

EMILIO TOSI

CIRCOLAZIONE CONTRATTUALE DEI DATI PERSONALI TRA GDPR E NUOVO CODICE DEL CONSUMO

SOMMARIO: 1. Lettura tridimensionale della *privacy* in senso lato: riservatezza personale, protezione dei dati personali e identità digitale nuovi diritti fondamentali della persona. — 2. La doppia natura personale e patrimoniale del diritto alla riservatezza, protezione dei dati personali e identità personale. — 3. Riflessioni sulla fragilità nella società digitale del consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali tra natura autorizzatoria e contrattuale: l'emersione del fenomeno asimmetrico della "cessione" dei propri dati personali. — 4. Patrimonializzazione e contrattualizzazione dei dati personali alla luce del nuovo art. 135-*octies* Codice del Consumo. — 5. Osservazioni conclusive: autonomia, conformazione e regolazione nella circolazione contrattuale dei dati personali.

1. LETTURA TRIDIMENSIONALE DELLA PRIVACY IN SENSO LATO: RISERVATEZZA PERSONALE, PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E IDENTITÀ DIGITALE NUOVI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA.

Si ritiene opportuno, preliminarmente, chiarire i tratti distintivi del diritto fondamentale alla riservatezza personale e alla protezione dei dati, spesso per brevità sovrapposti talora persino, erroneamente, confusi, ma invero distinti seppur strettamente correlate ¹.

La dottrina più attenta registra, invero, una triplice dimensione giuridica della *privacy in senso lato* che può essere compiutamente declinata secondo i seguenti autonomi, ma strettamente correlati, diritti fondamentali alla *riservatezza personale*, *protezione dei dati personali* e *identità personale* ².

¹ Chiarisce C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 180 ss. come nel linguaggio corrente *privacy*, riservatezza personale e protezione dei dati personali siano utilizzati in via alternativa con una certa imprecisione pur essendo diritti distinti protetti dal previgente art. 2 del Codice Privacy ora dal GDPR oltre che dall'art. 2 della Cost. Nello

stesso senso: Tosi, *Diritto Privato delle Nuove Tecnologie Digitali. Contratto, responsabilità tra persone e mercato*, Milano, 2021, 155 ss.

² Mi sia consentito rinviare al recente studio monografico: Tosi, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità. Riflessioni sulla fragilità del consenso e sulla patrimonializzazione dei dati perso-*

La *privacy* — in senso lato — comprende tre diritti fondamentali come si evince anche dagli artt. 7 e 8 della Carta UE³: il diritto al rispetto della propria sfera personale (c.d. *privacy* in senso stretto); il diritto alla protezione dei dati personali (c.d. *data protection*); e il diritto all'identità personale.

Il considerando n. 1 del *General Data Protection Regulation* — Regolamento UE 679/2016 meglio noto come GDPR — ribadisce che:

“La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale”.

La dimensione complessa della tutela *privacy*, in senso lato, comprende — nella sua dimensione più matura e attuale anche alla luce del quadro normativo eurounitario introdotto dal GDPR e in Italia già con il fondamentale intervento normativo di cui alla L. 675/1996 che stabiliva per la prima volta che il trattamento dei dati personali dovesse avvenire nel rispetto della riservatezza e dell'identità personale — i seguenti elementi essenziali:

— *Diritto alla riservatezza personale*: originaria accezione di esclusione dei terzi dalla propria sfera personale più intima;

nali nella società della sorveglianza digitale, Milano, 2023, p. 1 ss.

Sull'autonomia del diritto alla protezione dei dati personali, diritto alla riservatezza e diritto all'identità personale si vedano: ALPA, *Privacy*, in *I precedenti*, *La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, a cura di Alpa, I, Torino, 2000, p. 259 ss.; ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e Impresa*, 2017, p. 723 ss.; BIANCA, *Diritto Civile*, I, *La norma giuridica. I Soggetti*, Milano, 2002, p. 175 ss.; BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. 228 ss. e da ultimo *Privacy digitale*, a cura di Tosi, Milano, 2019, *passim*.

³ ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Roma, 1998; *La responsabilità d'impresa*, a cura di Alpa-Conte, Milano, 2015; ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 723 ss.; DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949; CUFFARO-RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1999; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 12 ss.; FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in

Nuove leggi civ. commentate, 2017, p. 1 ss.; FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, p. 347 ss.; BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato e persona: nuovi assetti dell'ordinamento europeo?*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 190 ss.; PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014; *La protezione dei dati personali*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 2007; MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014; *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Panetta, Milano, 2006; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo Regolamento Europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 106 ss.; CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1098 ss.; PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003; RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2018, p. 689 ss.; GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo alla funzione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*, in questa *Rivista*, 2017, p. 418 ss.

— *Diritto alla riservatezza informatica*: diritto al controllo e protezione dei dati personali.

Il diritto alla riservatezza della persona — di elaborazione dottrinale ⁴ e giurisprudenziale ⁵ — viene ritenuto tutelabile quale diritto personale fondamentale al pari del diritto all'immagine e del diritto al nome, dall'art. 2 della Costituzione oltre che dagli artt. 7-8 della Carta UE e dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Dalla riservatezza personale si passa alla complessa dimensione della *riservatezza informatica*, oltre l'originario profilo della tutela della propria sfera personale più intima da indebite ingerenze esterne da parte di terzi.

In tale nuova dimensione che si rende necessaria per contrastare la diffusione massiva delle banche dati e degli elaboratori elettronici, da ultimo sublimati, in negativo, nella *dittatura dell'algoritmo* ⁶, deve essere inquadrato il diritto alla "titolarità" dei dati, controllo e protezione dei dati personali delineato dal GDPR

⁴ RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati*, in *Riv. Crit. Dir. Privato*, 1997, p. 582 ss.; ALPA, *Privacy, I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, a cura di Alpa, I, Torino, 2000, p. 259 ss. e da ultimo ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 723 ss.; ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Roma, 1998; ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto Civile*, a cura di Lipari e Rescigno, I - *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, p. 495 ss.; AULETTA, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in *L'informazione e i diritti della persona*, a cura di Alpa-Bessone-Boneschi-Caiazza, Napoli, 1983; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; CATAUDELLA, *Dignità, decoro e identità personale*, DII, 1985; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, IV, Milano, 1982.

⁵ Si vedano *ex multis*: a) giurisprudenza nazionale: Cass. 22 giugno 1985, n. 3769; Trib. Catania 29 giugno 2004, sent. in questa *Rivista*, 2004, 466; Trib. Milano 2 marzo 2009, ord., caso RTI c. RCS, in questa *Rivista*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 15 dicembre 2009, ord., caso RTI c. You Tube, in questa *Rivista*, 2009, 521 ss.; Cass. 2 luglio 2018, n. 17278; b) giurisprudenza comunitaria: Corte di Giustizia sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain, Google Inc. e Agencia Española de Protección de*

Datos (AEPD), Mario Costeja González, (causa C-131/12); Corte di Giustizia, sent. 17 luglio 2014, cause riunite C-141/12 e C-372/12, *Y.S. e a.*; Corte di giustizia, sent. 2 ottobre 2014, causa C-127/13 P, *Strack/Commissione*; Corte di giustizia, sentenza del 16 aprile 2015, cause riunite da C-446/12 a C-449/12, *Willems e a.*; Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2015, causa C-615/13 P, *ClientEarth e PAN Europe/EFSA*; Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2015, causa C-580/13, *Coty Germany*; Corte di giustizia, sentenza del 1° ottobre 2015, causa C-201/14, *Bara e a.*; Corte di giustizia, sentenza del 1° ottobre 2015, causa C-230/14, *Weltimmo*; Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*; Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*; Corte di Giustizia UE Grande Sezione 5 giugno, 2018, caso *Datenschutz Schleswig-Holstein c. Facebook Ireland*.

⁶ Si vedano sul dominio dell'algoritmo: PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, London, 2015, secondo cui: "At the core of information economy are Internet and finance companies that accumulate vast amounts of digital data and with it intimate details of their customers' — our — lives. (...)deconstructing the black box of big data isn't easy.(...)Transparency is not just an end in itself but an interim step on the road to intelligibility. So why does this all matter? It matters because authority is increasingly expressed algorithmically"; DOMIN-

espressione del potere unilaterale di *autodeterminazione informativa* ⁷.

Corollari del principio di “titolarità” dei dati personali sono, inoltre, i seguenti diritti tipizzati dalla normativa europea in parola: (i) *correzione e aggiornamento dei dati*; (ii) *limitazione e cancellazione*; (iii) *oblio condizionato*; (iv) *portabilità dei dati*; (v) *sicurezza dei dati*.

2. LA DOPPIA NATURA PERSONALE E PATRIMONIALE DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA, PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E IDENTITÀ PERSONALE.

Nel diritto europeo in materia di protezione dei dati personali si registra una tensione intrinseca, un reciproco bilanciamento, tra diritti fondamentali della persona e libertà della circolazione dei dati personali.

Referente centrale — e prevalente rispetto all’ordinamento interno — è ora, infatti, il GDPR che disciplina la protezione dei dati personali ma richiamando anche gli altri diritti e libertà fondamentali compresa la libera circolazione dei dati personali.

Tutela dei dati personali e libera circolazione dei dati devono trovare, dunque, necessaria composizione, fermo restando il limite inviolabile del rispetto della dignità personale, tutelata dall’art. 2 della Costituzione e dall’art. 1 della Carta di Diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Il GDPR all’art. 1 è piuttosto esplicito sul punto statuendo che:

“1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati.

2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali.

3. La libera circolazione dei dati personali nell’Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”.

Risulta evidente il principale duplice obbiettivo regolatorio del GDPR che riguarda, da un lato, la protezione dei dati personali delle persone fisiche, indirettamente anche la tutela della riser-

GOS, *L’algoritmo definitivo*, Torino, 2016; AULETTA, *Googled. The End of The World as We Know It*, Penguin, New York, 2009; VIAHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, University of California Press, 2011; PARISSER, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*, Penguin Books, 2011; FLORIDI, *The Fourth Revolution - How the*

infosphere is reshaping human reality, Oxford University Press, 2014; BAUMANN, *Modernità liquida*, Laterza, Bari, 2002; FARO-FROSINI T.E.-PERUGINELLI, *Dati e algoritmi*, Bologna, 2020.

⁷ RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati*, in *Riv. Crit. Dir. Privato*, 1997, p. 582 ss.

vatezza personale, e dall'altro la loro libera circolazione a livello europeo, in ossequio al già accennato principio di bilanciamento in relazione altri diritti fondamentali della persona.

All'ordinamento giuridico spetta, in prospettiva assiologica, in conformità al principio di proporzionalità e meritevolezza, assicurare il giusto bilanciamento tra interessi, contrapposti, del titolare del trattamento e dell'interessato, alla luce dei valori costituzionali interni ed europei⁸.

Esplícito nel senso del prospettato bilanciamento tra interessi contrapposti, risulta il considerando n. 4 del GDPR che, in riferimento al difficile equilibrio tra i diritti fondamentali coinvolti nell'ambito di applicazione delle norme a difesa della privacy, stabilisce il principio secondo cui la relazione tra tutela dei dati personali e altri diritti equiordinati non vada risolta, sempre e comunque, nel senso della prevalenza del diritto alla protezione dei dati personali.

Il considerando 4 del GDPR precisa che "Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica".

Non trattandosi di prerogativa assoluta dell'individuo allora il rispetto di tali diritti fondamentali — riservatezza, protezione dei dati e identità personale — deve essere necessariamente bilancia-

⁸ Con riguardo al principio di proporzionalità si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 379 ss., secondo cui tale principio ha valenza quantitativa, è entrato a far parte del nostro ordinamento soprattutto ad opera dell'elaborazione da parte della Corte di Giustizia e trova applicazione ben oltre le materie disciplinate dal diritto europeo, tra elementi di raffronto omogenei. "Viceversa" — osserva l'illustre Autore — "quando il collegamento è tra elementi disomogenei, non comparabili, che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio, non patrimoniali, ne consegue un bilanciamento tra questi che esige necessariamente una valutazione qualitativa. In tali ipotesi entrano in funzione sia il principio

della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza». I principi di ragionevolezza e adeguatezza sono spesso utilizzati in combinazione con il principio di proporzionalità. Sulla funzione selettiva e di indirizzo del principio di ragionevolezza nelle operazioni di bilanciamento degli interessi, si veda FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 158 ss. e p. 516 ss. Sul tema del bilanciamento secondo ragionevolezza si veda per tutti: G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 102 ss.; da ultimo BRAVO, *Il « diritto » a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018.

mento con interessi di pari grado confliggenti in applicazione del principio di proporzionalità e meritevolezza.

Pare in ogni caso doversi condividere “la prevalenza del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili della persona umana su altri istituti pur definiti fondamentali, ma non inviolabili (ad esempio, il diritto di proprietà intellettuale)”⁹.

La giurisprudenza euromunitaria pare in proposito, piuttosto, incline a dare prevalenza al diritto alla protezione dei dati personali rispetto agli altri diritti equiordinati ovvero consistenti in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale, affermando il carattere eccezionale delle limitazioni ad esso poste¹⁰.

Non mancano pronunce di segno contrarie più attente al bilanciamento rispetto a diritti equiordinati¹¹.

Ora, tuttavia, il già citato considerando n. 4 del GDPR pare aprire a una nuova linea di interpretazione in riferimento al difficile equilibrio tra i diritti fondamentali coinvolti nell'ambito di applicazione delle norme in difesa della privacy: la relazione tra tutela dei dati personali e altri diritti fondamentali non deve risolversi necessariamente nel senso della prevalenza del diritto alla protezione dei dati personali, non trattandosi di prerogativa assoluta, ma che il rispetto di tale diritto vada piuttosto messo in relazione con la sua funzione sociale e con la necessità di contemperarlo con gli eventuali diritti di pari grado confliggenti, in ottemperanza al principio di proporzionalità¹².

⁹ Così P. PERLINCHIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro Napoletano*, 2018, p. 481 ss. che, inoltre, valuta positivamente il fatto che il GDPR contenga il richiamo a principi di valenza generale caratterizzanti l'intero sistema ordinamentale, quali il principio di proporzionalità, di cui, appunto, al considerando n. 4 del regolamento e il principio di sussidiarietà, espressamente confermato dal considerando n. 170 del regolamento, il quale dispone che: “Poiché l'obiettivo del presente regolamento, vale a dire garantire un livello equivalente di tutela delle persone fisiche e la libera circolazione dei dati personali nell'Unione, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, può essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea (TUE)”.

¹⁰ Corte Giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/2012, Google Spain 3L c. Agencia Española de Protección de Datos, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 295, con nota di A. PALMIER-

RI-R. PARDOLESI, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*; Corte Giustizia UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Schrems c. Data Protection Commissioner.

¹¹ *Contra* Corte Giust. UE, 29 gennaio 2008, C-275/06, *Promusicae* in *Giur. it.*, IV, 2009, c. 509 ss., con nota di GAMBINI, *Diritto d'autore e tutela dei dati personali: una difficile convivenza in Rete*; Corte Giust.; UE, 24 novembre 2011 (C-468/2010 e C-469/2010, ASNEF e FECEMD c. Administraciòn del Estrada; e, da ultimo, Corte Giustizia marzo 2017, C-398/15, CCIAA Lecce, in *Foro it.*, 2017, 4, c. 177 ss., con nota di PARDOLESI, *Non c'è diritto all'oblio per i dati personali nel registro delle imprese. O forse sì?*, che ritiene prevalente l'interesse alla pubblicità delle informazioni contenute nei registri delle imprese rispetto all'interesse individuale all'oblio di informazioni personali pregiudizievoli e non più attuali.

¹² Emerge, quindi, la dimensione relazionale del modello europeo della tutela della privacy come sottolineato in dottrina da: RODORÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir.*

Ai fini della presente indagine — secondo una condivisibile distinzione dottrinale — intendiamo considerare esclusivamente i *diritti della personalità morale* — in particolare, i diritti sugli attributi *immateriali* suscettibili di oggettivazione quale il nome, l'immagine, l'identità personale, identità digitale e in particolare i *dati personali* oggetto del presente studio — non anche i *diritti della personalità fisica* ¹³.

Il diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale rientrano, quindi, tra le situazioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti della personalità — autonomi in ossequio alla preferibile teoria pluralistica — finalizzate alla valorizzazione della dignità e dell'autodeterminazione della persona umana espressione delle facoltà e poteri su qualità materiali e immateriali che concorrono a delineare l'individualità della persona, la personalità appunto, i cui tratti distintivi sono classicamente individuati nella indisponibilità, intrasmissibilità, irrinunciabilità, imprescrittibilità ed insurrogabilità ¹⁴.

Diritti fondamentali della personalità che assumono anche rilevanza *meta-individuale* in quanto preconditione per la piena fruizione dei diritti di libertà individuale — e collettiva — della persona umana correlata all'esercizio dei diritti civili, sociali e politici, in ultima istanza per il buon funzionamento dell'ordinamento democratico ¹⁵.

Ai predetti tratti qualificanti non è scontato si debba aggiungere, come potrebbe ritenersi in base a una lettura rigorosa e tradizionale, l'elemento della non commerciabilità e non patrimonialità: la questione è, invero, controversa ¹⁶.

Tuttavia, in un contesto di incertezza teorica e normativa, pare preferibile, come suggerito efficacemente da attenta dottrina, il

priv., 1997, p. 583 ss.; Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 49, secondo cui: "Non si tratta solo di scegliere tra valori contrapposti, facendo prevalere seccamente l'uno l'altro. Bisogna procedere a più complessi bilanciamenti tra gli interessi in gioco, per assicurare insieme la garanzia dei diritti individuali e la progressiva apertura della società »; BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico, Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. 228 ss.; ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 703 ss.

¹³ Così RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 4 ss.; cui *adde amplius* ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità, I*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, Torino, 2006, *passim*, spec. p. 87 ss.

¹⁴ Si veda per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 139 ss., spec. p. 147 ss.

¹⁵ Così RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 24 ss. che riconosce al *Codice privacy* la natura di vero e proprio statuto generale della persona; cui *adde* da ultimo RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Conti, Bari, 2005. Nello stesso senso anche GAMBINI, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, 2018, p. 20 ss.

¹⁶ Si veda *amplius* ALPA-ANSALDO, *Le persone fisiche*, artt. 1-10, in *Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schelsinger, Milano, 1996; P. PERLINCIERI, *La persona e i suoi diritti, Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 3 ss.; RESCIGNO, *Personalità (Diritto della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1991, p. 5 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*,

tentativo di comporre il rapporto tra patrimonialità e non patrimonialità secondo il seguente duplice scenario sostanziale ¹⁷:

— gli attributi immateriali della persona possono essere oggetto di interessi non patrimoniali e patrimoniali. Tuttavia, sono solo gli interessi non patrimoniali a rientrare nell'ambito protettivo della lettura costituzionale del diritto fondamentale della personalità e soggetti ai limiti negoziali correlati;

— il diritto che ciascun soggetto ha sulla propria personalità, o singoli attributi di essa, può avere una duplice connotazione, patrimoniale e non patrimoniale, ciascuna regolata da criteri propri.

La patrimonialità non pare, quindi, elidere il diritto della personalità ma risulta compatibile, nei limiti del prevalente rispetto del principio costituzionale inviolabile di dignità della persona, secondo il paradigma analogico delineato dal diritto d'autore in cui risulta netta la distinzione tra diritto morale alla paternità dell'opera e diritto economico di sfruttamento della stessa.

Anche nello schema del *right to privacy* nord-americano si incardinano da un lato l'interesse non patrimoniale alla tutela dell'intangibilità della persona, dall'altro, seppur implicitamente, quello patrimoniale alle aspettative di profitto connesse allo sfruttamento economico dell'identità ¹⁸.

Certo i diritti di esclusiva sui beni immateriali sono, di regola, tipizzati dal legislatore: nel caso del diritto d'autore l'oggetto del diritto non è la persona ma un'opera intellettuale della medesima, il frutto della creatività della persona su cui si innervano, sinteticamente, da un lato il diritto morale alla paternità dell'opera e dall'altro, diritti correlati allo sfruttamento economico della stessa.

Similmente ai diritti di esclusiva sui beni immateriali tipizzati dal legislatore, nel caso del diritto alla protezione dei dati personali l'oggetto del diritto disponibile non è certamente la persona ma il dato riferito — direttamente o indirettamente — alla medesima che viene sfruttato economicamente per la profilazione

XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, 2^a ed., Milano, 1982; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (Diritti della)*, in *Digesto disc. Privatiche*, sez. civile, XIII, Torino, 1996, p. 431 ss.; RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Riv. Dir. Inf. e informat.*, 2007, 1043 ss.; FERRI, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985; VERCELLONE, voce *Personalità (diritti della)*, *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965; e da ultimo ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordi-

nato da A. Zoppini, I, *Fonti - Soggetti - Famiglia*, tomo I, Le Fonti e i Soggetti, Milano, 2009, 496 ss.; Id., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, *Dir. Informaz. e informatica*, 1993, p. 545 ss.

¹⁷ Così ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, I, *Fonti - Soggetti - Famiglia*, tomo I, *Le Fonti e i Soggetti*, Milano, 2009, p. 516.

¹⁸ RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 213; cui adde *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di Resta, Torino, 2010; GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2012, *passim*.

dei consumatori e per eterogenee finalità innovative correlate all'economia dei *big data*.

Di tal guisa che gli attributi immateriali della personalità costituirebbero un nuovo bene giuridico, senza entrare nel merito del dibattito tra logica proprietaria e obbligatoria che esula dall'economia del presente studio, sul quale il titolare potrebbe vantare diritti di contenuto extrapatrimoniale e anche patrimoniale.

Con riguardo ai primi la tutela sarà quella *erga omnes* dei diritti assoluti; con riguardo ai secondi quella negoziale *inter partes* di natura contrattuale ¹⁹.

Va registrato, tuttavia, che l'evoluzione della società della sorveglianza e dei mercati digitali progressivamente attenua alcune delle caratteristiche tradizionalmente attribuite ai diritti della personalità: si pensi proprio alla progressiva patrimonializzazione di questi diritti ed alla conseguente loro, almeno parziale, commerciabilità, compatibilmente con la natura di diritti fondamentali della persona e il quadro regolatorio inderogabile delineato dal GDPR ²⁰.

Si segnala, infine, per completezza, anche la posizione originale di altra dottrina che ravvisa — in prospettiva squisitamente individualistica e proprietaria — un nuovo bene immateriale oggetto di un diritto esclusivo, riconducibile alla categoria dei diritti di proprietà intellettuale, da parte del titolare ²¹.

In tale prospettiva si potrebbe persino ipotizzare, *de iure condendo*, la tipizzazione di un nuovo diritto per lo sfruttamento commerciale dei dati personali: un nuovo diritto economico remunerativo dell'interessato a fronte del conferimento dei dati personali nelle grandi banche dati globali per l'utilizzo ai fini di profilazione consumeristica e di *business analytics* tipiche dell'economia dei *big data*.

¹⁹ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Riv. Dir. Infor. e Informatica*, 1988, p. 1 ss. In senso critico ZENO ZENGOVICH, *op. ult. cit.*, p. 516 secondo cui tale interpretazione si scontrerebbe con uno dei capisaldi del vigente sistema dei beni in base al quale solo la legge può prevedere le regole di esclusiva sui beni immateriali e dunque i limiti entro i quali si può disporre del diritto a favore di terzi.

²⁰ Si vedano sul punto secondo diverse linee interpretative inclini ad ammettere patrimonialità e disponibilità, entro limiti più o meno ampi comunque non lesivi della dignità della persona e compatibili con la normativa in materia di trattamento dei dati personali (allora solo il Codice Privacy e ora innanzitutto il GDPR): ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, I, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R.

Sacco, Torino, 2006, *passim*, spec. p. 629 ss.; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; ZENO ZENGOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 545 ss.; GAMBINI, *Dati personali e Internet*, Napoli, 2008; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, *passim* ma spec. p. 84 ss.; MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014; da ultimo: BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim*; e RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in questa Rivista, 2018, p. 689 ss.

²¹ L.C. UBERTAZZA, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *AIDA*, 1997, 530 ss.

Si tratta di una proposta provocatoria, ma non troppo, di valorizzazione del patrimonio informativo personale sulla falsariga del modello delineato dalla Legge sul Diritto d'Autore (LDA) per i molteplici diritti connessi in materia di proprietà intellettuale: si pensi — a titolo esemplificativo — in particolare all'art. 102-bis LDA che prevede un diritto di sfruttamento economico a favore del costitutore di banca dati.

Corre l'obbligo infine di evidenziare che l'interesse generale alla liceità, correttezza e trasparenza del trattamento dei dati personali della collettività si affianca e persino sovrasta il diritto fondamentale, individuale, dell'interessato alla protezione dei propri dati personali e viene tutelato prioritariamente e a prescindere dai pregiudizi che possano derivare ai diritti dei singoli interessati dai trattamenti effettuati²².

Secondo parte della dottrina il positivo superamento della prospettiva prevalentemente individuale che ha finora caratterizzato la disciplina europea di cui alla Direttiva CE 95/46 ed interna sulla protezione dei dati personali avrebbe dovuto essere perseguito in termini ancora più penetranti, affidando la tutela dei diritti individuali della persona rispetto al trattamento dei dati personali in accentuata prospettiva collettiva-pubblicistica²³.

Prospettiva collettiva-pubblicistica che pare essere forza di riequilibrio decisiva delle strutturali asimmetrie di potere informativo, economico e contrattuale che caratterizzano i rapporti giuridici intercorrenti tra titolare del trattamento e persona-interessato-consumatore, soggetto debole meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

Protezione che, invero, come si illustrerà ulteriormente *infra*, non passa più — *rectius* non passa più esclusivamente — attraverso la logica squisitamente individuale dell'*autodeterminazione informativa* fondata sul *consenso autorizzatorio informato* da parte della singola persona fisica.

3. RIFLESSIONI SULLA FRAGILITÀ NELLA SOCIETÀ DIGITALE DEL CONSENSO DELL'INTERESSATO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI TRA NATURA AUTORIZZATORIA E CONTRATTUALE: L'EMERSIONE DEL FENOMENO ASIMMETRICO DELLA "CESSIONE" DEI DATI PERSONALI.

D'altra parte la *fragilità del consenso* della persona fisica interessata dal trattamento di dati personali, nella società digitale, di fronte alla pervasività dei *digital player globali* e dei *big data* risulta anche nell'ordito regolatorio europeo del GDPR.

²² Si veda in tal senso: PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, 4/1, p. 49 ss.

²³ Così MANTELLERO, *Responsabilità e rischio nel Regolamento UE n. 2016/679*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2017, p. 152 ss.

L'art. 4 del GDPR stabilisce che per consenso dell'interessato al trattamento debba intendersi qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato.

Tuttavia l'efficacia della tutela dei dati personali non passa più principalmente attraverso il *consenso informato* al trattamento da parte dell'interessato che, quindi, perde rilievo, viene depotenziato dalla *società del capitalismo della sorveglianza digitale*²⁴.

Il consenso al trattamento dei dati personali deve, pertanto, per essere davvero giuridicamente rilevante — *rectius* informato e libero, soprattutto *consapevole* — comprendere anche l'algoritmo stesso che deve, quindi, essere disvelato e rivelato, trasparente per gli utilizzatori della piattaforma digitale.

Il profilo della libertà del consenso, come si è già osservato, è particolarmente critico in un contesto fortemente asimmetrico come quello dei mercati digitali.

D'altra parte è lo stesso GDPR nel considerando 43 a precisare che "libertà di prestare il consenso, è opportuno che il consenso *non* costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali qualora esista un *evidente squilibrio* tra l'interessato e il titolare del trattamento".

Quindi il mero utilizzo del *consenso autorizzatorio informato* nei *rapporti asimmetrici* da cui risulti *evidente squilibrio* è ritenuto inopportuno, dallo stesso legislatore europeo, proprio perché insufficiente a proteggere l'interessato.

La manifestazione di volontà "libera" implica che l'interessato abbia la possibilità di operare una scelta effettiva ed esercitare il controllo sui propri dati.

Il GDPR stabilisce che se l'interessato non dispone di una scelta effettiva o si sente obbligato ad acconsentire oppure subirà conseguenze negative se non acconsente, il consenso non potrà ritenersi valido.

Se il consenso è un elemento non negoziabile delle condizioni generali di contratto, si presume che non sia stato prestato liberamente. Di conseguenza, il consenso non sarà considerato libero se l'interessato non può rifiutarlo o revocarlo senza subire pregiudizio.

Nel valutare se il consenso al trattamento dei dati sia stato prestato liberamente, si deve anche tenere nella massima considerazione dell'eventualità — tra le altre — che l'esecuzione di un contratto o la prestazione di un servizio sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessari all'esecuzione del contratto (art. 7, paragrafo 4, GDPR).

L'inciso "tra le altre" sottintende qualsiasi azione di pressione o influenza inappropriata sull'interessato (che si può manifestare

²⁴ ZUBOFF, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, in *Journal of Information Technology*, 2015, 30 ss.; e da ultimo: ID., *Il*

capitalismo della sorveglianza, Roma, 2019. Si veda anche Garante per la Protezione dei dati personali, *La società sorvegliata*, Atti del Convegno 28 gennaio 2016, Roma, 2016.

in vari modi) che impedisca a quest'ultimo di esercitare il suo libero arbitrio, rende il consenso invalido (Sentenza CGUE 11 novembre 2020 caso *Orange România SA*).

Si affiancano, opportunamente, nel quadro regolatorio introdotto dal GDPR ulteriori, più efficaci, parametri di liceità del trattamento quali il *consenso contrattuale*, l'obbligo di legge o più in generale il *legittimo interesse* (art. 6 GDPR).

Nella società digitale la *protezione del dato personale*, dunque, non risiede — o almeno non più solo — nel consenso individuale che di per sé non è più in grado di proteggere l'interessato soggetto debole del rapporto asimmetrico del trattamento dei dati personali ma discende da un quadro complesso di regole protettive e conformative inderogabili poste a carico di ogni titolare di trattamento dei dati personali fondato su altri più efficaci strumenti protettivi anche di natura deterrente e sanzionatoria pubblicistica.

L'asimmetria di potere (informativo, tecnologico, economico e normativo) tra i soggetti del trattamento (titolare-interessato) conferma la bontà di una lettura assiologica, costituzionalmente orientata, della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali — centrata sulla tutela dei diritti fondamentali della persona offerta dall'art. 2 della Costituzione italiana oltre che dagli artt. 1, 7 e 8 della Carta UE — che, attraverso il prisma delle fonti interne ed eurounitarie, consenta di dare piena efficacia a tali fondamentali diritti, offrendo un saldo appiglio per non soccombere di fronte alle plurime e cangianti pressioni mercatorie della società liquida digitale.

Si pensi all'imposizione da parte del GDPR in capo al Titolare di *obblighi di gestione preventiva e differenziata* — sotto il profilo quantitativo e qualitativo — del rischio correlato al trattamento, ai principi di trasparenza, di accountability e sicurezza: questi sono i nuovi, più efficaci, strumenti normativi europei posti a presidio dell'osservanza dei parametri di liceità e correttezza che illuminano tutto il processo del trattamento nel complesso bilanciamento dei diritti fondamentali della persona e dei diritti delle imprese alla libera circolazione dei dati personali.

Infine, la protezione dell'interessato, soggetto debole rispetto al titolare del trattamento, passa pur sempre anche attraverso i principi generali di buona fede in senso oggettivo, proporzionalità, ragionevolezza e soprattutto meritevolezza delle finalità di trattamento, particolarmente efficaci anche nel contesto applicativo di cui trattasi ²⁵.

Si discute relativamente alla libertà negoziale di disporre dei propri dati personali per finalità economiche altre rispetto a quelle connaturate al servizio richiesto dall'interessato.

²⁵ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, cit., passim; cfr. anche G. PERLIN-

GIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., passim.

È il problema giuridico sotteso al rilevante fenomeno dei *big data* che richiede ai *digital player* di analizzare in *cluster dati* di utenti e consumatori per le più svariate finalità — di *marketing*, di sviluppo di nuovi servizi personalizzati e così via — dati in relazione ai quali l'interessato è chiamato ad esprimere un *consenso* al trasferimento dei propri dati e allo sfruttamento economico degli stessi, oltre, quindi, il mero consenso al trattamento previsto dal GDPR.

Si tratta, invero, di esprimere il consenso in ordine all'utilizzo dei propri dati personali per lo sfruttamento economico degli stessi da parte dei *digital player*: attività di trattamento sempre, tuttavia, condizionata — anche in presenza del consenso dell'interessato — all'osservanza delle regole e delle procedure delineate dal GDPR da parte del Titolare del trattamento.

Si registra l'emersione della doppia natura del consenso al trattamento dei dati:

— *consenso autorizzatorio* sotto il profilo del trattamento dei dati in senso stretto per finalità economiche diverse da quelle relative al servizio richiesto²⁶; ma anche

— *consenso contrattuale* per consentire non solo il trattamento dei dati personali necessari all'esecuzione del contratto di fornitura di beni e servizi ma anche lo sfruttamento economico dei propri dati personali quando l'oggetto del contratto è proprio il trattamento dei dati personali dell'interessato²⁷.

La duplice natura del consenso — non patrimoniale-personale nell'ambito delle condizioni di liceità del trattamento ascrivibili esclusivamente al potere di autodeterminazione informativa unilaterale dell'interessato e contrattuale-patrimoniale nell'ambito delle condizioni di liceità del trattamento basata su contratto *rectius* su rapporto giuridico bilaterale — non è peregrina, anzi.

Proprio nel GDPR si ammette che possa non essere richiesto uno

²⁶ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998, spec. p. 353 secondo cui il consenso al trattamento avrebbe carattere di "permesso autorizzativo" con efficacia costitutiva nell'altrui sfera (personale). Più in generale sul negozio autorizzatorio: AURICCHIO, voce *Autorizzazione* (dir. priv.), in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 502 ss.; TAMPONI, *L'atto non autorizzato nell'amministrazione dei patrimoni altrui*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 28 ss.

²⁷ Sul tema del consenso e sulla controversa natura autorizzatoria o anche negoziale si vedano: ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, I, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2006, *passim*, spec. p. 629

ss.; BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 34 ss.; ID., *La compravendita di dati personali?*, in *Diritto di Internet*, 2020, II, p. 521 ss.; ID., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim*; MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; e RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in questa *Rivista*, 2018, p. 689 ss.; VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 184 ss. e da ultimo IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

specifico e autonomo consenso al trattamento, nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia stato già prestato dall'interessato in fase contrattuale — o precontrattuale — ossia quando, in buona sostanza, il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un contratto tra Titolare e l'interessato o costituisca oggetto di una richiesta precontrattuale dell'interessato (art. 6, par. 1 lett. *b*) GDPR).

Il consenso autorizzatorio dell'interessato (art. 6 lett. *a*) del GDPR) e il consenso contrattuale sono, pertanto, basi giuridiche legittime, alternative tra loro (art. 6 lett. *b*) del GDPR).

Il consenso contrattuale pare idoneo anche ad assorbire, per tale, ragione anche il consenso autorizzatorio: ovviamente solo nel caso in cui il predetto consenso contrattuale abbia proprio ad oggetto il trattamento dei dati personali dell'interessato; in difetto si ritorna alla regola del consenso autorizzatorio per le finalità ulteriori rispetto a quelle oggetto del contratto.

L'emersione della patrimonializzazione delle attività di trattamento dati personali richiede, dunque, di non eludere la questione sottraendosi alla facile tentazione di ancorarsi a tradizionali impostazioni dogmatiche meramente ostative al fenomeno globale richiamato.

È tempo, semmai, di superare le resistenze dogmatiche tradizionali in ordine al possibile rilievo anche negoziale del consenso — che parte della dottrina disconosce — non solo autorizzatorio quindi per prendere atto e governare, *rectius* proteggere efficacemente il soggetto debole del rapporto asimmetrico con opportuno strumento rimediale, di natura contrattuale, ulteriore rispetto a quello settoriale previsto per altre finalità dal GDPR ²⁸.

La progressiva valorizzazione dei dati personali in termini negoziali si declina, in dottrina, ora in termini di diritti della personalità immateriale suscettibili di circolazione in quanto rientranti nella sfera personale di pertinenza e disponibilità dell'interessato ²⁹ oppure, da altra prospettiva, evidenziando l'efficacia derivativo-constitutiva dell'atto funzionale allo sfruttamento economico di attributi individuali della personalità immateriale mu-

²⁸ RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, cit., p. 95 ss.; *Id.*, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inform.*, 2018, p. 689 ss.; BRAVO, *Il « diritto » a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit.; CACCIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento Europeo. Analisi giuridica e studi*

comportamentali, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, n. 1, p. 67; TOBANI, *Diritti della personalità e contratto. Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2019; VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020; DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020.

²⁹ OPPER, *Sul consenso dell'interessato, in Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di Cuffaro, Ricciuto e Zeno Zencovich, Milano, 1998, p. 230.

tuando, per analogia, la struttura negoziale del contratto di licenza nell'ambito del diritto d'autore³⁰.

È ormai evidente a tutti la progressiva patrimonializzazione dei dati personali, in linea con lo sdoppiamento peculiare dei diritti della personalità immateriali: i dati personali hanno un valore economico significativo e non di rado sono utilizzati quale corrispettivo per prestazioni di servizi digitali, e “cessione” del diritto di sfruttamento economico — *temporaneo e non esclusivo* — dei propri dati personali condizionata all'osservanza del GDPR.

I contenuti digitali e i servizi digitali sono, infatti, spesso forniti online nell'ambito di contratti che non prevedono, da parte del consumatore, il pagamento di un prezzo, bensì la comunicazione di dati personali al prestatore di servizi digitali³¹.

Disconoscere tale fenomeno socio-economico rinunciando ad inquadrarlo correttamente dal punto di vista giuridico non produrrebbe altro che un *deficit* rimediale che al contrario deve essere offerto — rafforzato e non indebolito — all'interessato dal trattamento dei dati assecondando la convergenza normativa emergente tra protezione dati personali-protezione consumatori³².

Nel senso di una progressiva convergenza e in ordine all'applicabilità, in prospettiva di tutela collettiva, della normativa consumeristica all'interessato dal trattamento dati personali veda sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2022 relativa alla causa C319/20 secondo cui: “L'articolo 80, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consi-

³⁰ RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 336 ss.

³¹ Si segnalano sul punto le recenti Direttiva 2019/770/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e la dir. 2019/2161/UE che aggiorna le Direttive 93/13/CEE (clausole abusive nei contratti con i consumatori), 98/6 (indicazione dei prezzi sui prodotti di consumo), 2005/29 (relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno) e 2011/83 (in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza) per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. A titolo esemplificativo, successivamente all'aggiornamento operato da Direttiva 2161/2019/UE, la Direttiva 83/2011/UE si applicherà non solo, come avviene, ora ai contratti di servizi, compresi i contratti di servizi digitali, che prevedono che il consumatore paghi o si impegni a pagare un prezzo ma anche in relazione ai contratti per la fornitura di

contenuto digitale online indipendentemente dal fatto che il consumatore paghi un prezzo o fornisca dati personali a titolo di corrispettivo.

³² RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, cit., p. 95 ss.; *Id.*, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inform.*, 2018, p. 689 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014; GUCCIOLE, *Tutela della privacy e consumatore*, in *Privacy digitale*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 263 ss.; C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit.; e da ultimo T.M. UBERTAZZA *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy*, in *Contratto e impresa*, 2022, p. 27 ss.; BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, in *Riv. di Diritto dell'impresa*, 2022, p. 21 ss.

glio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili”.

Le segnalate preclusioni dogmatiche alla circolazione dei dati personali sono, invero, il frutto di un vero e proprio equivoco interpretativo conseguenza di una lettura non sistematica del GDPR da cui si evince semmai proprio il contrario: si disconosce erroneamente l'esplicito dato testuale del citato regolamento europeo lasciando tralattivamente prevalere, anche in relazione al mero attributo immateriale della personalità, la natura di diritto fondamentale della personalità, che non viene fatto oggetto improprio di atti dispositivi, disattendendo il principio di bilanciamento con la libera circolazione del dato personale ³³.

Senza dimenticare, infine, che il GDPR non interferisce certo sul piano contrattuale non essendo questa la finalità del legislatore europeo che infatti non viene richiamata tra gli scopi della normativa in parola: tale ambito normativo rimane ascrivibile all'autonomia dei singoli Stati membri.

4. PATRIMONIALIZZAZIONE E CONTRATTUALIZZAZIONE DEI DATI PERSONALI ALLA LUCE DEL NUOVO ART. 135-OCTIES CODICE DEL CONSUMO.

La rilevanza economica dei dati personali non si riduce certo alle generalità della persona ma comprende il ben più significativo e rilevante valore commerciale offerto dall'analisi massiva dei *metadati* generati non solo dei *motori di ricerca* ma soprattutto dei dispositivi digitali utilizzati *smartphone*, *digital assistant* e *wearables* per citare i casi più emblematici, vere e proprie memorie digitali della nostra vita privata e professionale.

³³ Si vedano in tal senso: RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, Napoli, 2022, p. 3; ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*,

2022 p. 527; TOSI, *Privacy digitale*, Milano, 2019, p. 1 ss.; TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, 2023, p. 1 ss.

Si registra in merito un punto di non ritorno normativo relativamente alla patrimonializzazione dei dati e alla circolazione contrattuale dei dati stessi in quanto controprestazione contrattuale vera e propria e non perché necessari per la mera esecuzione di contratto di diversa natura in cui i dati hanno solo un rilievo strumentale e non entrano a far parte del sinallagma contrattuale.

Si tratta del noto d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 di recepimento della Direttiva europea 2019/770 inerente la fornitura di contenuti e servizi digitali modifica che aggiorna il *Codice del Consumo* (d.lgs. 206/2005) introducendo il nuovo capo I-bis *Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e servizi digitali*.

La disciplina consumeristica italiana si arricchisce così delle tutele previste dalla Dir.UE 2019/770 per i contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali: in particolare, sono previsti specifici obblighi del professionista, responsabilità e rimedi a favore del consumatore per la mancata fornitura o per i difetti di conformità che non è possibile approfondire in questa sede.

Corre l'obbligo di richiamare innanzitutto, ai sensi dei commi 3 e 4 de nuovo articolo 135-*octies* del codice del consumo che le disposizioni del Capo I-bis si applicano a due diverse ipotesi di accordo:

— a qualsiasi contratto in cui il professionista fornisce, o si obbliga a fornire, un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si obbliga a corrispondere un prezzo;

— al caso in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o *si obbliga* a fornire dati personali al professionista, quando tali dati non sono trattati dal professionista esclusivamente per l'esecuzione del contratto ma costituiscono essi stessi oggetto di un autonomo contratto di trattamento dati personali.

Si è già dato conto del dibattito dottrinale in ordine alla seconda ipotesi in quanto essa pone dei rilevanti problemi di coordinamento con la disciplina per la protezione dei dati personali delineata dal GDPR.

Emerge la volontà del legislatore europeo non tanto di rendere i dati personali assimilabili a un mezzo di pagamento in senso stretto, cosa che certamente non è, ma di riconoscere la rilevanza patrimoniale della controprestazione consistente nella comunicazione dei propri dati personali per finalità ulteriori rispetto a quelle dell'esecuzione del contratto stesso: quanto detto al fine di garantire anche a queste situazioni diffusissime nella pratica dei mercati digitali, alla base del successo delle *big tech* della *silicon valley*, le ulteriori tutele consumeristiche rafforzate assicurate ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali integrative dei rimedi generali già assicurati dal GDPR.

Per completezza si segnala il considerando 24 della dir. (UE) 2019/770 secondo cui: “La presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi ai contratti in cui l’operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali”.

Inoltre “La presente direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall’operatore economico. 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”.

Si evince dal predetto considerando che sul tema dell’utilizzo dei dati personali a titolo di controprestazione è stato lasciato un margine di discrezionalità agli Stati membri: per disciplinare il contratto di utilizzo dei dati in base alle specifiche regole ordinarie dei rispettivi Stati membri.

L’Italia ha, purtroppo, perso un’occasione per esercitare la propria autonomia legislativa e chiarire il tema controverso denso di implicazioni giuridiche, non solo civilistiche.

Su questo aspetto il legislatore si è limitato a una mera, scolastica, trasposizione della lettera della Direttiva nella normativa di recepimento interno, lasciando quindi aperta la questione in ordine ad ammissibilità e limiti a tacere dell’omesso raccordo di tale contratto atipico — avente ad oggetto proprio il trattamento di dati personali che entrano a far parte del sinallagma contrattuale — con la disciplina contrattuale generale del Codice Civile e con i rimedi consumeristici previsti dalla stessa normativa appena introdotta e infine con il GDPR.

Limitandosi a statuire con norma, scontata per non dire superflua, al comma 6 dell’articolo 135-*novies* Codice del Consumo la prevalenza del GDPR in caso di conflitto, sulle disposizioni del nuovo Capo I-*bis*: a parte questo opinabile riferimento espresso, il “pagamento” in senso lato con dati personali del consumatore non è oggetto di ulteriore considerazione normativa.

L’art. 135-*noviesdecies* del Codice del Consumo al comma 3 si limita, infatti, didascalicamente ad affermare che “Per quanto riguarda i dati personali del consumatore, il professionista è tenuto a rispettare gli obblighi derivanti dal regolamento (UE) 2016/679 nonché dal d.lgs. 101/2018”.

Ma quanto affermato era già logica conseguenza della prevalenza, già affermata, della normativa del GDPR. Rimangono, invece, a carico dell’interprete problemi irrisolti dal d.lgs. 173/2021 relativi al contratto di utilizzo dei dati personali che esulano dall’economia del presente studio.

Si segnalano per rilevanza *ex multis*: il problema dell’applicabilità anche ai contratti di utilizzo dei dati del diritto alla congrua

riduzione del prezzo in caso di difetto di conformità, della sorte dei dati personali forniti dall'utente a fronte della risoluzione del contratto e infine della revocabilità, limitata o illimitata, del consenso contrattuale al trattamento dei dati stessi per menzionare, infine, l'applicabilità anche alla diversa fattispecie in cui il conferimento di dati personali è remunerato non con un servizio ma con un corrispettivo pecuniario.

A prescindere dai dubbi interpretativi e dagli aspetti problematici succintamente richiamati *supra*, non pare possa più fondatamente disocnocersi la consumerizzazione dell'interessato dal trattamento e la patrimonializzazione dei dati personali, in linea con lo sdoppiamento peculiare dei diritti della personalità immateriali: emerge la triplice dimensione giuridica di *persona-interessato-consumatore*.

I dati personali, non può più revocarsi in dubbio, hanno un valore economico significativo e non di rado sono utilizzati quale "corrispettivo" per prestazioni di servizi digitali, e "cessione" del diritto di sfruttamento economico, temporaneo e non esclusivo, dei propri dati personali condizionata all'osservanza del GDPR.

Non si può, invero, nemmeno escludere, dal punto di vista teorico, il caso speculare in cui il trattamento dei dati personali altrui sia l'unico oggetto del contratto e il consenso dell'interessato venga quindi remunerato dal titolare con un "corrispettivo" pecuniario.

Si registra, pertanto, nei mercati digitali:

— da un lato l'emersione della funzione di corrispettivo, in senso lato, del consenso al trattamento dei propri dati a fronte di servizi resti dal prestatore online come segnalato anche nella recente normativa europea (c.d. *patrimonializzazione*);

— dall'altro la remunerazione dell'interessato, da parte del titolare del trattamento, a fronte dello sfruttamento dei propri dati personali per finalità economiche da parte dei *Big Tech* (c.d. *monetizzazione*).

A ben vedere, da un'attenta lettura della normativa europea in materia di protezione di dati personali, non sussiste un divieto di ordine pubblico alla contrattualizzazione dei diritti di utilizzo economico e trattamento dei dati personali altrui nemmeno quando è proprio l'utilizzo dei dati personali ad essere esclusivo oggetto del contratto stesso: anzi è semmai vero il contrario come si è già rilevato nel corso del presente studio.

È lo stesso GDPR ad ammetterne la possibilità. Solo almeno tre gli indizi normativi evocabili allo scopo di teorizzare la liceità del contratto di utilizzo dei dati personali altrui, fermo restando l'osservanza dei precetti conformativi del Regolamento UE in parola e il limite invalicabile della dignità personale (art. 2 *Cost.* e art. 1 *Carta diritti fondamentali UE*).

Il primo indizio normativo: la normativa europea riconosce espressamente la libera circolazione dei dati personali nell'Unione

Europea del *digital single market* e che la stessa “non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”(art. 1.3 GDPR).

Il secondo: si ricomprende espressamente tra le condizioni di liceità il *consenso contrattuale* (art. 6.1 lett. *b* GDPR) in alternativa al *consenso autorizzatorio* dell'interessato dal trattamento (art. 6.1 lett. *a* GDPR).

Il terzo, non certo per importanza, quando si ammette che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati non necessari così riconoscendo implicitamente che sia ammissibile ipotizzarsi la fattispecie contrattuale in cui il consenso sia invece necessario per l'esecuzione del contratto senza escludere espressamente che l'oggetto del contratto possa avere ad oggetto proprio il trattamento dei dati personali in se e per sé considerato (art. 7.4 GDPR).

Come, invece, accade quando è proprio il trattamento e utilizzo dei dati personali altrui ad essere esclusivo oggetto di un contratto di utilizzo e trattamento dei dati personali — impropriamente definito di “cessione” dei dati personali in ossequio a una logica esclusivamente proprietaria che, tuttavia, non rende la complessità del fenomeno — a fronte di una remunerazione da parte del titolare del trattamento.

Si ammette, quindi, non solo il caso in cui il consenso al trattamento dei dati sia considerato il “corrispettivo” di un servizio fornito ma anche il suo opposto ossia il caso diverso e speculare in cui il consenso all'utilizzo dei propri dati personali sia oggetto del contratto stesso e che per tale ragione sia l'interessato dal trattamento dei dati ad essere remunerato dal Titolare del trattamento.

Un'occasione mancata, si ribadisce, da parte del legislatore italiano per fare chiarezza su questioni interpretative complesse, fra cui si segnala anche quella della revoca del consenso, che avrebbe potuto essere colta tipizzando il contratto di trattamento dei dati personali che, invece, allo stato, rimane consegnato, a prassi mercatorie incontrollate e poco trasparenti³⁴.

Riconoscere e disciplinare espressamente il fenomeno contrattuale del contratto di trattamento dati ossia di quel contratto

³⁴ Tosi, *Diritto Privato delle Nuove Tecnologie Digitali. Riservatezza. Contratto, responsabilità persona e mercato*, cit.; cui *adde* Tosi, *Privacy Digitale*, a cura di Tosi, cit.; Tosi, *Unlawful Data Processing Prevention and Strict Liability Regime Under EU GDPR*, in *Italian Law Journal*, 2021, p. 873 ss.; *Persona e mercato dei*

dati. Riflessioni sul GDPR, a cura di Zorzi Galgano, cit.; *I Poteri privati delle piattaforme digitali e le nuove frontiere della privacy*, a cura di Stanzone, Torino, 2022; *Valore economico dei dati tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di Colapietro e Simoncini, Torino, 2022. Sul tema specifico della revoca del consenso nei contratti

avente ad oggetto specifico, e caratterizzante, proprio il trattamento dei dati personali avrebbe significato un giusto rafforzamento rimediale integrato GDPR-*Codice del Consumo* della posizione debole dell'interessato dal trattamento e non solo nel contesto digitale come invece si direbbe stando al dato letterale, eccessivamente riduttivo.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un *contratto atipico*, sulla falsariga del modello di *licenza d'uso temporanea* affermatosi nel settore dell'utilizzo dei contenuti digitali e altri beni immateriali, pure sdoppiati tra dimensione personale e patrimoniale del diritto.

Contratto atipico conformato e regolato: conformato ai precetti inderogabili del GDPR a cui le parti debbono necessariamente attenersi nella stesura delle regole contrattuali e regolato dall'autorità di controllo competente, ossia il *Garante per la protezione dei dati personali*.

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: AUTONOMIA, CONFORMAZIONE E REGOLAZIONE NELLA CIRCOLAZIONE CONTRATTUALE DEI DATI PERSONALI.

Alla luce di quanto sopra osservato risulta, dunque, evidente che la lettura tradizionalista restrittiva in ordine alla circolazione contrattuale dei dati personali sia frutto, come rilevato da attenta dottrina, di un equivoco interpretativo che vede sovrapporsi e prevalere sempre la tutela della persona rispetto alla circolazione dei dati personali³⁵.

Ma così non è.

Fermo restando il limite inviolabile della dignità personale — riconosciuto dall'art. 2 della nostra *Costituzione* oltre che dall'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* — e dell'inammissibile *asservimento definitivo* dei dati personali nulla osta alla compatibilità dogmatica, in ossequio a lettura moderna attenta al dato sistematico complessivo e ai principi di bilanciamento emergenti dalla normativa europea introdotta dal GDPR, tra persona, dati personali e circolazione contrattuale³⁶.

Sono compatibili e coesistono da un lato il potere unilaterale di autodeterminazione informativa della persona in relazione al consenso autorizzatorio e dall'altro il potere contrattuale in re-

aventi ad oggetto il trattamento dei dati personali: T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy*, in *Contratto e impresa*, 2022, 27 ss.

³⁵ RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit., *passim*; ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 527 ss.; TOSI, *Privacy digitale*, cit., 1 ss.; TOSI,

Diritto Privato delle Nuove tecnologie digitali, cit., 119 ss.; e da ultimo TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, cit., 78.

³⁶ Così RODOTÀ, *Conclusioni*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di Cuffaro-Ricciuto-Zeno Zencovich, Milano, 1999, 308.

lazione al consenso negoziale rilevante in base alle normative contrattuali dei singoli Stati membri: il GDPR non elide né interferisce con la disciplina del consenso contrattuale, né potrebbe farlo essendo tale materia estranea all'ambito di applicazione del regolamento stesso.

Consenso autorizzatorio — libero, specifico, informato e inequivocabile (art. 4 GDPR) — che rileva dunque esclusivamente quando il trattamento dei dati personali non risulta fondato giuridicamente su un rapporto contrattuale ma prescinde da esso (art. 6.1, lett. *a* GDPR).

Consenso contrattuale — altrettanto, libero, trasparente ed informato — nel caso in cui invece il trattamento dei dati personali necessario per l'esecuzione dello stesso o di attività precontrattuali su richiesta dell'interessato oppure sia oggetto del contratto stesso (art. 6.1, lett. *b* GDPR). Consenso contrattuale che risulta quindi assorbente rispetto al consenso autorizzatorio quando è proprio il trattamento dati personali ad essere oggetto del contratto o della necessaria esecuzione dello stesso.

Alla luce di quanto sopra evidenziato si tratta solo di un contrasto, apparente, tra tutela della persona, soprattutto in relazione al limite inviolabile della dignità personale, che non s'intende certo mettere in discussione, e circolazione contrattuale dei dati personali.

Attività quest'ultima che, come si è già avuto modo di rilevare, non solo non è vietata ma è al contrario espressamente tutelata dall'art. 1.1 e 1.3 GDPR: d'altra parte anche la giurisprudenza più recente, perverso, progressivamente valorizza e ammette la dimensione patrimoniale e contrattuale dell'utilizzo dei dati personali³⁷.

La circolazione contrattuale dei dati personali pur ammissibile non è, tuttavia, da considerarsi affare strettamente privato delle parti ma risulta soggetto alla stringente *conformazione contrat-*

³⁷ Con la significativa sentenza n. 2631 del 29 marzo 2021, il *Consiglio di Stato* ha respinto il ricorso presentato dalla società Facebook Ireland Limited avverso il provvedimento dell'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (AGCM), adottato il 29 novembre 2018 (AGCM provv. n. 27432 del 29 novembre 2018) già impugnato di fronte al TAR Lazio TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260. Due punti della sentenza del CdS meritano segnalazione. Il primo riguarda il dibattuto tema dello sfruttamento dei dati personali per finalità commerciali nell'ambito di un servizio digitale. Si chiarisce opportunamente che, anche a prescindere dalla espressa qualificazione del trattamento dati in termini di corrispettivo del servizio, l'attività del fornitore risulta

soggetto all'ambito di applicabilità della disciplina europea sulla protezione dei dati personali oltre che dalla disciplina protettiva contrattuale consumeristica. Il secondo riguarda il tema correlato della solo apparente gratuità del servizio digitale nel caso di consenso all'utilizzo dei propri dati personali. Se il fornitore di un servizio sfrutta commercialmente i dati degli utenti che tale servizio digitale utilizzano — anche a prescindere dalla qualificazione formale in termini di corrispettivo del servizio — nella sostanza il servizio non può essere presentato al pubblico come gratuito perché tale in effetti non è. Si vedano inoltre AGCM 9 novembre 2021, n. 298; TAR Lazio 10 gennaio 2020, n. 260 e 261 con nota di SOLINAS, *Circolazione dei dati, onerosità del con-*

tuale del GDPR oltre che alla regolazione pubblica assicurata dall'attenta vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali.

Secondo tale interpretazione rigorosa, pare potersi, ammettere e disciplinare compiutamente il fenomeno dello sfruttamento economico dei dati personali si badi bene, sempre, *temporaneo* e *non esclusivo*.

Tale operazione negoziale di “sfruttamento” economico dei dati personali potrà ben essere realizzata ricorrendo allo strumento di libertà e giustizia, che è il *contratto conformato e regolamentato*, espressione di autonomia contrattuale non libera bensì *autonomia conformata e regolata* non solo in funzione protettiva individuale dell'interessato-soggetto debole del rapporto asimmetrico di trattamento dei dati personali ma anche in funzione protettiva meta-individuale, *rectius* a tutela degli interessi generali alla protezione dei dati personali, alla correttezza del trattamento e dei mercati oltre che dei diritti fondamentali della persona e dell'inviolabilità della dignità personale.

Conformata in quanto soggetta ai principi e precetti regolatori inderogabili del GDPR oltre che alla normativa protettiva consumeristica applicabile a protezione del soggetto debole, ossia colui che conferisce i dati personali, meritevole di protezione rispetto agli abusi contrattuali del contraente forte in ragione della strutturale asimmetria contrattuale peculiare del rapporto di trattamento dati personali ³⁸.

Regolata e vigilata in quanto soggetta alle prescrizioni precettive dell'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali.

In tale prospettiva merita, dunque, protezione rimediale rafforzata non solo il soggetto debole che consente l'utilizzo dei propri dati quale “corrispettivo” a fronte di beni o servizi forniti dal titolare del trattamento (c.d. *patrimonializzazione del dato personale*) ma anche il soggetto interessato dal trattamento che viene remunerato proprio per tale “cessione” temporanea e non esclusiva che diviene esplicitamente oggetto del rapporto contrattuale (c.d. *monetizzazione del dato personale*).

Pare, infatti, doveroso assicurare giusta protezione rafforzata consumeristica, in ossequio a lettura assiologica costituzionalmente orientata, oltre il formalismo definitorio ³⁹, anche quando il soggetto debole interessato non sia strettamente qualificabile

tratto e pratiche commerciali scorrette, in *Giurisprudenza italiana*; cui adde SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022; e da ultimo MATERA, *Patrimonializzazione dei dati personali e pratiche commerciali scorrette*, in *Tecnologie e diritto*, 2022, 155 ss.

³⁸ BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e con-*

formazione, Napoli, 2019; SOLINAS, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica agli interessi generali*, Napoli, 2018.

³⁹ Sulla forza espansiva e sulla giusta flessibilità dei rimedi protettivi consumeristici applicabili a tutte le situazioni contrattuali asimmetriche in cui il soggetto debole risulti meritevole di tutela si vedano P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella*

come *consumatore* fruitore di beni e servizi ma semmai “fornitore” di propri dati personali al titolare del trattamento e pur sempre meritevole di beneficiare dei rimedi protettivi consumeristici individuali e metaindividuali: questi ultimi più che mai necessari per la protezione del soggetto debole *persona-interessato-consumatore* nella dimensione strutturalmente asimmetrica del capitalismo della sorveglianza digitale ⁴⁰.

Abstract

The essay focuses on debated and controversial issue of economic phenomenon of patrimonialization and contractualization of personal data in the legal frame of person fundamental rights protection and balancing with entrapeneurship freedom and data circulation rights. Personal data exploitation profiles emerges also in new Legislative Decree 173/2021 updating Italian Consumer Code. Especially the paper deals with the double nature personal-economic of data and consequently double nature authorization-contractual consent of data processing enlightened by convergent data subject-consumer European applicable rules under both GDPR and Consumer Code legal frame.

Costituzione e nel Trattato di Amsterdam, in P. PERLINGIERI-E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004 13 ss.; e G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 143.

⁴⁰ Nel senso di una progressiva con-

vergenza e in ordine all'applicabilità, in prospettiva di tutela collettiva, della normativa consumeristica all'interessato dal trattamento dati personali si veda la già citata sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2022 relativa alla causa C319/20.