponibile *online* su: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4a1651c4-0db0-4142-9580-89b47010ae9f/pe_536.493_print.pdf.

BEALE H., *The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales*, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 23, 2017, p. 3 ss.

BELFIORE A., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 855 ss.

BELFIORE A., *Interpretazione della legge e analogia*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. VI (2004-2005), Milano, 2005, p. 15 ss.

BELFIORE A., *Materiali del corso di Diritto civile 2011-12*, Catania, 2011.

- BELLIZZI A., *Considerazioni sull'oggettività giuridica dei «dati personali»*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 71 ss.
- BENDETTI A.M., *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2011, p. 956 ss.
- BENÖHR I., *EU consumer law and human rights*, Oxford, 2013.
- BERGELSON V., *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, in *UC Davis Law Review*, 2003, p. 414 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000.
- BIANCA C.M., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.
- BIANCA C.M., *Note introduttive*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, XIX-XXXIII.
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
- BILOTTA F., *Consenso e condizioni generali di contratto*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, II, *Profili applicativi*, Torino, 1999, p. 87 ss.
- BLOUSTEIN E.J., *«Privacy as an Aspect of Human Dignity - An Answer to Dean Prosser»*, in *New York University Law Review*, 1964, p. 962 ss.
- BOCCHINI F., QUADRI E., *Diritto privato*, VII ed., Torino, 2018.
- BONAVITA S., PARDOLESI R., *GDPR e diritto di cancellazione (oblio)*, in *Danno e resp.*, 2018, pp. 269-281.
- BONETTI S.F., *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 1087 ss.
- BORGESIU F.J.Z., *Online Price Discrimination and Data Protection Law*, Amsterdam Law School Research Paper, n. 32, 2015.
- BORGESIU F.J.Z., *Singling out People without Knowing Their Names – Behavioural Targeting, Pseudonymous Data, and the New Data Protection Regulation*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, p. 256 ss.
- BOSTON CONSULTING GROUP, *The value of our digital identity*, Liberty Global Policy Series, 2012, disponibile online su: <http://www.lgi.com/PDF/public-policy/The-Value-of-Our-Digital-Identity.pdf>.
- BOZZI L., *La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura dei dati personali*, in A. ADDANTE (a cura di), *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2018, p. 101 ss.
- BRAVO F., *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018.

BROWN B., *Studying the internet experience*, HP Laboratories Technical Report, 2001, disponibile online su: <https://www.hpl.hp.com/techreports/2001/HPL-2001-49.pdf>.

BUSNELLI F.D., *Il "trattamento dei dati personali" nella vicenda dei diritti della persona*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 177 ss.

BUSNELLI F.D., *Dalla legge al "codice": un dilemma, una sfida, un consolidamento normativo, una (imperfetta) razionalizzazione delle tutele. Nota introduttiva*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, XXXV-LIX.

BUTTARELLI G., *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997.

CAFAGGI F., *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 613 ss.

CAGGIANO I.A., *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 67 ss.

CAGGIANO I.A., *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 2018, p. 3 ss.

CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, p. 1111 ss.

CALABRESI G., *Intervento*, in *Società dell'informazione e tutela della riservatezza. Atti del convegno di Stresa - 16 maggio 1997*, Milano, 1998, p. 155 ss.

CALABRESI G., *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven, CT, Yale University Press, 2016.

CAMARDI C., *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 1049 ss.

CAMARDI C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 499 ss.

CAMILLERI E., *Facebook credits e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale*, in *AIDA*, 2011, p. 146 ss.

CAPLAN G.R., *The right of publicity*, in *Glendale Law Review*, 1995, p. 93 ss.

CARBONE V., *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 23 ss.

CARIDI V., *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 763 ss.

CASSANO G., COLAROCCO V., GALLUS G.B. (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018.

- CASTILLO PARRILLA J.A., *Bienes digitales. Una necesidad europea*, Madrid, 2018.
- CASTRONOVO C., *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 189 ss.
- CATALA P., *Ebauche d'une théorie de l'information*, in *Inf. e dir.*, I, 1983, p. 15 ss.
- CATALA P., *Essay at Synthesis*, in P. HANSEN (ed.), *Freedom of Data Flows and EEC Law*, Deventer, 1988, p. 39 ss.
- CATAUDELLA A., *Segreto, privato e cronaca*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, p. 85 ss.
- CATERINA R., *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 93 ss.
- CLIFFORD D., GRAEF I., VALCKE P., *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections*, in *German Law Journal*, 2019, p. 679 ss.
- COASE R.H., *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 ss.
- CODELUPPI V., *Il mito del “consumatore produttivo”*, in *Sociologia del lavoro*, n. 115, 2009, p. 86 ss.
- COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 425 ss.
- COLLINS H., *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, LSE Society and Economy Working Papers, n. 6, 2007.
- COLOMBO C., *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, Padova, 1999.
- COMANDÉ G., *Artt. 11-12*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali*, Padova, 1997, p. 99 ss.
- COPPOLA M., *Art. 4 § XI*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy* (commentario), p. 46 ss.
- CUFFARO V., *A proposito del ruolo del consenso*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 117 ss.
- CUFFARO V., *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1181 ss.
- CUIJPERS C., *A Private Law Approach to Privacy: Mandatory Law Obligated?*, in *SCRIPTed*, 2007, p. 304 ss.
- CUOCCI V., *Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria: luci e ombre sulla tutela del consumatore nella prospettiva del diritto contrattuale europeo*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, p. 269 ss.

- D'AMICO G., *Il recesso ad nutum tra buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 19 ss.
- D'AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996.
- D'AMICO G., PAGLIANTINI S., *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018.
- DAUGHETY A., REINGANUM J., *Public goods, social pressure, and the choice between privacy and publicity*, in *American Economic Journal: Microeconomics*, 2010, p. 191 ss.
- DE CUPIS A., *Il diritto alla riservatezza esiste*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 89 ss.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1982.
- DE CUPIS A., *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.
- DE FRANCESCHI A., LEHMANN M., *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, p. 51 ss.
- DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017.
- DEL FEDERICO C., POPOLI A.R., *Disposizioni generali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 57 ss.
- DENOZZA F., *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, p. 43 ss.
- DENOZZA F., *Le situazioni soggettive nelle concezioni strumentali del diritto: un'incursione teorica tra Jhering e l'Economic Anlysis of Law*, in *Politeia*, 2016, p. 84 ss.
- DI MAJO A., *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 225 ss.
- DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.
- DI MAJO A., *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797 ss.
- DI MAJO A., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.
- DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 279 ss.
- DI SABATO F., *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.
- DI RAIMO R., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.
- DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2014.

DUMBILL E., *Data is a currency*, O'Reilly Radar, 23 febbraio 2011, disponibile online su: <http://radar.oreilly.com/2011/02/data-is-a-currency.html>

EPISCOPO F., *L'effettività del diritto (privato) europeo nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Analisi di un concetto indeterminato*, Tesi di dottorato dell'Università di Pisa, a.a. 2018-2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Endorsement 1/2018*, 25 May 2018, disponibile online su: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement_of_wp29_documents_en_0.pdf.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data – The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 September 2016, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 9/2016 on Personal Information Management Systems. Towards more user empowerment in managing and processing personal data*, 20 October 2016, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20_pims_opinion_en.pdf

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 March 2017, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 6/2017 on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation)*, 24 April 2017, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-04-24_eprivacy_en.pdf.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"*, 5 October 2018, disponibile online su: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content of consumers*, Vienna, 2016, disponibile online su: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf.

ELVY S-A., *Commodifying Consumer Data in the Era of the Internet of Things*, in *Boston College Law Review*, 2018, p. 423 ss.

EGGERS W.D. ET AL., *Data as the new currency: Government's role in facilitating the exchange*, in *Deloitte Review*, n. 13, 2013, p. 18 ss.

FALCE V., GHIDINI G., OLIVERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra informazione e concorrenza*, Milano, 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*, 2014, disponibile online su: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>.

FEMIA P. (a cura di), *Drittwirkung: Principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018.

FERRETTI F., *A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 473 ss.

FERRI G.B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in ID., *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1987, p. 337 ss.

FERRI G.B., *Persona e privacy*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, p. 39 ss.

FICI A., PELLECCIA E., *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di) *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, 2003, p. 469 ss.

FINOCCHIARO G., *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012.

FINOCCHIARO G., *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014.

FLORIDI L., *Free Online Services: Enabling, Disenfranchising, Disempowering*, in *Philos. Technol.*, 2015, p. 163 ss.

FORGÓ N., ZÖCHLING-JUD B., *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, Wien, 2018.

FRAU R., *Profili del consenso al trattamento dei dati personali per fini economici. Raffronto con la normativa spagnola*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2598 ss.

FROSINI V., *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, p. 22 ss.

GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.

GAETA M.C., *La protezione dei dati personali nell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 147 ss.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Torino, 2008.

GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012.

GAMBINO A.M., *I contratti di accesso ad Internet*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, p. 191 ss.

GATT L., MONTANARI R., CAGGIANO I.A., *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 363 ss.

GAZZONI F., *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, p. 313 ss.

GENTILI A., *A proposito de «il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 351 ss.

GIACOBBE G., *Il diritto alla riservatezza nella prospettiva degli strumenti di tutela*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, p. 139 ss.

GIAMPICCOLO G., *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 458 ss.

GIANNACCARI A., *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, p. 307 ss.

GIANNANTONIO E., LOSANO M.G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *La tutela dei dati personali*, Padova, 1997.

GIANNANTONIO E., *Dati personali (tutela dei)*, agg. III, in *Enc. dir.*, Milano, 1999.

GIANNONE CODIGLIONE G., *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, p. 271 ss.

GIANNONE CODIGLIONE G., *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 371 ss.

GIERKE O. (VON), *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895.

GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. Scienze economiche*, 1937, p. 276 ss.

GISCLARD T., *Limitations of Autonomy of the Will in Conventions of Exploitation of Personality Rights*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, p. 18 ss.

GIUGGIOLI P.F., *Tutela della privacy e consumatore*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 263 ss.

GOBBATO S., *Big data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *MediaLaws*, 2019, 3, p. 148 ss.

GONZÁLEZ FUSTER G., GELLERT R., *The Fundamental Right of Data Protection in the European Union: in search of an uncharted right*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2012, p. 73 ss.

GONZÁLEZ FUSTER G., *Fighting For Your Right to What Exactly? The Convolved Case Law of the EU Court of Justice on Privacy and/or Personal Data Protection*, in *Birkbeck Law Review*, 2014, p. 263 ss.

GONZÁLEZ FUSTER G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2014.

GORLA G., *Consideration*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1961, p. 176 ss.

GRAEF I., *Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies between Competition, Consumer and Data Protection law in Digital Markets*, in M. BAKHOUM, B. CONDE GALLEGO, M.O. MACKENRODT, G. SURBLYTĖ-NAMAVIČIENĖ (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018, p. 121 ss.

GRAEF I., CLIFFORD D., VALCKE P., *Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law*, in *International Data Privacy Law*, 2018, p. 200 ss.

GRANELLI C., *Il trattamento dei dati economico-patrimoniali nella recente legge sulla tutela della privacy*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 971 ss.

GRANIERI M., *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA*, 2011, p. 125 ss.

GRIPPO V., *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/1996 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 639 ss.

GRUNDMANN S., HACKER P., *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2017, p. 255 ss.

GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul diritto alla "portabilità dei dati"*, 13 dicembre 2016, versione emendata il 5 aprile 2017.

GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Parere 1/2017 relativo alla proposta di regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche (2002/58/CE)*, 4 aprile 2017.

GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 3 ottobre 2017, versione emendata il 6 febbraio 2018.

GRUPPO DI LAVORO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (ARTICOLO 29), *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 28 novembre 2017, versione emendata il 10 aprile 2018.

GUASTINI R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996.

GUERRIERI F., *Art. 4 § III*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy* (commentario), Milano, 2018, p. 36 ss.

GUTWIRTH S., GONZÁLEZ FUSTER G., *L'éternel retour de la propriété des données: de l'insistance d'un mot d'ordre*, in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (eds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace – Liber amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, 2018, pp. 118-140.

HACKER P., *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE AND D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Oxford, 2019 (Forthcoming), disponibile online su: <https://ssrn.com/abstract=3391772>.

HELBERGER N., BORGESIU F.Z., REYNA A., *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1427 ss.

HIRSHLEIFER J., *Privacy: Its Origin, Function and Future*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, p. 649 ss.

HOOFNAGLE C.J., WHITTINGTON J., *Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price*, in *Ucla Law Review*, 2014, p. 606 ss.

IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

IRTI N., "E' vero ma..." (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 273 ss.

IRTI N., *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.

IULIANI A., *Note minime in tema di trattamento di dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 293 ss.

JANAL R., *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford, 2017, p. 271 ss.

JENTZSCH N. ET AL., *Study on monetising privacy - An economic model for pricing personal information*, European Network and Information Security Agency (ENISA), 2012, disponibile online su: <https://www.enisa.europa.eu/publications/monetising-privacy>.

JOLLS C., SUNSTEIN C.R., THALER R., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471 ss.

LAMADRID A., VILLIERS S., *Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know How to Do It?*, CPI Antitrust Chronicle, January 2017, disponibile online su: <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/01/cpi-lamadrid-villiers.pdf>.

LANGHANKE C., SCHMIDT KESSEL M., *Consumer data as consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, p. 218 ss.

LAUDON K.C., *Markets and Privacy*, Communications of the ACM, 1996, p. 92 ss.

LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

LÉONARD T., *Yves, si tu exploitaies tes données?*, in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (eds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace – Liber amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, 2018, p. 659 ss.

LESSIG L., *Privacy as Property*, in *Social Research*, 2002, p. 247 ss.

LIBERTINI M., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M.R. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 33 ss.

- LIBERTINI M., *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.
- LIOTTA M., *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 202 ss.
- LIPARI N., *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 413 ss.
- LOBET-MARIS C., *Du fétichisme de la donnée personnelle. Relecture politique et critique de la via privée*, in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (eds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace – Liber amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, 2018, p. 685 ss.
- LOOS M., GUIBAULT L., HELBERGER N., MAK C., PESSERS L., CSERES K.J., VAN DER SLOOT B., TIGNER R., *Digital content contracts for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. - Final report: Comparative analysis, law & economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, 2011.
- LOOS M., *European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2016-08, May 31 2016.
- LOOS M., LUZAK J., *Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers*, in *Journal of Consumer Policy*, 2016, p. 67 ss.
- LO SURDO C., *La correttezza e gli strumenti di tutela apprestati dagli artt. 13 e 18 della legge n. 675/1996*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, p. 82 ss.
- LYNSKEY O., *Deconstructing Data Protection in the EU Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 579 ss.
- JANEČEK V., MALGIERI G., *Data Extra Commercium* (June 7, 2019), in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Oxford, 2019 (Forthcoming), disponibile online su: <https://ssrn.com/abstract=3400620>.
- JOLLS C., SUNSTEIN C.R., THALER R., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471 ss.
- KANG J., *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1193 ss.
- KUNOVA M., *Keynote Speech in Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, Speech, Brussels 31 March 2009, disponibile online su: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm.
- MACCARTHY M., *Data is not the new oil or the infrastructure of the digital economy*, in *CIO*, 24 gennaio 2018, disponibile online su: <https://www.cio.com/article/3250697/data-is-not-the-new-oil-and-it-s-not-the-infrastructure-of-the-digital-economy-either.html>.
- MAGGIOLINO M., *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.
- MAGLIO M., *Analisi economica del diritto alla riservatezza*, in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. Attività produttive e protezione dei dati personali*, Roma, 2002, p. 246 ss.

- MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.
- MAK C., *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- MAK C., *Fundamental Rights and Digital Content Contracts*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-06.
- MAK C., *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-11.
- MAK V., *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, EP in-depth analysis, PE 536.494, 2016, p. 9, disponibile online su: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/a6bdaf0a-d4cf-4c30-a7e8-31f33c72c0a8/pe_536.494_en.pdf.
- MALGIERI G., 'User-provided personal content' in the EU: digital currency between data protection and intellectual property, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2018, p. 118 ss.
- MALGIERI G., CUSTERS B., *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Law*, 2018, p. 289 ss.
- MANES P., *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001.
- MAŃKO R., MONTELEONE S., *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, EPRS Briefing, PE 603.929, May 2017.
- MANTELERO A., *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007.
- MANTELERO A., *Privacy*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 757 ss.
- MANTELERO A., *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 144 ss.
- MANTELERO A., POLETTI D. (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018.
- MARINI G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 364 ss.
- MARINI G., *Diritto alla privacy*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, in *Commentario del codice civile diretto da E. GABRIELLI*, Torino, 2013, p. 199 ss.
- MARR B., *Here's Why Data Is Not The New Oil*, in *Forbes*, 5 maggio 2018, disponibile online su: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/03/05/heres-why-data-is-not-the-new-oil/#67ff4cf73aa9>
- MARTÍNEZ A.G., *No, Data Is Not the New Oil*, in *Wired*, 26 febbraio 2019, disponibile online su: <https://www.wired.com/story/no-data-is-not-the-new-oil/>

- MARTINOTTI G., *La difesa della 'privacy'*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 749 ss.
- MAUGERI M.R., *Standardizzazione e disciplina del contratto: i F/RAND Commitments*, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D'ANGELO, V. ROPPO, Torino, 2014, pp. 48-87.
- MAUGERI M.R., *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei prosumer ai consumatori e ai clienti finali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 406 ss.
- MAUGERI M.R., *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in *Orizz. dir. comm.*, 2015, disponibile online su: <http://www.rivistaodc.eu/diritto-civile-e-diritto-commerciale-unita-diritto-privato>.
- MAUGERI M.R., *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediario italiano*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 2018, p. 134 ss.
- MAUREL L., *Le CNNum s'est prononcé contre l'instauration d'un droit de propriété privée sur les données personnelles*, 19 juin 2014, disponibile online su: <https://scinfolex.com/2014/06/19/le-cnnum-sest-prononce-contre-linstauration-dun-droit-de-propriete-privée-sur-les-données-personnelles/>.
- MAZZAMUTO S., *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, p. 993 ss.
- MENGONI L., REALMONTE F., *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.
- MENGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss.
- MESSINEO F., *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 48 ss.
- MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.
- MESSINETTI D., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 173 ss.
- MESSINETTI D., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.
- MESSINETTI D., *Considerazioni introduttive*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 3 ss.
- METZGER A., *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *AcP*, 216, 2016, p. 817 ss.
- METZGER A., *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, p. 2 ss.
- MICKLITZ H-W., *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 859 ss.
- MIRABELLI G., *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 322 ss.

- MIGNONE C., *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014.
- MORMILE L., *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, p. 531 ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004.
- MOURON P., *Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles*, in *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, n° 46-47, printemps-été 2018, p. 90 ss.
- MURPHY R., *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, in *Georgetown Law Review*, 1996, p. 2381 ss.
- NARCISO M., *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, p. 198 ss.
- NATUCCI A., *Garanzia della riservatezza e consenso al trattamento dei dati personali*, in P. CAVALIERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003, p. 451 ss.
- NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018.
- NETTER E., *Numérique et grandes notions du droit privé*, Mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches en droit privé, Université de Picardie Jules Verne, 2017, disponibile online su: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02059429>.
- NERVI A., *Il contenuto dell'attività di trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 61 ss.
- NICITA A., *Il dato profilato nella prospettiva economica, tra privacy, propertization, secrecy*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1163 ss.
- A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 133 ss.
- NIMMER M.B., *The Right of Publicity*, in *Law and Contemporary Problems*, 1954, p. 175 ss.
- NOAM E.M., *Privacy and Self-Regulation: Markets for Electronic Privacy*, in *Privacy and Self-regulation in the Information Age*, Washington DC: US Department of Commerce, 1997.
- OECD, *Exploring the Economics of Personal Data - A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers, n. 220, OECD Publishing, Paris, 2013.
- OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015.
- OPPO G., *Sul consenso dell'interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 123 ss.
- OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 ss.

- ORESTANO A., *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Milano, 2003, p. 119 ss.
- PAGANO R., *Aspetti economici e giuridici delle banche dati*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 106 ss.
- PAGLIANTINI S., *La forma informativa dei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 281 ss.
- PAGLIANTINI S., *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, p. 804 ss.
- PALMIERI A., *Personal Data Privacy nell'Information Age tra diritti, regole e mercato: spunti di riflessione*, in *Politeia*, 2000, p. 102 ss.
- PALMIERI A., *La conclusione del trattamento e la circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di) *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, p. 785 ss.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della «privacy» comunitaria*, in *Foro it.*, IV, 2004, p. 57 ss.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi quaderni del Foro italiano*, quaderno n. 1, 2014.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Clausole «unfair» e abuso da sfruttamento*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, p. 9 ss.
- PARDOLESI R., MOTTI C., *«L'idea è mia»: lusinghe e misfatti dell'economics of information*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 345 ss.
- PARDOLESI R., *Dalla riservatezza alla protezione: una storia di evoluzione e discontinuità*, in ID. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, 2003, p. 1 ss.
- PARDOLESI R., PALMIERI A., *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto. Un 'revival innovativo'*, in *Foro it.*, V, 2018, p. 144 ss.
- PASSAGLIA P., *Il sistema delle fonti normative in materia di tutela dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 85 ss.
- PATTI S., *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 455 ss.
- PERLINGIERI C., *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.
- PERLINGIERI P., *«Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

- PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.
- PERLINGIERI P., *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.
- PERTOT T., *L'assicurazione auto con scatola nera. Sconti tariffari vs dati personali*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2018, p. 529 ss.
- PILIA C., *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008.
- PINCKAERS J., *From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona*, The Hague, 1996.
- PINO G., *Teorie e dottrine dei diritti della personalità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, p. 237 ss.
- PINO G., *Il diritto all'identità personali ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, p. 257 ss.
- PINO G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008.
- PIRAINO F., *Codice della privacy e bilanciamento di interessi*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, p. 695 ss.
- PIRAINO F., *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 369 ss.
- PIZZETTI F., (a cura), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013.
- PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.
- PLAIA A. (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008.
- POLLICINO O., BASSINI M., *Art. 8 – Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 134 ss.
- POLLICINO O., BASSINI M., *Bridge is Down, Data Truck Can't Get Through...A Critical View of the Schrems Judgment in The Context of European Constitutionalism*, in *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence*, New York, 2017, p. 245 ss.
- POLLICINO O., *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 2018, 3, p. 138 ss.
- POSNER R.A., *The right of privacy*, in *Georgia Law Review*, 1978, p. 393 ss.
- POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, VIII ed., Wolters Kluwer, 2011.
- POULLET Y., *Le fondement du droit à la protection des données nominatives: "propriété ou libertés"*, in E. Mackaay, J.L. Baudouin, *Nouvelles technologies et propriété: actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Paris, Litec, 1991, p. 175 ss.

- PROSSER W., *Privacy*, in *California Law Journal*, 1960, p. 383 ss.
- PRÜM A., *Information. Data and Continental Law*, in P. HANSEN (ed.), *Freedom of Data Flows and EEC Law*, Deventer, 1988, p. 27 ss.
- PUGLIATTI S., *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Univ. Messina*, 1927, p. 165 ss.
- PUGLIESE G., *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, p. 116 ss.
- PURTOVA N., *Property rights in personal data: Learning from the American discourse*, in *Computer Law & Security Review*, 2009, p. 507 ss.
- PURTOVA N., *Property rights in personal data: A European perspective*, Oisterwijk: BOXPress BV, 2011.
- PURTOVA N., *The illusion of personal data as no one's property*, in *Law, Innovation and Technology*, 2015, p. 83 ss.
- QUAGLIONE D., POZZI C., *Economia dei big data: lineamenti del dibattito in corso e alcune riflessioni di policy*, in *L'industria*, 2018, pp. 3-16.
- RADIN M., *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 1987, p. 1859 ss.
- RAO R., *Property, Privacy, and the Human Body*, in *Boston University Law Review*, 2000, p. 418 ss.
- RAPPAZZO A., *I contratti collegati*, Milano, 1998.
- REDING V., *The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*, Speech, Munich 22 January 2012, disponibile online su: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm.
- RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss.
- RESCIGNO P., *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 275 ss.
- RESTA G., *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299 ss.
- RESTA G., *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 34 ss.
- RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 801 ss.
- RESTA G., *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, p. 11 ss.
- RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

- RESTA G., *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2011, p. 33 ss.
- RESTA G., *Personnalité, Persönlichkeit, Personality*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2014, p. 215 ss.
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.
- RESTA G., *Digital platforms and the law: contested issues*, in *MediaLaws*, 2018, 1, p. 231 ss.
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.
- RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 689 ss.
- RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, 1990.
- ROBERT R., SMIT L., *The Proposal for a Directive on Digital Content: A Complex Relationship with Data Protection Law*, in *ERA Forum*, 2018, p. 159 ss.
- ROCCO A., *La tutela della persona dall'informazione alla informatica economica*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 689 ss.
- ROCHET J.C., TIROLE J., *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the Eur. Econ. Ass.*, 2003, 1/4, p. 990 ss.
- ROCHFELD J., *Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in *Les biens numériques*, Ceparisca, 2015, p. 226 ss.
- ROCHFELD J., *Le «contrat de fourniture de contenus numériques»: la reconnaissance de l'économie spécifique «contenus contre données»*, in *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15 ss.
- RODOTÀ S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.
- RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583 ss.
- RODOTÀ S., *Conclusioni*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 291 ss.
- RODOTÀ S., *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 1 ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.
- ROSENDAAL A. ET AL., *Personal data markets*, TNO report R11390, 2014.
- ROPPO V., *I diritti della personalità*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 61 ss.

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, II ed., Milano, 2011.

RUGANI G., *Il diritto all'oblio dell'articolo 17 Regolamento (UE) 2016/679: una grande novità? Una denominazione opportuna?*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 455 ss.

SAMUELSON P., *Privacy as Intellectual Property*, in *Stanford Law Review*, 2000, pp. 1125-1173.

SAMMARCO P., *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 639 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, VII ed., Milano, 1962.

SATTLER A., *Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand*, in *JZ*, 2017, p. 1034 ss.

SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.

SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e efficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 843 ss.

SCALISI V., *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss.

SCALISI V., *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.

SCHAFF S., *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. inf.*, 1987, p. 445 ss.

SCHMIDT-KESSEL M., GRIMM A., *Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche von Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten*, in *ZpPW*, 2017, p. 84 ss.

SCHULTE-NÖLKE H., *Personal data is not a counter-performance!*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, p. 74 ss.

SCHULZE R., *The New Shape of European Contract Law*, in *EuCML*, 2015, p. 139 ss.

SCHULZE R., *Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law*, in A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market: the implications of the digital revolution*, Cambridge, 2016, p. 127 ss.

SCHWARZ P.M., *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056.

SCHWARTZ P.M., *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1966 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.

- SCUDIERO L., *Il consenso come condizione di liceità*, in G. CASSANO, V. COLAROCCHO, G. B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, p. 91 ss.
- SEIN K., SPINDLER G., *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, p. 257 ss.
- SEIN K., SPINDLER G., *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, p. 365 ss.
- SÉNÉCHAL J., *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services – A double Challenge for European and National Contract Law*, in *EuCML*, 2016, p. 39 ss.
- SÉNÉCHAL J., *La notion de fournisseur de contenu numérique: quel rôle pour les plateformes en ligne?*, in *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 20 ss.
- SÉNÉCHAL J., *Le retour du droit européen des contrats par le numérique...et par l’harmonisation totale*, in *Revue de l’Union européenne*, 2017, p. 485 ss.
- SERRA A., *Note in tema di trattamento dei dati personali e di disciplina dell’impresa*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 103 ss.
- SHELANSKI H., *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, University of Pennsylvania Law Review, 2013, p. 1663 ss.
- SICA S., *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 621 ss.
- SICA S., ZENO-ZENCOVICH V., *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’Internet*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 377 ss.
- SIMITIS S., *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 579 ss.
- SOLOVE D., *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, in *Stanford Law Review*, 2001, p. 1393 ss.
- SONDERGAARD P., *Big Data Fades to the Algorithm Economy*, in *Forbes*, 2015, disponibile online su <https://www.forbes.com/sites/gartnergroup/2015/08/14/big-data-fades-to-the-algorithm-economy/#11f7036751a3>.
- SPADA P., *Intervento*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, p. 273 ss.
- SPECHT L., *Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?*, in *JZ*, 2017, p. 763 ss.
- SPIEKERMANN S. ET AL., *Personal data markets*, in *Electron Markets*, 2015, p. 91 ss.
- STIGLER G.J., *An introduction to privacy in economics and politics*, in *The Journal of Legal Studies*, 1980, p. 623 ss.

STIGLITZ J.E., *The contributions of the economics of information to twentieth century economics*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2000, p. 1441 ss.

TAYLOR C., *Consumer Privacy and the Market for Customer Information*, in *RAND Journal of Economics*, 2004, p. 631 ss.

TAYLOR S., *Data: the new currency*, EuropeanVoice, Brussels, 2014.

THE ECONOMIST, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 May 2017, disponibile online su: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>.

TINDALL C.D., *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2003, p. 181 ss.

THOBANI S., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, p. 513 ss.

THOBANI S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018.

THOBANI S., *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws*, 2019, 3, p. 131 ss.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, XXIII ed., Milano, 2017.

TWIGG-FLESSNER C., *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law?*, in A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market: the implications of the digital revolution*, Cambridge, 2016, p. 21 ss.

UBERTAZZI L.C., *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in ID., *I diritti d'autore e connessi: scritti*, Milano, 2000, p. 183 ss.

UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL'S INDEPENDENT EXPERT ADVISORY GROUP, *A World that Counts. Mobilising the Data Revolution for Sustainable Development*, 2014, disponibile online su <http://www.undatarevolution.org/wp-content/uploads/2014/11/A-World-That-Counts.pdf>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP, *Guidance Note on Big Data for Achievement of the 2030 Agenda: Data Privacy, Ethics and Protection*, 2017, disponibile online su https://undg.org/wp-content/uploads/2017/11/UNDG_BigData_final_web.pdf.

VAN DER SLOOT B., *Money Does Not Grow on Trees, It Grows on People: Towards a Model of Privacy as Virtue*, in N. HELBERGER ET AL. (eds), *Digital consumers and the law towards a cohesive European framework*, The Hague, 2013, p. 149 ss.

VARIAN H.R., *Economic Aspects of Personal Privacy*, in W.H. LEHR, L. PUPILLO (eds.), *Cyber Policy and Economics in an Internet Age*, Boston, 2002, p. 127 ss.

VECCHI P.M., *Articoli 1-2*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, p. 3 ss.

- VERCELLONE P., *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, vol. XII, p. 1084 ss.
- VERSACI G., *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2018, p. 374 ss.
- VESTAGER M., *Competition in a Big Data World*, Speech, Munich 17 January 2016, disponibile online su: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.
- VETTORI G., *Carta europea e diritti dei privati*, in ID. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 53 ss.
- VETTORI G., *The Institutional Perspective: the European Economic and Social Constitution and the Role of Contract Law*, in S. GRUNDMANN (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 205 ss.
- VETTORI G., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.
- VICIANI S., *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 159 ss.
- VITERBO F.G., *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008.
- VITERBO F.G., *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 593 ss.
- VIVARELLI A., *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019.
- WARREN S.D., BRANDEIS L.D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193-220.
- WEBER R.H., *Data Protection in the Termination of Contract*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos/Hart, 2017, p. 189 ss.
- WENDEHORST C., GRAF VON WESTPHALEN F., *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, in *NJW*, 2016, p. 3746 ss.
- WENDEHORST C., *Consumers and the Data Economy*, in *EuCML*, 2017, p. 1 ss.
- WENDEHORST C., *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, 2017, p. 327 ss.
- WESTIN A.F., *Privacy and Freedom*, London, 1970.
- WHITMAN J.Q., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1153 ss.
- WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, Geneva, 2011.

WORLD ECONOMIC FORUM, *Unlocking the Value of Personal Data: From Collection to Usage*, Geneve, 2013.

ZAX D., *Is Personal Data the New Currency?*, MIT Technology Review, 30 novembre 2011, disponibile online su: <https://www.technologyreview.com/s/426235/is-personal-data-the-new-currency/>.

ZECH H., *Information as Property*, in *JIPITEC*, 2015, p. 192 ss.

ZECH H., *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European contract law and the Digital Single Market: the implications of the digital revolution*, Cambridge, 2016, p. 51 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Recenti orientamenti giurisprudenziali americani in materia di privacy*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, p. 279 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, p. 3 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 420 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1995, p. 431 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, p. 467 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 159 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. crit.*, 1999, p. 485 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., SANDICCHI G.B., *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 971 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Privacy e informazioni a contenuto economico*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, p. 445 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws*, 2018, 2, p. 1 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Do "Data Markets" Exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 2, p. 22 ss.

Giurisprudenza citata

Sentenze della Corte di giustizia

Corte giust. CE 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, in *Foro it.*, IV, 2004, p. 57, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della «privacy» comunitaria*.

Corte giust. CE 29 gennaio 2008, *Promusicae v Telefónica de España*, C-275/06, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425, con nota di A. MANTELERO, *L'“ingegneria interpretativa” della Corte di giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*.

Corte giust. UE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GBR and Hartmut Eifert v Land Hessen*, C-92/09 e C-93/09, disponibile online su: www.curia.europa.eu.

Corte giust. UE 17 ottobre 2013, *Michael Schwarz v Stadt Bochum*, C-291/12, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1482, con nota di S. RIONDATO, *Passaporto biometrico e impronte digitali*.

Corte giust. UE 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd v Ireland and Kärntner Landesregierung, Michael Seictlinger, Christof Tschohl et alia*, C-293/12 e C-594/12, in *Giur. it.*, 2014, p. 1850, con nota di L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*.

Corte giust. UE 13 maggio 2014, *Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos*, C-131/12, in *Foro it.*, 2014, p. 317, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*.

Corte giust. UE 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Breyer*, disponibile online su: www.curia.eu.

Corte giust. UE 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia*, in *Contratti*, 2017, p. 426 ss., con nota di G. VERSACI, *Credito al consumo: obblighi formali ed effettività rimediabile nel canone della Corte di giustizia*.

Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, causa C-434/16, *Nowak*, in *Dir. comun. scambi intern.*, 2017, p. 618.

Corte giust. UE 1 ottobre 2019, causa C-673/17, *Planet49*, disponibile online su: www.curia.eu.

Sentenze della Corte di Cassazione

Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Giur. it.*, 1957, I, p. 366 ss., con nota adesiva di G. PUGLIESE, *Una messa a punto della Cassazione sul preteso diritto alla riservatezza*, e in *Foro it.*, 1957, I, p. 232 ss., con nota critica di A. DE CUPIS, *Sconfitta in Cassazione, del diritto alla riservatezza*.

Cass. 2 ottobre 1957, n. 3579, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, c. 1715, n. 56.

Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, p. 2895, con nota di M. MONTELEONE.

Cass. 15 settembre 1975, n. 3057, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, c. 624, n. 249.

Cass. 22 giugno 1985 n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2111.

Cass. 16 aprile 1991, n. 4301, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 45 con nota di M. RICOLFI, *Questioni in tema giuridico dello sfruttamento sfruttamento commerciale dell'immagine*.

Cass. 2 maggio 1991, n. 4785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 44 con nota di M. RICOLFI, *Questioni in tema giuridico dello sfruttamento sfruttamento commerciale dell'immagine*.

Cass. 5 luglio 1991, n. 7415, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, c. 660, n. 159.

Cass. sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724-26725, in *Giur. it.*, 2008, p. 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*.

Cass. 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, c. 623, n. 91.

Cass. 11 ottobre 1997, n. 9880, in *Foro it.*, 1998, I, p. 499.

Cass. 10 novembre 1997, n. 5790, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1378, con nota di P. CRUGNOLA, *In tema di utilizzazione dell'immagine di persone note*.

Cass. 19 settembre 2011, n. 19106, in *Contratti*, 2011, p. 1144 ss., con nota di C. ROMEO, *Accordo sugli elementi essenziali e mancata conclusione del contratto*.

Cass. 29 gennaio 2016, n. 1748, in *Danno resp.*, 2017, p. 50 con nota di E. BARNI, *Cassazione e diritto all'immagine: divulgazione del ritratto per scopi pubblicitari, revocabilità del consenso, tutela risarcitoria*.

Cass. 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, p. 533 ss., con nota di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*.

Sentenze di Corti straniere

United States District Court, N.D. California, San Jose Division, In Re Facebook Privacy Litigation, 791 F. Supp. 2d 705 (N.D. Cal. 2011), disponibile *online* su: <https://www.courtlistener.com/opinion/2180229/in-re-facebook-privacy-litigation/>.

Cour d'appel de Paris, 12 février 2016, pôle 02 ch. 02, arrêt n. 201658, disponibile *online* su: https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/01.2017/ca_paris_12_fevrier_2016.pdf.

Landgericht Berlin, 16.01.2018, 16 O 341/15, disponibile *online* su: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/02/12/facebook_lg_berlin.pdf.

Decisioni citate di autorità amministrative indipendenti

Decisioni del Garante per la protezione dei dati personali

Garante per la protezione dei dati personali, provv. 12-10-2005, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1179604.

Decisione dell’Autorità garante per la concorrenza e il mercato

AGCM, Provvedimento n. 8051/2000, PI2671, *Libero Infostrada*.

AGCM, Provvedimento n. 10276/2001, PI3501, *Messaggio La settimana su Internet*.

AGCM, Provvedimento 11 maggio 2017, n. 26597, PS10601, *WhatsApp-Trasferimento dati a Facebook*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 371 ss., con commento di G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*.

AGCM, Provvedimento 29 novembre 2018, n. 27432, PS11112, *Facebook – condivisione dati con terzi*.

Bundeskartellamt

Bundeskartellamt, caso B6-22/16, 7 febbraio 2019, disponibile *online* su: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

Ringraziamenti

La ricerca non avrebbe potuto partorire risultati se non avessi ricevuto la fiducia e il sostegno dei miei tutor, proff. Palmieri e Pagliantini, ai quali non possono che andare i primi sentiti ringraziamenti. Da estendere a ciascuno dei componenti delle cattedre di Diritto Civile e Diritto Privato Comparato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena, che mi hanno fatto sentire a mio agio fin dal primo giorno. Sensazione rafforzata dall'affetto dei miei cari colleghi di dottorato, ai quali rivolgo un grazie di cuore per la condivisione del percorso.

Ad ogni modo, il percorso intrapreso ha visto protagonisti diversi luoghi. Tra questi, Catania ha continuato a seguirmi tramite l'occhio attento e gentile della prof.ssa Maugeri, che ringrazio per il supporto assicuratommi anche in questo lavoro. Nell'ateneo catanese ho potuto peraltro coltivare rapporti di stima e sincero confronto: per questo ringrazio il prof. Mauceri e la cara Giulia. Poi Foggia, che come sede del dottorato e di tanti incontri davvero formativi è stata per me luogo di arricchimento e ospitalità: un grazie particolare va alla prof.ssa Motti e ai miei colleghi di corso. Non per ultimo Amsterdam, dove sono tornato per trascorrere un periodo di ricerca particolarmente fecondo: ringrazio quindi i membri del *Centre for the Study of European Contract Law*, specialmente la prof.ssa Mak per le conversazioni e gli spunti che mi ha voluto offrire.

Infine, il ringraziamento più importante va alla mia famiglia, a chi ne è parte come presenza costante da Messina o da Milano, e chi lo è purtroppo solo da lontano. A questo ringraziamento si somma quello che rivolgo agli amici fraterni del mio nido natale e agli amici cui mi legano i densi ricordi etnei: non avrei potuto portare a termine questo percorso senza i sorrisi che sono soliti regalarmi.