

Vincenzo Ricciuto

**LA PATRIMONIALIZZAZIONE
DEI DATI PERSONALI.
CONTRATTO E MERCATO
NELLA RICOSTRUZIONE
DEL FENOMENO**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

VINCENZO RICCIUTO

LA PATRIMONIALIZZAZIONE DEI DATI PERSONALI. CONTRATTO E MERCATO NELLA RICOSTRUZIONE DEL FENOMENO

SOMMARIO: 1. Persona, *privacy*, dati personali, mercato. Una lettura patrimonialistica del fenomeno. — 2. La patrimonialità del trattamento dei dati nella normativa comunitaria e le resistenze al principio di libera circolazione dei dati nella normativa italiana. — 3. La questione del consenso. — 4. (*segue*) Il consenso “forzato” per accedere a beni e servizi. Una nuova questione di asimmetria contrattuale? — 5. (*segue*) negoziazione dei dati e tutele. Un’estensione degli ambiti applicativi del diritto dei consumatori? — 6. Circolazione dei dati e strutture contrattuali. — 7. La circolazione del dato personale nel Regolamento generale. — 8. La regolazione del mercato.

1. PERSONA, *PRIVACY*, DATI PERSONALI, MERCATO. UNA LETTURA PATRIMONIALISTICA DEL FENOMENO.

L’adozione del Regolamento generale sul trattamento dei dati personali ¹ chiude la vicenda di una complessa evoluzione normativa che, a partire dal 1995 — anno in cui l’Europa si dotò di una disciplina uniforme in materia di trattamento dei dati personali —, secondo una ripetuta affermazione, ha fornito per la prima volta una tutela organica della *privacy* e di altri profili della personalità nell’era delle nuove tecnologie della comunicazione, offrendo così esplicita e definitiva tutela all’individuo nella società dell’informazione ². Il quadro normativo che ci venne consegnato nella metà degli anni ‘90 (Dir. 24 ottobre 1995, n. 95/46 CE; l. 31 dicembre 1996, n. 675) fu ritenuto, in buona sostanza, l’approdo finale — e

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio secondo le prassi correnti nella comunità dei giuristi.

¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), indicato anche con l’acronimo RGDP.

² Sul dibattito intorno all’incidenza della normativa europea introdotta dalla Direttiva 95/46 CE e, soprattutto, della legge italiana di recepimento (l. 31 dicembre 1996, n. 675) sul tema del diritto alla riservatezza e, più in generale, sui diritti della personalità ne è testimonianza il volume che raccoglie gli atti del Convegno svoltosi ad Alghero il 19 e 20 settembre 1997 e promosso dall’Università degli Studi di Sassari: cfr. V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a

nel contesto dell'erompere dei fenomeni delle nuove tecnologie informatiche — del complesso percorso costitutivo dei più recenti diritti della personalità, privi, fino ad allora, di disciplina. Caso paradigmatico, proprio quello della riservatezza il cui inquadramento nel nostro ordinamento aveva vissuto una tormentata vicenda culturale, e che ora, nella nuova disciplina europea e nazionale, veniva finalmente celebrata come la situazione soggettiva attorno alla quale costruire la chiave di volta del rapporto tra tutela della persona e fenomeno dei dati personali.

Qualche dubbio, in verità, affiorava intorno alla portata della normativa nazionale (l. 675/96) sul terreno della novità sistematica dei diritti della personalità (ed in particolare della riservatezza ed identità personale), sul rilievo che la normativa introdotta non poteva considerarsi, a ben vedere, decisiva a quel punto del dibattito e dell'esperienza giurisprudenziale in ordine alla legittimazione ed al riconoscimento dei più recenti diritti della personalità nel nostro ordinamento³, affermatasi all'esito di una annosa e sofferta vicenda ricostruttiva intorno alla concettualizzazione e collocazione sistematica di quei diritti. La verità è che quando la legge 675/96 esplicitamente riconosce, per la prima volta nel nostro ordinamento, il diritto alla riservatezza ed all'identità personale — come diritti della personalità che si aggiungono al catalogo degli altri diritti già presenti nell'esperienza giuridica italiana — quei “nuovi” profili di tutela dell'individuo sono già ampiamente consolidati e riconosciuti nella giurisprudenza di merito e di legittimità⁴. Non solo: anche l'elaborazione dottrinale aveva maturato un'evoluzione concettuale di quei diritti rispetto alla quale il dato normativo della disciplina introdotta dalla legge 675/96 aggiungeva poco⁵.

cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998.

³ Cfr. P. RESCIGNO, *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 277, secondo cui “Certamente questa è una legge che dà fondamento positivo ai diritti della personalità dei quali ci eravamo occupati a partire da quarant'anni fa, e forse anche prima, in modi che ci vedevano divisi circa il riconoscimento e i limiti di tutela. Quindi questa legge costituisce un fondamento positivo, che è sempre importante per il giurista rinvenire per la tutela di specifiche manifestazioni della personalità”. Ma poi avverte: “Che da questa legge si possa trarre, come alcuni studiosi hanno fatto, indicazioni e risposte circa gli interrogativi che hanno accompagnato la formazione dei diritti della personalità, non saprei dire”; ed

ancora: “Che essa arricchisca la categoria dei diritti della personalità attraverso la creazione di un diritto sui dati è ugualmente un problema che può rimanere aperto, ma che non sembra neppure destinato a sconvolgere la sistematica dei diritti della personalità.”

⁴ Cfr., sul diritto alla riservatezza, Cass. 22 dicembre 1956 n. 4487, in *Giur. it.*, 1957, p. 366; Cass., 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro it.*, 1963, c. 879; Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giust. civ.*, 1975, p. 1686; sul diritto all'identità personale v. Pret. Roma 6.5.1974, in *Giur. it.*, 1974, p. 514; Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, c. 2211.

⁵ In dottrina, tra gli altri, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo, 1959; P. VERCELLONE, *Diritti della personalità* (voce), *Novissimo Dig.*, 1965, p.

Il vero fatto nuovo nella disciplina era altro, era il “dato personale”: “qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale”; ma fatto ancora più nuovo era il suo “trattamento”, ossia “qualsiasi operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l’ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la conservazione, l’elaborazione, la modificazione, la selezione, l’estrazione, il raffronto, l’utilizzo, l’interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati”.

E dunque si assisteva alla definizione di un fenomeno complesso, normativamente costruito ed articolato (anche) nella prospettiva di un’attività d’impresa; un fenomeno (anche) economico che ben si apriva, come tutti i fenomeni costitutivi di un’attività economica, alla prospettiva contrattuale; un fenomeno, in buona sostanza, di circolazione di un bene secondo i tratti tipici di un mercato, peraltro affidato alla regolazione di un’Autorità indipendente, al pari di altri mercati regolati ⁶.

Ma, a fronte della possibilità di costruire e definire il fenomeno “trattamento dati” anche in chiave economica e di mercato, 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

1084; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il diritto alla riservatezza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1958, p. 458 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; A. CATAUDELLA, *Riservatezza - diritto della (voce)*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1989; P. RESCIGNO, *Personalità - diritti della (voce)*, in *Enc. giur.*, 1991; D. MESSINETTI, *Personalità - diritti della (voce)*, in *Enc. dir.*, 1983, 355 ss.; G.B. FERRI, *Persona e formalismo giuridico: saggi di diritto civile*, Rimini, 1985. Per una ricostruzione dei temi e del dibattito sulla categoria dei diritti della personalità, e per ulteriore bibliografia, in aggiunta ai testi citati si vedano anche F.D. BUSNELLI, *Per una rilettura del « diritto delle persone » di cinquant’anni fa*, in AA. VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 91 ss.; G. MARINI, *La giuridifica-*

zione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 359 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, *Il diritto all’identità personale*, Padova, 1981; F. MACIOCE, *Tutela della persona e identità personale*, Padova, 1984; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990; G. ALPA (a cura di), *L’informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983.

⁶ Sul rapporto tra impresa e autonomia contrattuale cfr. F. GALGANO, *Commento sub art. 41 Cost.*, in F. GALGANO, S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982. Il riferimento è ancora a F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 ss., dove il rapporto tra impresa e contratto viene analizzato alla luce degli scenari economici del nuovo millennio.

economica di impresa che è alla base, nella prospettiva di chi “acquista” e compie operazioni economicamente valutabili, del trattamento di quegli stessi dati.

Il tema dell'operazione economica e della sua disciplina in termini di fenomeno negoziale-contrattuale e di definizione e regolazione di un mercato è rimasto assente o sullo sfondo nelle riflessioni della dottrina italiana, che ha continuato ad interrogarsi sul nuovo fenomeno dei dati personali ancora — e solo — in termini di diritti soggettivi assoluti, di tutela risarcitoria extra-contrattuale, di modelli rimediali di protezione della persona sul terreno della responsabilità civile, di danno non patrimoniale, ecc.⁷.

2. LA PATRIMONIALITÀ DEL TRATTAMENTO DEI DATI NELLA NORMATIVA COMUNITARIA E LE RESISTENZE AL PRINCIPIO DI LIBERA CIRCOLAZIONE DEI DATI NELLA NORMATIVA ITALIANA.

Queste essendo le letture e le peculiari difficoltà innanzi alle quali si trovava il giurista alle prese con l'esegesi della nuova

⁷ Ne ricostruiscono il dibattito con riferimento al tema dei diritti della persona, tra gli altri, F.D. BUSNELLI, *Il “trattamento dei dati personali” nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria e C. CASTRONOVO, Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, nei loro interventi svolti in occasione del citato Convegno svoltosi ad Alghero il 19 e 20 settembre 1997 e promosso dall'Università degli Studi di Sassari (sul quale v. V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati*, cit. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583. Un limite, quello riferito, che da ultimo ha sollecitato anche le riflessioni di A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 12 con riferimento, in genere, anche ad una timidezza da parte del legislatore europeo a dettare una compiuta ed organica disciplina dei rapporti patrimoniali inerenti il fenomeno della circolazione dei dati personali. Rileva infatti l'A. che la disciplina relativa alla protezione dei dati personali è stata tendenzialmente modellata sull'esigenza di tutelare il diritto fondamentale dell'individuo al rispetto della propria sfera privata (secondo il richiamo di cui all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea), e dunque in una prospettiva di regolazione principalmente di rapporti di *status* (con una corrispondenza « più nell'area dei diritti assoluti

che in quella dei diritti relativi »), con la conseguenza che le riflessioni relative all'utilizzo per finalità commerciali dei dati personali si trovano oggi « ancora in una fase embrionale, e ciò sia per quanto riguarda i profili più inerenti alla disciplina della protezione dei dati personali, sia per quanto concerne l'impatto delle cennate dinamiche sul diritto dell'obbligazione dei contratti ». È appena il caso di sottolineare, in apertura di questo scritto, che la ricostruzione del rapporto patrimoniale che ben può originarsi nella circolazione dei dati personali offre una prospettiva di indagine che certo non può tralasciare né prescindere il diverso e più tradizionale e diffuso approccio alla materia quale ha trovato espressione nelle analisi svolte in chiave personalistica. Ed anzi, forse è addirittura pleonastico ricordarlo, devono darsi per presupposti i principi che ineriscono al godimento dei diritti fondamentali e all'esercizio delle relative libertà, e che notoriamente sono venuti in risalto nei più recenti indirizzi della Corte di Giustizia relativamente all'interpretazione e all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. A questo riguardo, le decisioni rese dai giudici di Lussemburgo nei casi *Google Spain*, *Schrems* e *Digital Rights Ireland* hanno scandito altrettanti capitoli del processo di “costituzionalizzazione” europea della protezione dei dati personali, percorrendo in parte sostanziale la normazione del Regolamento 679/2016: cfr. G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto all'oblio su Internet*

normativa in materia di trattamento dei dati personali, va ricordato che non era mancata, già in quegli anni, la riflessione sul fenomeno della commercializzazione dei dati personali, con la conseguente questione che la tutela degli stessi potesse (non solo) riguardare la protezione dell'integrità dell'interessato ma (anche) le condizioni di vendita delle informazioni come l'allocazione dei guadagni.

In questa diversa o, meglio, ulteriore lettura del fenomeno “il limite posto al trattamento ha una *ratio* differente, cioè quella di regolamentare una nuova merce in una società centrata sulle informazioni”, spostandosi, l'accento, “dalla protezione di un'integrità non in vendita alla disciplina di una proprietà suscettibile di essere ceduta”⁸. Né si mancava di ammonire il legislatore sul rilievo che “la mercificazione dunque illustra come la tutela dei dati abbia raggiunto un punto che impone una scelta precisa”, ossia “si scelga di mantenere l'originaria impostazione delle normative nazionali e degli accordi internazionali, come la Convenzione del Consiglio d'Europa e la Direttiva comunitaria, o si scelga di sostituirla con un tipo di protezione che sancisca apertamente la mercificazione dei dati e voglia solo regolare la circolazione di tale bene”⁹.

Si vedrà, più oltre, che già nella Direttiva 46/95 CEE si presentava un quadro normativo che offriva tutela forte all'integrità morale dell'individuo — secondo l'idea che i nuovi fenomeni tecnologici non devono certo attenuare la protezione dei diritti fondamentali ma semmai spingono alla creazione di nuovi ed idonei strumenti di tutela — ma una protezione tanto più forte quanto consapevole del fatto che quelle rivoluzioni tecnologiche

dopo la sentenza *Google-Spain*, Roma TrE-pres, 2015; P. PIRODDI, *I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, in questa *Rivista*, 2015, p. 827 ss.; S. CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di Giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 2015, p. 819 ss. Peraltro, le medesime decisioni, nella misura in cui riguardano i livelli di adeguatezza delle tutele consistenti nel contesto sovranazionale e globale, hanno rilievo anche in relazione alle ricadute che possono determinare sul piano specifico dell'“economia” dei dati e della circolazione di questi nel quadro degli scambi internazionali. Anche nella prospettiva qui adottata non sono dunque trascurabili (benché non siano comprese nel perimetro dell'analisi) le differenze culturali e giuridiche tra ordinamenti — segnatamente tra il sistema giuridico europolitano e quello statunitense —, che si

riflettono nelle diverse concezioni della *privacy*, a loro volta certamente non influenti nelle dinamiche di tipo politico e commerciale: cfr. G. RESTA-V. ZENO ZENCovich, *La protezione transnazionale dei dati personali: dal “safe harbour principle” al “privacy shield”*, in Roma TrE-pres, 2016; F. BIGNAMI, *The Case for Tolerant Constitutional Patriotism: The Right to Privacy before the European Courts*, in *Cornell International Law Journal*, 2008; P.M. SCHWARTZ-K.N. PEIFER, *Transatlantic data privacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2017. Un'indagine condotta nell'ottica “patrimonialistica” della protezione e circolazione dei dati potrà dunque rivelarsi utile quale contributo ad un inquadramento realistico delle regole di tutela e della loro effettività.

⁸ È la riflessione di S. SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1997, p. 575.

⁹ S. SIMITIS, *op. cit.*, *op. loco cit.*

producevano, quasi come effetto naturale, nuove ricchezze ed utilità economiche, con la necessità di disciplinare, in buona sostanza, la formazione e lo sviluppo di un mercato con le conseguenti tutele proprie di ogni processo di patrimonializzazione, ed in questo caso di “beni” attinenti alla persona.

Invero, come si dirà più oltre, la normativa italiana di recepimento (l. 675/1996) disattenderà quella prospettiva, rimanendo, in buona sostanza, ancorata ad una (sola) lettura assolutistica della persona, priva di riferimenti — contenuti invece nella Direttiva 46/95 CEE — ad un fenomeno patrimoniale, di relatività delle situazioni giuridiche coinvolte, di rapporti giuridici riconducibili al diritto delle obbligazioni, e dunque di mercato nella sua accezione propria.

È una scelta di campo, dunque consapevolmente decisa ad escludere quella prospettiva ovvero a ritardarla? Ed in che misura dettata dalla elaborazione della dottrina e della giurisprudenza italiane riluttanti a prendere atto dei nuovi “beni” economici attinenti alla persona e dunque alla loro valenza (anche) patrimonialistica, oggetto di attività negoziale?

Si badi. Ci si trovava dinanzi ad un fenomeno diffuso nella realtà economica e sociale dei Paesi più avanzati nell’era dell’informatica e delle nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione che, per la prima volta, in maniera organica, trovava nella disciplina europea una sua prima sistemazione affidando poi ai legislatori nazionali una applicazione più specifica ed analitica di quei principi. E non si trattava “semplicemente” di contemperare la tutela della persona con le esigenze del mercato.

Da questo punto di vista, certamente la normativa italiana di recepimento della Direttiva 46/95 CEE si produceva in uno sforzo celebrativo e protettivo assai generoso, mai visto prima in qualsiasi normativa riguardante i diritti della personalità (art. 1. L. 675/96: “la presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all’identità personale...”). Il “piccolo” particolare, come si vedrà più oltre, è che nel quadro normativo europeo, ancorché non sempre in forme dirette ed esplicite, era la persona stessa ad assurgere a parte attiva di quel mercato, soggetto contraente nell’operazione del trattamento dati, titolare — a quel punto ed a quegli effetti — di diritti relativi, come sono tutti quei diritti che attengono al tema delle obbligazioni e del contratto. Sicché, come si dirà meglio più oltre, nel fenomeno si prospettavano, anche sulla base della disciplina comunitaria, due diverse situazioni soggettive, in termini di assolutezza e relatività, sul presupposto che i dati fossero trattati senza che il soggetto interessato partecipasse a quella operazione economica — e qui il richiamo è al principio del consenso al

trattamento —, ovvero consapevolmente parte di una vicenda negoziale, con le conseguenti, rispettive tutele.

Viceversa, nella legge italiana di recepimento (l. n. 675/96), la ricostruzione patrimonialistica non trovava spazio, se non nelle pieghe più nascoste della disciplina e mai esplicitamente¹⁰; e lo stesso tema del consenso sfuggiva ad una qualificazione di elemento di una fattispecie negoziale per rimanere confinato nell'ambito delle esimenti per escludere l'illiceità del trattamento, ovvero di natura meramente autorizzatoria.

Si è colta una certa ritrosia a prendere atto che sull'attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero, per la natura così speciale del bene, due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità; e la tutela di quest'ultimo disegna l'ambito ed i limiti delle negoziazioni, proprio considerando l'istituto della revoca del consenso che per la sua eccezionalità trova la sola giustificazione nella natura del bene trattato. E l'impresa che svolge attività economica acquisendo e disponendo dei dati personali del soggetto-contraente a cui quei dati si riferiscono dovrà anche valutare i rischi ed i costi dell'operazione economica svolta in quel particolare mercato¹¹.

E tanto più stupisce la ritrosia della dottrina italiana ad indagare il fenomeno del trattamento dei dati personali nella prospettiva (anche) di una vicenda contrattuale, se solo si vogliono ricordare le riflessioni di Stefano Rodotà, proprio in occasione dell'entrata in vigore della legge italiana di recepimento (l. 675/96), il quale scriveva: "Io credo che noi dobbiamo lavorare molto nella dimensione negoziale, non ho nessun dubbio. Negoziale vuol dire per esempio: il consenso può essere oneroso, può essere condizionato, può essere a termine? Io come risposta generale direi di sì, e perché no? Posso negoziare, e badate alcune forme improprie di negoziazione già ci sono. Quando si dice che se tu riempi questo questionario riceverai un campione del prodotto, non è un prodotto in omaggio, perché io cedo qualcosa che per il soggetto che mi darà il prodotto ha un valore aggiunto molto maggiore di ciò che mi viene dato, quindi ci sono già delle transazioni economiche su questa base, di difficile definizione, ma

¹⁰ Un indizio particolarmente significativo di ciò è comunque la previsione di cui all'art. 16, co. 2 lett. b della l. n. 675/1996 secondo il quale in caso di cessazione del trattamento da parte del titolare i dati possono essere da quest'ultimo "ceduti ad altro titolare". Da ciò, coerentemente, l'instaurarsi di un rapporto, di cui non può essere messa in dubbio la natura squisitamente e

propriamente contrattuale tra il vecchio titolare e il nuovo titolare. A conferma che il dato personale circola e lo fa tramite contratti.

¹¹ Sul costo dell'impresa banca-dati, v. A. MANTELERO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione dell'impresa*, Milano, 2007.

certamente ci sono. Il problema capitale è quello dell'asservimento definitivo e naturalmente la legge offre molti spunti per dire che questo asservimento definitivo non è accettato. Il controllo non viene perduto, i motivi legittimi per i quali si può impedire la comunicazione di dati pur legittimamente raccolti, pertinenti o assentiti in tutto o in parte, dimostrano quindi che c'è una scelta dell'interessato che definisce l'area della protezione"¹².

A ben vedere con la Direttiva 46/95/CEE, l'Unione europea si era mossa nel solco delle iniziative comunitarie volte a garantire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno e la realizzazione dei principi di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nella consapevolezza, espressa nel Considerando n. 3 della Direttiva citata, che una tale finalità potesse essere perseguita garantendo, contemporaneamente, la libera circolazione dei dati personali da uno Stato membro all'altro e la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona¹³. Si trattava, dunque, di un intervento che si muoveva oltre la sola sfera della tutela della persona e che si inquadrava perfettamente tra gli obiettivi istituzionali dell'Unione europea: la creazione e la garanzia dell'esistenza di un mercato unico di merci, persone, servizi e capitali.

Ma una tale prospettiva che, nella lettura della Direttiva 46/95/CEE, creava le condizioni per la circolazione del bene "dato personale" al pari di altri beni e servizi nel contesto economico e sociale europeo realizzando un fenomeno di circolazione della ricchezza, è rimasta sostanzialmente fuori dalle ricostruzioni offerte dal dibattito italiano sulla tematica in analisi, per essere, quest'ultima attratta, interpretata, studiata quale declinazione della vicenda dei diritti della personalità. È rimasta sullo sfondo la questione della regolazione dell'attività economica di circolazione dei dati, intesa come disciplina del flusso di informazioni degli individui, alla base dell'economia e della realtà sociale contemporanee.

¹² Così, S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENGOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 308.

¹³ V. Considerando n. 3, Direttiva 46/95/CEE: « Considerando che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nel quale, conformemente all'articolo 7 A del trattato, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona ». Si vedano anche i Considerando n. 5, secondo cui « l'integra-

zione economica e sociale derivante dall'instaurazione e funzionamento del mercato interno [...] comporterà necessariamente un sensibile aumento dei flussi transfrontalieri tra tutti i soggetti della vita economica e sociale degli Stati membri » e che « lo scambio di dati personali tra imprese [...] è destinato ad aumentare »; n. 7 « il divario dei livelli di tutela dei diritti e delle libertà personali, in particolare della vita privata, può impedire la trasmissione [...] » e « può costituire un ostacolo all'esercizio di una serie di attività economiche »; n. 8, il quale rende esplicito l'« obiettivo fondamentale per il mercato interno » di « eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali ».

La sovrapposizione comunemente usata dei termini con cui ci si riferisce ai fenomeni in analisi è un sintomo significativo di questa consolidata tendenza. I termini *privacy* e “protezione dei dati personali” sono ancora oggi utilizzati in modo fungibile. Eppure, nonostante le indubbie ed importanti intersezioni, le due espressioni non coincidono. La portata del fenomeno del trattamento dei dati va oltre l’idea di *privacy*, anche nei suoi profili più evolutivi, perché i problemi e le esigenze di regolazione del trattamento dei dati coinvolgono anche profili diversi da quello della riservatezza o *privacy*¹⁴. Queste ultime, d’altra parte, sono relative a profili della persona che sono in grado di rilevare come meritevoli di tutela anche in momenti o contesti in cui non vi è trattamento dei dati personali¹⁵. Eppure la disciplina in materia di tutela dei dati personali ha risentito di una lettura che l’ha fortemente ancorata alla materia della tutela della persona e della riservatezza, polarizzando la comprensione dell’intervento normativo di matrice

¹⁴ È sostanzialmente condivisa l’idea che l’originario *right to be let alone* ha visto ampliato — lungo un articolato percorso culturale (e non solo della cultura giuridica) conseguente all’affermarsi della società dell’informazione e della sua pervasività, anche in ragione degli strumenti dell’informatica e della telematica — il proprio contenuto e la propria nozione. Sicché dal “diritto ad essere lasciati soli” si è giunti alla formulazione della *privacy* come “diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni” e da qui come “diritto all’autodeterminazione informativa” sul rilievo che il dilatarsi degli orizzonti definitivi e lo stesso impianto normativo di cui è espressione la Direttiva europea 95/46 CE e poi la nostra stessa legge di recepimento (l. 675/96) “non sono l’effetto di una forzatura del legislatore ma di una sintonia con una evoluzione culturale sempre più marcata, che ha modificato profondamente sia la percezione sociale della *privacy* sia la sua considerazione giuridica. L’originaria nozione, infatti, è venuta mutando finalità e struttura, accentuando il momento della libera scelta individuale, dilatando le frontiere della *privacy* fino a comprendere in essa l’insieme delle regole sulla circolazione delle informazioni personali, rafforzando la rilevanza costituzionale di tale diritto”: così S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1997, p. 588-589, ma già Id., *Privacy e costruzione della sfera privata*, in *Pol.dir.*, 1991. Uno scenario, quello rappresentato da S.Rodotà, già prospettato nella dottrina straniera con riferimento alla tutela della *privacy* contro ogni forma di controllo pubblico (fra gli altri,

L.M. FRIEDMANN, *The Republic of Choice, Law, Authority and Culture*, Cambridge-Mass., 1990) e privato (F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, 1990, p. 167.)

¹⁵ In questo senso cfr. anche P. HUSTINX, *EU Data Protection Law - Current State and Future Perspectives*, 9 January 2013, in https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-01-09_speech_tallinn_en.pdf « “data protection” is broader than “privacy protection” because it also concerns other fundamental rights and freedoms, and all kinds of data regardless of their relationship with privacy, and at the same time more limited because it merely concerns the processing of personal information, with other aspects of privacy protection being disregarded ». In diversa prospettiva, ma nel sostanziale medesimo obiettivo di offrire una distinzione concettuale tra il tema della riservatezza e quello del trattamento dei dati personali, l’approccio è quello di distinguere un più recente concetto di *privacy*, rappresentativo del diritto alla protezione dei dati personali, da un più tradizionale diritto alla riservatezza: v., ad es., 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*, p. 1 ss.; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006. V., invece, S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di) *Trattamento dei dati tutela della persona*, op. cit., p. 293 il quale ha dubitato della possibilità di contrapporre le leggi sul

europea, quanto alle situazioni giuridiche soggettive, nell'alveo della disciplina dei diritti fondamentali della persona; quanto alla disciplina dell'attività, dando primario rilievo a quella di controllo dell'interessato sulla propria sfera personale, secondo quello che è stato definito come il « protagonismo dell'interessato » nel fenomeno del trattamento dei dati personali ¹⁶. I profili di negoziabilità implicati nella vicenda del trattamento dei dati, quando non addirittura negati, sono stati ampiamente ridimensionati o scarsamente considerati.

In questa prospettiva, il parlare di un mercato dei dati personali sarebbe apparso non solo eccentrico, ma addirittura pericoloso in un contesto ermeneutico e culturale teso a valorizzare gli aspetti di natura assoluta, propria dei diritti fondamentali della persona, su quelli di natura relativa. Al pari degli altri attributi della persona (si pensi ai diritti sul corpo, art. 5 c.c.), non veniva concepita nessuna possibilità di vendita o redditività del dato personale ¹⁷. Già il dibattito relativo al consenso al trattamento dei dati personali, alla sua natura e requisiti della sua validità, come si vedrà, è testimonianza di una tale impostazione ¹⁸.

D'altra parte, una volta ricondotto il fenomeno della regolamentazione del trattamento dei dati personali a quello della disciplina dei diritti della persona, ad esso coerentemente seguiva l'applicazione dei caratteri propri di questi ultimi (assolutezza, indisponi-

trattamento dei dati alle leggi di « tutela della riservatezza o *privacy* come diritto fondamentale ».

¹⁶ S. RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 295.

¹⁷ Sul dibattito relativo all'indisponibilità dei diritti della personalità v. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, p. 91, Milano, 1982. E tuttavia, il dibattito sulla negoziabilità dei diritti della personalità ha ricevuto una intensa ed analitica trattazione negli anni successivi, cogliendosi esattamente le ragioni di una certa riluttanza concettuale a considerare il fenomeno anche nella prospettiva qui considerata. Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in questa *Rivista*, 1993, p. 545 ss., il quale sottolinea come il tema dell'utilizzazione economica degli attributi della personalità sia stato, se non ignorato, sicuramente « relegato in un secondo e modesto piano non ritenuto, finora, meritevole di autonoma trattazione ». Da qui, secondo l'Autore citato « una spiegazione almeno parziale della generale reticenza: la problematica della rilevanza giuridica degli attributi della personalità è stata fortemente influenzata, fin dal suo sorgere, da considerazioni etico-morali, evidenziandosi da un lato la « sacralità » della persona, dall'altro la sua non monetizzabilità. Ne sono

eloquente conferma il travaglio di dottrina e giurisprudenza in ordine al risarcimento del danno non patrimoniale; e, specularmente, la refrattarietà, solo di recente sovvertita, ad attribuire valore economico alle lesioni della personalità. In questo contesto non stupisce che si siano ritenute le categorie del negozio giuridico e dei diritti della personalità se non antitetiche almeno scarsamente comunicanti fra loro. ». Il tema della negoziabilità riferita ai dati personali non è mancato nella riflessione della dottrina a commento della Legge 31 dicembre 1996, n. 675: v. F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e Resp.*, 1998, p. 613 ss., secondo cui « Occorre peraltro precisare che il profilo della circolazione dei dati personali non si sovrappone ma interferisce in misura limitata con quello della negoziabilità dei diritti della personalità. Su questo versante i contributi più recenti hanno evidenziato l'opportunità di superare la posizione che descriveva gli attributi dei diritti della personalità in termini di indisponibilità, intrasmissibilità, irrinunciabilità e imprescrittibilità. »

¹⁸ Cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 621 ss.

bilità, intrasmissibilità, imprescrittibilità); con la conseguenza che, propriamente, diventava difficile assegnare un'effettiva portata giuridica al principio di circolazione del dato personale espresso dalla Direttiva¹⁹, risultando incoerente con l'impostazione assunta la riconduzione del fenomeno ad atti dispositivi o traslativi di un diritto²⁰.

Appare significativo di una tale lettura che tra le finalità della l. n. 675 del 1996 che recepiva la Direttiva comunitaria non compariva la garanzia di libera circolazione dei dati personali²¹; e questo nonostante l'art. 1, par. 2, della Direttiva prevedesse nell'« oggetto della Direttiva » proprio la libera circolazione dei dati personali e la sua non limitabilità da parte dei diritti nazionali per motivi connessi alla tutela della persona.

Anche il Codice del trattamento dei dati personali (D.lgs. n. 196/2003), pur prevedendo la libera circolazione dei dati personali e la sua non limitabilità in ragione dell'applicazione delle disposizioni del medesimo Codice, collocava tuttavia la garanzia della libera circolazione dei dati fuori della disposizione che enunciava le finalità della disciplina nazionale in materia di trattamento dati (cfr. art. 42 e art. 2 d. lgs. n. 196/2003).

E a ben vedere, tuttavia, insieme ai diritti assoluti della personalità la legge 675/96 (art. 1) e poi il Codice del trattamento dei dati personali facevano — sia pure indirettamente — riferimento in taluni passaggi della trama normativa ad istituti propri dei diritti relativi e ai rapporti obbligatori interessati dal fenomeno. È il caso, ad esempio, dell'art. 2 del Codice²², dove al comma 2 (prima della sua ultima modifica ad opera del D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101), secondo una terminologia propria del diritto delle obbligazioni, si parlava di “adempimenti degli obblighi da parte dei titolari del trattamento”. Così come evidente il significato dell'art. 11 che tramite la formula per cui “i dati personali vanno trattati secondo correttezza”, evocava la terminologia dell'art.

¹⁹ Cfr. art. 1 par. 2 Dir. 46/95/CE rubricato « Oggetto della direttiva », che stabilisce che « gli Stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela garantita a norma del paragrafo 1 », e dunque, « la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali ».

²⁰ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, p. 350 ss.; S. PATTI, *Comm. sub. art. 23*, in C.M. BIANCA e D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003*, n. 196, I, Padova, 2007, p. 553.

²¹ V. art. 1, co. 1, l. n. 675 del 1996: « La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione ».

²² I riferimenti al Codice in materia di protezione dei dati personali sono da riferirsi alla versione precedente gli interventi di adeguamento dello stesso alla normativa regolamentare europea ad opera del D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che, posto un ampio rinvio alla disciplina del Regolamento n. 679 del 2016, ha provveduto ad abrogare significative parti del Codice.

1175 c.c. (rubricato “Carattere patrimoniale della prestazione”) secondo il quale “il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”. Insomma, la normativa italiana, pur timida e parsimoniosa quanto a riferimenti ed enunciazioni di natura e contenuto negoziale, tradiva una qualche sensibilità verso l’uso di categorie proprie del diritto delle obbligazioni.

Da altra prospettiva, indice di una qualche arrendevolezza del legislatore italiano verso l’idea che non tutti i diritti dell’interessato nell’attività di trattamento debbano costruirsi sempre come diritti assoluti appariva la circostanza che il “principio di finalità” prevaleva sul diritto dell’interessato alla “cancellazione” dei suoi dati. Nella stessa posizione espressa sul tema dall’Autorità garante (il diritto a chiedere la cancellazione dei dati può essere esercitato solo quando il trattamento risulta effettuato in violazione di legge) si coglieva l’idea che una tale limitazione del diritto determinasse la natura non assoluta dello stesso; giungendosi a sostenere che un diritto alla cancellazione derivasse non solo dalla violazione di legge ma anche dalla violazione di obblighi contrattuali da parte del titolare del trattamento.

Né erano assenti, già nella prima normativa comunitaria, indici del fatto che, a ben vedere, oggetto della disciplina comunitaria sia stata sin dagli inizi un’attività (il più delle volte di natura economica) per la quale il legislatore si era preoccupato di dettare principi di bilanciamento con i diritti fondamentali della persona eventualmente coinvolti; un’attività idonea a tradursi, dunque, dal punto di vista civilistico, nella stipula di contratti funzionali alla realizzazione degli effetti di circolazione del dato. Oltre al chiaro e già citato richiamo di cui all’art. 1 della Direttiva al tema della circolazione del dato personale, non va trascurato che la normativa comunitaria in materia di trattamento dei dati personali è stata concepita avuto riguardo alle « attività di uno stabilimento » del responsabile del trattamento (art. 4 dir. n. 46/95/CE). Il collegamento è dunque posto con riferimento al concetto che, nel diritto comunitario, esprime la sede di un soggetto che in regime di libero mercato svolge — in uno Stato membro diverso dal proprio — un’attività non salariata e, segnatamente, di impresa: quello di stabilimento (artt. 49 ss. TFUE, *ex* artt. 43 ss. TCE)²³.

Vi era dunque la possibilità e finanche l’esigenza, diventata ormai ineludibile, come si dirà, di ragionare in termini di esistenza di un mercato dei dati personali, nonché di affrontare

²³ Cfr. art. 49 par. 2 TFUE: « La libertà di stabilimento importa l’accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in

particolare di società [...] ». V. ora la definizione di stabilimento principale all’art. 4 n. 16 RGDP e di stabilimento transfrontaliero all’art. 4 n. 23 RGDP.

tematiche tutt'altro che marginali del fenomeno, quali quelle legate al contratto avente ad oggetto il dato personale e alle tecniche della regolazione del mercato di quei dati.

In tale prospettiva, non può sfuggire l'espresso richiamo che il nuovo Regolamento fa, nell'enunciare i fondamenti di liceità del trattamento, proprio alla fattispecie contrattuale²⁴. Tale base normativa ci consente infatti di ammettere un trattamento dei dati personali che si legittimi non soltanto alla luce di un contratto stipulato a monte ed avente ad oggetto una prestazione diversa rispetto al trattamento (ad es. contratto di lavoro), ma anche in virtù di un accordo che si sostanzia proprio nel trattamento dei dati dell'individuo ed in esso abbia il suo oggetto.

Occorre, dunque, prendere atto che l'idea di *privacy* che discende dal modello comunitario è un *quid novi*, che il dibattito relativo all'indisponibilità dei diritti della personalità appare superato ed obsoleto innanzi ad un nuovo diritto le cui sfaccettature non possono cogliersi solamente con le lenti della dottrina italiana ma facendo necessariamente i conti con il processo di integrazione europea che, non certo insensibile alle istanze personaliste, si sviluppa e nasce attorno al fenomeno economico.

3. LA QUESTIONE DEL CONSENSO.

Anche sulla questione del consenso, sin dalle prime riflessioni intorno alla sua disciplina nella normativa del 1995, si affermava l'idea che esso non configurasse un elemento di una fattispecie negoziale quanto, piuttosto, quella di una esimente della illiceità del trattamento che il titolare dello stesso aveva il dovere o la necessità di ottenere dall'interessato al fine di evitare i meccanismi sanzionatori, anche di natura penale, previsti dalla legge. Una posizione, del resto, coerente con la ricostruzione del fenomeno "dati personali" in termini (solo) di diritti assoluti e non (anche) di diritti relativi, secondo una lettura di quel fenomeno nella prospettiva del diritto delle obbligazioni, del contratto, del mercato, appunto.

Ed in quella prospettiva, la tutela dell'interessato è rimasta tutta collocata nell'ambito della tutela dei diritti della personalità — e dunque della responsabilità extracontrattuale, ancorché rafforzata — e non della persona (l'interessato, secondo la definizione della normativa dei dati personali) *anche* come contraente che dispone dei suoi dati ricavandone utilità economiche *anche* in termini di corrispettivo e che dunque può partecipare ad un'operazione economica, prestando, appunto, il proprio consenso rea-

²⁴ Art. 6, c. 1, lett. b) RGDP: « il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o

all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso ».

lizzando (concorrendo a realizzare) una operazione negoziale; e che vede la sua tutela in ambito contrattuale, secondo gli istituti propri di quest'ultimo. Se cedo i miei dati ad una banca dati pattuendo un corrispettivo ed il soggetto cessionario utilizza, anche correttamente i dati, ma non provvede al pagamento, procederò giudizialmente — ed evidentemente — per inadempimento di quell'obbligo e per il risarcimento del danno patrimoniale eventualmente subito: perché dovrei invocare la tutela della mia personalità morale per il mancato adempimento ed agire per responsabilità extracontrattuale, a fronte di una pura patologia contrattuale (l'inadempimento) che avrebbe poco o nulla a che fare, in una tale fattispecie, con i diritti della personalità?

Vicenda evidentemente diversa da quella nella quale il trattamento dei miei dati (a partire dalla loro raccolta) venga effettuato dal titolare senza il mio consenso, e dunque configurandosi un illecito aquiliano con l'eventuale richiesta, in particolare, del risarcimento del danno non patrimoniale; oltre ad esporre, in questo caso, il titolare alle sanzioni previste dalla normativa.

La disciplina del fenomeno del trattamento dei dati nella prospettiva del diritto civile è — e sarà e non potrà che essere — sempre caratterizzata da una ineliminabile intersezione dei piani e delle logiche dei diritti assoluti con le situazioni giuridiche dei rapporti obbligatori ²⁵.

E di questa intersezione è espressione, per l'appunto, il consenso, con la sua valenza definitoria degli ambiti di manifestazione del fenomeno.

Il trattamento illecito dei dati personali, ossia posto in essere senza il consenso dell'interessato, è un illecito extracontrattuale lesivo dei diritti (assoluti) della personalità.

Viceversa, nel caso di libera manifestazione del consenso occorre domandarsi se esso assurga sempre a fattispecie negoziale, ovvero se, pur in presenza del consenso nel trattamento, non necessariamente ci si trovi nell'ambito del diritto delle obbligazioni. Né, d'altra parte — e preliminarmente — deve mai dimenticarsi — in ogni riflessione sulla natura del consenso — che se il trattamento può legittimamente avvenire solo con la previa, consapevole e libera manifestazione di volontà dell'interessato allora bisogna concludere che alla base del fenomeno dev'esservi sempre una scelta dell'individuo di rendere partecipi i terzi, secondo ben determinate condizioni, delle informazioni che lo riguardano: in definitiva, è assurdo a principio generale di ogni disciplina succedutasi nel tempo e, a questo punto, dello stesso ordinamento, il diritto a scegliere se e cosa mettere a disposizione dei terzi in

²⁵ V. RICCIUTO, *L'economia della privacy. Circolazione dei dati personali e mercato*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto*

dell'economia, Torino, 2013, p. 311 ss. sul consenso nella Direttiva e nella L. 675/96.

ordine alle informazioni della propria sfera personale e della propria identità personale.

Ed allora, visto nell'ottica della tutela assoluta della persona, quel consenso è sovente interpretato come un mero strumento di "autodeterminazione", di espressione della personalità umana: esso non è valutabile in termini patrimoniali. Sicché gli effetti del suo svolgersi non sono qualificabili in termini di arricchimento/depauperamento della ricchezza dei due soggetti del fenomeno del trattamento (il soggetto a cui i dati si riferiscono, ossia l'interessato; il soggetto che tratta i dati, ossia il titolare), e non sono in grado di determinare, quindi, la nascita di pretese di ordine patrimoniale da parte di chi cede i dati nei confronti di chi li riceve.

Il consenso, dunque, in queste ipotesi, non sta alla base di un fenomeno di negoziabilità dei dati, ma configura un'autorizzazione della persona all'adozione di comportamenti che coinvolgono la propria sfera personale ²⁶.

Di contro, nella lettura del consenso quale elemento negoziale è evidente che ci si trova nella tematica del diritto delle obbligazioni e del contratto. Un rapporto contrattuale con i suoi effetti e le sue tutele, che realizza un fenomeno di circolazione della ricchezza, secondo i tratti propri di ogni mercato (regolato). E tuttavia si ha una vicenda contrattuale che presenta *anche* profili riconducibili ad una tutela — di natura assoluta — della persona, oltre la sua condizione di parte contrattuale. Anche in questa vicenda, l'interessato conserva una serie di diritti inquadrabili in un generale potere di controllo ed espressioni del "diritto alla protezione dei dati personali", riconducibile ad una più generale tutela della personalità. Ma il consenso — la sua manifestazione — anche in questo caso non cessa di essere elemento essenziale del contratto di trattamento dei dati allorché l'interessato dispone dei suoi dati in termini di arricchimento e spostamento patrimoniale, secondo le qualificazioni degli schemi negoziali che realizzano un fenomeno di circolazione della ricchezza.

Certamente ha contribuito alle difficoltà delle ricostruzioni del fenomeno (anche) in chiave negoziale, la previsione della revoca di quel consenso, diritto riconosciuto e tutelato all'interessato e che mal si sarebbe conciliato con l'ipotesi del contratto con cui l'interessato "cede" (con effetto propriamente traslativo della

²⁶ Si pensi, ad esempio, al consenso prestato al trattamento dei propri dati personali al fine di poter accedere alle cure mediche. In tal caso le informazioni (non solo quelle più strettamente e direttamente attinenti alla salute, quali la presenza di patologie, gruppo sanguigno, stile di vita ecc., ma altresì quelle più generiche, quali

età, *status* genitoriale, tipologia di lavoro, preferenze alimentari ecc.) sono trattate non per ricavare un'utilità economica, ma per consentire di riconoscere la presenza di eventuali patologie e disporre le più adeguate cure. Lo stesso può dirsi con riferimento al trattamento dei dati funzionali all'esercizio dell'attività difensiva dell'avvocato.

titolarità di un diritto esclusivo di stampo proprietario sul bene) i suoi dati al titolare del trattamento²⁷. Ma la previsione legislativa della revoca non escludeva né può escludere la configurazione di un rapporto obbligatorio, la negoziabilità dei dati dell'interessato, ove solo si consideri che la specialità del bene oggetto dell'operazione economica — la persona nella società dell'informazione e delle nuove tecnologie della comunicazione — è destinataria di una tutela rafforzata proprio in ragione della natura di quel bene e delle tecniche della sua circolazione sul mercato, rispetto alle quali le stesse categorie concettuali e normative tradizionali non sono in grado di offrire riferimento sicuro e sistematico. E d'altra parte, una tale consapevolezza si coglie nella disciplina successiva del D.L.vo 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice del trattamento dei dati personali), dove la previsione — tanto ampia quanto significativa dell'intero fenomeno — di un “Diritto alla protezione dei dati personali” (art. 1: “chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano”) finisce per (si presta a) comprendere ogni situazione soggettiva, assoluta o relativa, che riguardi la persona in quel fenomeno. E spiega che ogni categoria tradizionale in ordine alla circolazione dei beni — e dunque le forme e gli strumenti tradizionali di tutela — è superata — e solo in questo così speciale mercato — dalla solennità — diremmo sacralità — di quella previsione, sul cui altare possono essere sacrificate anche situazioni soggettive di terzi (il titolare del trattamento, “acquirente” del dato personale dell'interessato, o di altri soggetti, cessionari dei dati trasferiti dal primo titolare, ecc.) quanto al venir meno di un rapporto negoziale per effetto della revoca del consenso da parte dell'interessato.

In sostanza, il “Diritto alla protezione dei dati personali” nella previsione del D.L.vo n. 196/2003 è stato costruito come principio generale ed immanente della disciplina del trattamento, che si impone in ogni ambito del fenomeno — e dunque anche nelle vicende negoziali aventi ad oggetto quel bene — ed arriva a ricomprendere anche istituti (quello della revoca del consenso, appunto) normalmente estranei ai tipi contrattuali di disposizione dei beni disciplinati nel nostro sistema del diritto civile.

E d'altra parte le ricostruzioni svolte nel fenomeno considerato secondo le categorie tradizionali del diritto civile (diritti assoluti, relativi, ecc.) si offrono alla condivisibile osservazione che il regime di circolazione del “bene” dato personale è governato da

²⁷ Sulla revoca del consenso v. G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il principio del*

consenso e il problema della revoca, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 1996, p. 994 ss.

logiche diverse rispetto a quelle tipiche della trasmissione dei diritti sui beni: il regime di circolazione del dato personale “è connotato dalla persistenza di un incisivo potere di controllo sulle modalità di utilizzazione della risorsa ben oltre il primo atto di disposizione del diritto”²⁸.

4. (SEGUE) IL CONSENSO “FORZATO” PER ACCEDERE A BENI E SERVIZI. UNA NUOVA QUESTIONE DI ASIMMETRIA CONTRATTUALE?

Questione riconducibile anch’essa al tema del consenso è quella dei casi nei quali la persona si trova di fatto “costretta” a cedere i suoi dati per il ricorrere di situazioni di forte disparità di potere sostanziale con il titolare del trattamento. È una vicenda legata e prodotta dalla sempre più crescente pervasività delle tecnologie dell’era informatica ed alla possibilità per la persona di ottenere beni e servizi in cambio della cessione dei dati al titolare del trattamento. Così la persona che intende accedere ad un servizio o acquisire un bene tramite transazioni commerciali in qualche modo indefettibilmente collegate dalla controparte contrattuale ad un’attività di trattamento dei dati non presta, il più delle volte, un consenso al trattamento dei propri dati altrettanto pieno e libero come nelle vicende contrattuali — sempre meno frequenti, per la verità — nelle quali quel “collegamento” tra attività di trattamento e attività economica “principale” non ricorre o non è altrettanto evidente.

Nelle transazioni commerciali in cui la prestazione del consenso è necessaria per poter accedere al servizio o all’acquisto di un bene, si assiste spesso alla compressione di quella libertà negoziale, ovvero ad una sua attenuazione senza che, peraltro, tale limitazione sia compensata — almeno nell’esperienza italiana — da un qualche vantaggio patrimoniale a favore del contraente “debole” di un tale rapporto contrattuale. A fronte di un consenso “forzato”, per l’acquisto di beni e servizi, al trattamento dei propri dati personali, il soggetto interessato non riceve alcuna controprestazione né alcun riconoscimento di ulteriori diritti — quelli che gli spetterebbero per la cessione dei dati — rispetto a quelli che già gli spettano quale contraente per l’acquisto di quei beni e servizi. Gli unici diritti che potrà reclamare in conseguenza dell’avvenuta cessione dei propri dati saranno quelli che gli sono garantiti dalla normativa sul trattamento dei dati, una protezione *ex lege* e non anche *ex contracto*, ove si ritenga che il consenso nella disciplina del fenomeno non configuri mai un’ipotesi negoziale.

²⁸ L’osservazione è di G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 339.

Sicché, la parte venditrice dei beni e servizi, ma che è anche il titolare del trattamento dei dati forniti dall'acquirente in occasione — diremmo, in conseguenza — del loro acquisto, non compensa in alcun modo l'avvenuto (gratuito) guadagno — oltre quello derivante dalla merce o servizio — di una particolare (ma perfettamente quantificabile) ricchezza, quella appunto, prodotta dai dati personali del contraente a cui quei dati si riferiscono.

Occorre qui dire che le soluzioni attivabili per queste situazioni riflettono la posizione espressa sul consenso secondo le diverse opzioni interpretative.

Ora è evidente che ove la sua manifestazione sia intesa come mero atto giuridico, di carattere autorizzatorio — sicché è solo la legge a stabilire i caratteri e gli effetti che rendono lecita un'operazione che abbia ad oggetto i dati personali — una vicenda di coartazione del consenso può e deve trovare soluzione nella (sola) normativa disciplinante il trattamento dei dati, poiché in questi casi il consenso "estorto" si pone sul terreno della tutela assoluta riconducibile al "diritto alla protezione dei dati personali" quale diritto della personalità e di tutte le conseguenti misure di protezione ivi previste. In altri termini, alla base del fenomeno e della sua disciplina non sta dunque la volontà privata dei soggetti: non è quest'ultima a produrre gli effetti, bensì la norma che fa di quella volontà e del consenso lo strumento per un bilanciamento di interessi tra i diritti della persona e le regole sulla circolazione delle informazioni personali.

In una diversa lettura, ove alla cessione dei dati si attribuissero natura ed effetti negoziali — quand'anche accessori al contratto di acquisto di beni e servizi da parte del soggetto debole "interessato" — quel consenso (estorto) troverebbe (anche) la tutela della disciplina del contratto come accade in tutti i casi di coartazione della volontà contrattuale.

La verità è che deve sottolinearsi la forte problematicità di una ricostruzione in termini unitari della natura del consenso e del ruolo che esso assume nelle operazioni di trattamento — ed in particolare della circolazione — dei dati personali. Non v'è dubbio che il fenomeno sfugge ad un inquadramento sistematico ed omogeneo del consenso anche considerando che numerose sono le tipologie delle operazioni di trattamento e le tipologie dei dati. Sicché, la univoca configurazione del consenso nell'una (atto giuridico meramente autorizzatorio) o nell'altra (natura negoziale) categoria normativa e concettuale farebbe torto non solo alla disciplina — che pur costruendolo nella prima accezione, non esclude ed anzi presenta indizi per la sua riconducibilità anche ad una prospettiva negoziale — ma, e soprattutto, ad una variegata esperienza della prassi sociale ed economica che vede il fenomeno del trattamento utilizzare atti, modelli, schemi, comportamenti concludenti (e financo il silenzio o l'inerzia dell'interessato) in

relazione alle esigenze dei soggetti coinvolti ed alle situazioni concrete in cui il rapporto di trattamento del dato si colloca.

Ed allora, la ricostruzione della natura del consenso deve fare riferimento al contesto in cui le operazioni di trattamento — ed in particolare della circolazione — si svolgono; e così all'operazione concreta ed al suo contenuto, in un contesto in cui le forme dell'economia e dello scambio conoscono meccanismi nuovi e del tutto inediti nella società dell'informazione.

5. (SEGUE) NEGOZIAZIONE DEI DATI E TUTELE. UN'ESTENSIONE DEGLI AMBITI APPLICATIVI DEL DIRITTO DEI CONSUMATORI?

La considerazione del fenomeno del trattamento dei dati nel campo dei rapporti obbligatori, la diffusione sempre più ampia di situazioni in cui il consenso al trattamento è imposto ad un soggetto debole che lo manifesta per accedere all'acquisto di un bene o di un servizio introduce l'interprete ad ulteriori letture del fenomeno ed alimenta la riflessione su nuovi quesiti. Ed allora, senza indugio: si pone la questione di una connessione tra la negoziazione dei dati e la tutela del consumatore?

Ora, si deve tenere presente che per l'applicabilità della disciplina generale di tutela del consumatore (si pensi al tema delle clausole vessatorie) occorre comunque fare riferimento alle strette definizioni del codice del consumo che delimitano in termini soggettivi l'ambito della tutela²⁹. Per quanto i dati economici non emergano *ictu oculi* dal dato normativo, è pacifico che consumatore è colui che “consuma” il bene o il servizio (in tal caso è, secondo la terminologia italiana, utente) oggetto del rapporto. La *ratio* consumeristica si sviluppa, infatti, attorno all'idea del consumatore come soggetto bisognoso di un bene o di un servizio, ma economicamente parte “debole” del rapporto. La disciplina delle clausole vessatorie e della nullità parziale e speciale del contratto è stata organizzata proprio in modo tale da evitare che la eventuale nullità dovuta alla presenza di clausole contrattuali abusive colpisse l'intero contratto, impedendo, in tal modo, al consumatore di accedere al bene o servizio voluto. Anzi, il codice del consumo è stato strutturato e pensato come “disciplina dell'atto di consumo” che va dalla nascita del bisogno del bene (v. la disci-

²⁹ Cfr. art. 3, lett. a), cod. consumo, ampiamente commentato e noto e sul quale, considerata la sterminata bibliografia, sono sufficienti qui solo alcuni rinvii a recenti contributi nei quali reperire ulteriore bibliografia: A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, p. 15 ss.; G. ALPA, *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016; M. INTRAVALIA, *Il “restyling” della nozione di consumatore* (Nota a CGUE sez. IV 3 settembre

2015 (causa C-110/14), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 385; G. DE CRISTOFARO, *Sub art. 3*, in De CRISTOFARO-A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012; L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

plina sulla pubblicità) al momento dell'ottenimento del diritto al bene o servizio (conclusione del contratto) alla fase successiva (es. recesso).

Per queste ragioni, immaginando la struttura economica della cessione dei dati personali come fenomeno negoziale, devono essere affrontate due diverse questioni.

La prima: il rapporto negoziale, considerato in quanto tale, vede contrapporsi da un lato un soggetto (il titolare del trattamento) che è colui che desidera ottenere il “bene” dato personale; dall'altro un soggetto cui i dati si riferiscono, che è colui che, solo, è in grado di fornire quella “particolare” ricchezza, patrimonialmente valutabile.

Una seconda questione, intimamente connessa alla prima è che qui, da un punto di vista economico (tradotto in termini di forza contrattuale), colui che vuole ottenere il “bene” dato personale è parte “forte”, mentre colui che fornisce quel bene è parte “debole”. Quasi un paradosso, ma che trova un suo fondamento nella realtà sociale ed economica, ove si consideri che la effettiva possibilità di rifiutare o meno il consenso al trattamento o negoziarne termini e condizioni è, come si è detto, ipotesi sempre più remota, comportando tale scelta la rinuncia al bene e/o al servizio che il consumatore vorrebbe acquisire con la complessa operazione nel corso della quale gli viene richiesto il consenso al trattamento dei dati.

La negoziazione dei dati si svolge assai spesso nell'ambito di un'altra operazione commerciale questa volta sì, propriamente, di “consumo”³⁰. Ed il rapporto contrattuale sotteso a tale vicenda si pone, in concreto e molto spesso, come una componente caratterizzante — se non decisiva — dell'operazione di acquisto di un bene o di un servizio, rimanendo da vedere in che termini ricostruire e qualificare la relazione tra i due rapporti.

³⁰ Su tale specifico aspetto, in relazione all'adozione imminente di un'apposita regolamentazione europea relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, v. il contributo di A. DE FRANCESCHI, *Il “pagamento” mediante dati personali*, in V. CUFFARO, V. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli, secondo cui gli strumenti del diritto dei consumatori applicabili alla fattispecie *de qua*, in cui il dato personale costituisce la contropartita economica dell'accesso del consumatore ad un bene o servizio, non si limitano, peraltro, alla sola nullità relativa della clausole vessatorie. Ad esempio, sul rilievo dell'esistenza di un rapporto complesso di natura consumeristica (in cui, appunto, si realizza

la “cessione” del dato personale con l'autorizzazione dell'interessato al trattamento dello stesso da parte del titolare), è lecito interrogarsi altresì sulla possibilità di applicare la disciplina delle forniture non richieste. In tale contesto, ed a dispetto dell'apparente gratuità di acquisto di beni e servizi in occasione dei quali viene, viceversa, ceduta una quantità di dati personali, per l'A. sopra citato trova applicazione la disciplina delle forniture non richieste; ciò in ragione del fatto che il consumatore non sarebbe reso chiaramente edotto in merito all'onerosità della prestazione e non riconoscerebbe pertanto espressamente che dal proprio ordine sorge un obbligo di pagare, il tutto in violazione di quanto previsto dall'art. 51, comma 2, secondo periodo, c. cons.

Prima ancora che sul piano giuridico, infatti, assai spesso sul piano economico e della circolazione/produzione di ricchezze e utilità economicamente valutabili è possibile rilevare la non reale gratuità di una cessione di beni o servizi³¹. Si pensi alle più moderne tecnologie e al c.d. processo di convergenza tecnologica (lo *smartphone*, ad esempio) che, per mezzo dell'uso di un semplice tasto, offrono agli utenti la possibilità di ottenere giochi elettronici e servizi variegati (le “applicazioni”, secondo il gergo ormai entrato nella comune esperienza), talvolta dietro pagamento di piccole somme, talaltra (apparentemente) gratuitamente. Si pensi ancora ai contratti stipulati per l'utilizzo dei *social networks*, a quelli per l'uso dei motori di ricerca ed in genere ai tanti servizi che nelle piattaforme telematiche sono accessibili senza un apparente controprestazione da parte dell'utente³².

“Apparente” assenza, però. In quest'ultimo caso vi è comunque, da parte dell'utente, la sopportazione di un sacrificio in funzione dell'acquisto delle applicazioni suddette. Non necessariamente è un sacrificio riconoscibile in termini economici monetari (per quanto non sia raro che servizi *Web* o applicazioni vengano propriamente acquistati attraverso il pagamento di modiche somme da parte dell'utente). Può trattarsi, ad esempio, di un sacrificio in termini di “concessione” di un lasso di tempo di attenzione dell'utente alla presentazione di servizi o beni dello stesso professionista o di società *partner* (sicché l'utilizzo del servizio da parte dell'utente è inframezzato da comunicazioni o esecuzione di programmi terzi). Può inoltre trattarsi, e spesso si tratta, di un sacrificio in termini di concessione da parte dell'utente al prestatore di servizi della possibilità di sfruttamento dei propri dati personali. Vi è dunque, in questa ipotesi di circolazione del dato personale, una prospettiva di scambio nella quale la contropartita del servizio o bene acquisito dall'utente è data appunto dalla fornitura dei propri dati.

Peraltro è appena il caso di rilevare che l'entità spesso modesta del sacrificio sopportato da colui che ottiene il servizio — visto che, isolatamente considerato, il valore medio quotidiano del dato riferibile al singolo soggetto è da taluni ritenuto stimabile intorno

³¹ Sul punto, non possiamo che adottare l'immagine evocata da G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411: “d'altronde è solo bendandosi e chiudendosi in una stanza buia che non si vede che le più grandi (in termini di capitalizzazione di borsa) società al mondo sono *data companies*, come Google e Facebook. È davvero singolare la tesi

che vorrebbe che tale sterminata fortuna derivasse da operazioni prive di rilievo giuridico-economico perché « gratuite »”. In argomento v. anche A. De FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, *passim*.

³² Da ultimo, con riferimento ai profili generali di questi nuovi fenomeni cfr. D. DI SABATO, A. LEPORE (a cura di), *Sharing economy. Profili giuridici*, Napoli, 2018.

al dollaro ³³ — non esclude di poter ragionare di un'operazione di scambio, e dunque di un'operazione non gratuita per l'ipotesi suddetta.

Il fenomeno è solo parzialmente destinato a trovare soluzione in alcuni provvedimenti normativi di futura adozione.

La Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM (2015) 634) contiene sul punto una significativa previsione all'art. 3 ³⁴.

Ai sensi del par. 1 dell'art. 3, la Direttiva è infatti destinata ad applicarsi “ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo *oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato*” ³⁵.

Il riferimento alla controprestazione contrattuale colloca appieno la tematica della circolazione dei dati personali, e segnatamente del consenso e del loro trattamento, nell'alveo del diritto patrimoniale e contrattuale. E tuttavia i lavori preparatori mostrano ancora l'esistenza di alcune inibizioni culturali e teoriche ad accogliere definitivamente il fenomeno nell'ambito della disciplina dei rapporti contrattuali.

Il Parere del Garante europeo per la protezione dei dati reso il 17 marzo 2017 ³⁶, pur riconoscendo l'esistenza di un mercato dei dati personali nei quali questi ultimi sono oggetto di controprestazione nell'ambito di operazioni di scambio di beni e servizi compiute dai consumatori, ammonisce sulla circostanza che, a suo avviso, “one aspect of the Proposal is problematic, since it will be applicable to situations where a price is paid for the digital content, *but also where digital content is supplied in exchange for a counter-performance other than money in the form of personal data or any other data*” ³⁷. Ed in relazione a questa previsione il Garante europeo mette in guardia sull'adozione di nuove dispo-

³³ È il valore indicato da G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, o.c., nota 7, che richiama sul punto le valutazioni di MALGIERI-CUSTERS, *Pricing Privacy: The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Review*, 34, 2018, pp. 289 ss., 294.

³⁴ E parimenti di interesse risulta essere il considerando n. 13 della suddetta Proposta di Direttiva: “Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione

non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoragerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque[...]”.

³⁵ Il corsivo è mio.

³⁶ Opinion 4/2017, in *www.edps.europa.eu*.

³⁷ Corsivo mio.

sizioni quali quella di cui all'art. 3 della citata Proposta di Direttiva che ritiene introducano l'idea che le persone possano pagare beni o servizi con i loro dati alla stregua del denaro ³⁸, in quanto un "fundamental right" come il diritto alla protezione dei dati personali non potrebbe essere considerato meramente una merce e ridotto a semplice interesse del consumatore.

Pertanto il suddetto parere sulla proposta di Direttiva si esprime esponendo "seri dubbi sull'uso della nozione di controprestazione" riferita ai dati personali nell'ambito delle relazioni tra consumatori e fornitori ³⁹. Una tale posizione in realtà finisce per riproporre una lettura "ipocrita" del fenomeno, dal chiuso di una stanza buia di cui parla sul punto, la dottrina più accorta ⁴⁰.

6. CIRCOLAZIONE DEI DATI E STRUTTURE CONTRATTUALI.

Naturalmente, definito il quadro ricostruttivo dell'operazione economica con oggetto il dato personale, deve concludersi che lo scambio economico realizzato attraverso la circolazione del dato personale corrisponde ad una struttura giuridica di tipo contrattuale. Vi sono infatti considerazioni che portano ad escludere la riconducibilità del fenomeno a categorie diverse, quali ad esempio i rapporti di mero fatto, fuori dall'ambito contrattuale, o alla ricostruzione del rapporto tra titolare e interessato alla stregua di rapporti sociali privi di rilievo giuridico quali le obbligazioni naturali ⁴¹.

Innanzitutto considerazioni di carattere più generale: il rap-

³⁸ Continua, infatti, il Garante europeo per la protezione dei dati personali (Opinion 4/2017, p. 3, in *www.edps.europa.eu*: « However, one aspect of the Proposal is problematic, since it will be applicable to situations where a price is paid for the digital content, but also where digital content is supplied in exchange for a counter-performance other than money in the form of personal data or any other data. The EDPS warns against any new provision introducing the idea that people can pay with their data the same way as they do with money. Fundamental rights such as the right to the protection of personal data cannot be reduced to simple consumer interests, and personal data cannot be considered as a mere commodity. The recently adopted data protection framework (the "GDPR") is not yet fully applicable and the proposal for new e-Privacy legislation is currently under discussion. The EU should avoid therefore any new proposals that upset the careful balance negotiated by the EU legislator on data protection rules. Overlapping initiati-

ves could inadvertently put at risk the coherence of the Digital Single Market, resulting in regulatory fragmentation and legal uncertainty. The EDPS recommends that the EU apply the GDPR as the means for regulating use of personal data in the digital economy. The notion of "data as counter-performance" — left undefined in the proposal — could cause confusion as to the precise function of the data in a given transaction. The lack of clear information from the suppliers in this regard may add further difficulties. We therefore suggest considering, as a way of resolving this problem, using the definition of services under the TFEU or the provision used by the GDPR to define its territorial scope".

³⁹ Opinion 4/2017, cit., p. 9.

⁴⁰ V. Nota *supra*, nota 31.

⁴¹ G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, i quali evidenziano come la categoria delle obbligazioni naturali sia nata e utilizzata per altre finalità, e dunque non possa essere utilmente richiamata per ricostruire il fenomeno della circolazione del dato personale.

porto tra titolare e interessato è regolamentato dal diritto il quale riconosce e garantisce reciproche pretese, configurandole in termini di diritto soggettivo.

In secondo luogo proprio il RGDP delinea più spiccati aspetti di connessione con rapporti giuridici di natura obbligatoria aventi ad oggetto i dati personali. A parte il riferimento, di cui si dirà, al tema contrattuale allorquando il Regolamento disciplina la capacità di prestare il consenso al trasferimento e al trattamento dei propri dati personali, un'interessante conferma della natura giuridica del carattere contrattuale arriva dalla previsione del diritto alla portabilità dei dati.

Ai sensi dell'art. 20 RGDP, infatti, quando l'interessato ha fornito ad un titolare per un trattamento automatizzato i propri dati sulla base del consenso o i dati sono necessari all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali, egli ha il diritto di trasmettere i dati da lui forniti ad un altro titolare senza impedimenti da parte del primo titolare.

Ma ciò che più rileva, ai fini della prova della natura giuridica e contrattuale del rapporto tra interessato e titolare, è che l'interessato ha il diritto di ottenere che tale trasmissione dei propri dati personali al secondo titolare avvenga direttamente da parte del primo titolare, se tecnicamente fattibile. Al di là dell'evidente fenomeno circolatorio del dato, è chiaro che una pretesa siffatta, che impone al titolare di un trattamento l'esecuzione della prestazione a soddisfazione di un interesse dell'interessato (qual è l'interesse a fornire dati personali ad un secondo titolare) è pienamente riconducibile alla nozione di obbligazione (art. 1174 c.c.). Quest'ultima, data l'espressa riferibilità del diritto alla portabilità ai casi di trattamento basato sul consenso (con esclusione dunque dell'ipotesi in cui il trattamento sia svolto sulla base di altri "fondamenti giuridici") trova allora inevitabilmente la propria fonte in un atto negoziale ed in un rapporto giuridicamente rilevante di natura patrimoniale ed avente ad oggetto il dato personale. Con buona pace dell'ipotesi di riconducibilità ad un fenomeno di obbligazione naturale.

È utile, a questo punto, riportare l'attenzione su quanto rilevato dal Considerando n. 68 del RGDP, secondo il quale qualora i dati personali siano trattati con mezzi automatizzati "è opportuno" che l'interessato abbia il diritto di ricevere in un "formato strutturato" i dati personali che lo riguardano e che ha fornito a un titolare, nonché il diritto di trasmetterli ad un altro titolare del trattamento: "tale diritto", per espressa indicazione del Considerando n. 68, "dovrebbe applicarsi qualora l'interessato abbia fornito i dati personali sulla base del proprio consenso o se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un contratto".

Viceversa, il diritto alla portabilità non dovrebbe applicarsi qualora il trattamento si basi su un fondamento giuridico diverso

dal consenso o contratto. Più precisamente, il citato Considerando ritiene che “*per sua stessa natura*”⁴² tale diritto non dovrebbe essere esercitato nei confronti dei titolari del trattamento che trattano dati personali nell’esercizio delle loro funzioni pubbliche”.

Ebbene il riferimento alla “natura” del diritto, la sua esistenza nelle sole ipotesi in cui il trattamento avvenga nel contesto di un contratto o dietro prestazione di consenso, l’esclusione delle ipotesi nelle quali il titolare tratta il dato nell’esercizio delle funzioni pubbliche indicano che ci si muove all’interno di diritti aventi una “natura” diversa da quelli c.d. della personalità. Questi ultimi, infatti, ed è appena il caso di notarlo, sono diritti che esistono e sono esercitabili *erga omnes*.

La prospettiva, invece, del diritto alla portabilità è quella di un diritto che può essere esercitato solo nell’ambito di una relazione interindividuale, e dunque di un diritto di natura relativa che ha la propria fonte nella manifestazione di un consenso e in un contesto patrimoniale.

Né deve necessariamente condurre ad una soluzione diversa il rilievo che quel rapporto giuridico tra titolare e interessato, con riferimento allo scambio dei dati personali, sia disciplinato in tutto o in parte dalla legge (ora segnatamente dal Regolamento Generale). È ben nota, e ormai oltremodo diffusa, tanto da caratterizzare la più recente fase del diritto dei contratti, la tecnica dell’integrazione del contenuto del contratto, e dunque della regola del rapporto, ad opera del legislatore (art. 1374 e 1339 c.c.)⁴³.

Nell’analisi giuridica del fenomeno economico della circolazione dei dati personali, però, non deve commettersi l’errore di costringere in un tipo contrattuale determinato le operazioni economiche sopra descritte.

L’operazione economica avente ad oggetto i dati, infatti, nasce dalla prassi, ed è strutturalmente, inevitabilmente, elastica, in

⁴² Il corsivo è mio.

⁴³ Sull’integrazione del contratto (nelle sue diverse forme) e gli artt. 1374 e 1349, oltre al classico rinvio allo studio di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, cfr. M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1969. Più di recente, anche per ulteriore bibliografia v. G. D’AMICO - S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2015; M. C. NANNA, *Ete-rointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; A. D’ADDA,

Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto, Padova, 2008. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Artt. 1374-1381, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 1999. Profili particolari del tema in S. PAGLIANTINI, *Integrazione di legge e riduzione conservativa*, in A. M. BENEDETTI e S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2014 e per il profilo relativo alla contrattazione di impresa ulteriori riflessioni sono in V. RICCIUTO, *L’integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 313 ss.

coerenza con la flessibilità dei nuovi modelli economici e delle possibilità di sfruttamento economico di nuovi beni o utilità. Le ipotesi ricostruttive della struttura contrattuale dei fenomeni di circolazione del dato, pertanto, potrebbero essere diverse.

Una prima, grande divisione possibile tra modelli ipotetici di circolazione dei dati è quella in cui la “cessione” del dato personale costituisce la prestazione principale, eventualmente a fronte di un corrispettivo anche monetario (l’ipotesi è quella delle banche dati che acquistano dati dagli interessati o da terzi); e quella in cui la “cessione” del dato personale costituisce una prestazione che l’interessato esegue al fine di poter accedere a diversi beni o servizi (l’ipotesi è quella dei contratti per l’accesso ai *social networks* o ad applicazioni e servizi telematici).

Nel primo caso la prestazione entra propriamente nella struttura del relativo contratto; nel secondo caso, pur esterna alla struttura del contratto, essa contribuisce a delineare la reale dimensione dell’operazione economica complessiva posta in essere. Potremmo ricostruirla in termini di accessorietà della relazione di trattamento alla relazione di fornitura o acquisto di un determinato bene di consumo: indubbiamente sarebbe, sovente ma non necessariamente, una accessorietà dal punto di vista economico, ma non è detto che lo sarebbe necessariamente da un punto di vista giuridico. E se dal punto di vista della qualificazione giuridica si potrebbe immaginare un’ipotesi di collegamento negoziale, di contratto misto, ecc., ciò che da un punto di vista causale assume valenza ricostruttiva essenziale è la presenza di un “sacrificio” patrimoniale (la cessione del dato personale) che il consumatore è chiamato a subire nel contesto di un atto di consumo qualsiasi (es. apertura di un conto corrente bancario; sottoscrizione di abbonamenti a riviste, acquisto di biglietti, ecc.). E quel sacrificio deve essere considerato nella ricostruzione dell’equilibrio normativo del contratto di acquisto di quel bene o servizio, secondo le previsioni del contratto del consumatore (v. art. 34, cod. cons.).

In sostanza, quel sacrificio in relazione all’uso o trattamento dei dati personali deve trovare un bilanciamento “normativo”, quale può essere l’attribuzione di altri diritti o la diminuzione di altri oneri nell’economia complessiva dell’affare di cui è parte il consumatore.

È però in relazione a quest’ultimo profilo che sorgono le principali difficoltà ricostruttive della categoria e del modello (se non del tipo che, per le ragioni sopra esposte, non deve essere necessariamente e forzatamente riconosciuto in uno di quelli già disciplinati dalla legge) contrattuale cui fare riferimento. Su questi profili pesa, come si diceva all’inizio, l’assenza di un adeguato approfondimento del fenomeno in termini patrimoniali anche da parte della dottrina.

I quesiti da affrontare sono diversi. Il contratto avente ad oggetto i dati personali è da ricondursi a quelli traslativi che realizzano una cessione, magari anche reversibile (dunque revocabile, come sarebbe nel caso *de quo*), di un diritto di stampo proprietario sul bene? Ovvero è possibile o meno ragionare di un trasferimento di diritti sul bene “dato personale” in capo al titolare del trattamento? Oppure il diritto del titolare sul dato personale deve essere ricostruito alla stregua di una diversa situazione giuridica soggettiva, di stampo non proprietario? La cessione del dato personale, ad esempio ad una banca dati e dietro corrispettivo, è una vendita, magari condizionata?

È evidente che in questo caso il diritto alla protezione dei dati personali, che rimane pur sempre esistente in capo interessato, non si concilia con la struttura contrattuale della compravendita. L'interessato infatti non perde il controllo sul bene « dato personale » né è di per sé impedito che altri titolari acquistino diritti a trattare lo stesso « dato personale » ⁴⁴.

Ed allora in casi simili non si realizza un trasferimento, ma la costituzione in capo al titolare del trattamento di un diritto soggettivo che va ad insistere sul dato personale insieme ad altri diritti (e primariamente a quello dell'interessato). Sicché la circolazione del dato personale non realizza, in senso giuridico, una sua cessione, nel senso di un effetto traslativo dello stesso. Il diritto “acquisito” dal titolare è quello al trattamento del dato personale, ossia al suo sfruttamento economico, alla sua utilizzazione ed impiego sul mercato ⁴⁵.

Vi è però una peculiare deviazione rispetto alla considerazione che il titolare non ha un diritto di stampo “proprietario” sul bene “dato personale”, ed è quella dei dati elaborati da parte del titolare, diremmo “in secondo grado” da quelli “ceduti” dall'interessato. Mi riferisco all'ipotesi della c.d. “profilazione” dell'interessato e alla conseguente categorizzazione di classi di soggetti: quest'ultima attività, che per l'appunto si basa su dati personali forniti dal singolo interessato (ad esempio le proprie preferenze su tipi di letture o programmi televisivi o musica ecc.) è svolta dal titolare del trattamento che ricava ulteriori informazioni riferibili ad un determinato profilo di utente-consumatore (ad esempio che una determinata fascia d'età che vive nel centro Italia e ha una media scolarizzazione preferisce un certo tipo di programma televisivo). Ebbene, in questo caso dovremmo ritenere che si assiste alla produzione di un nuovo bene, una nuova informazione

⁴⁴ Sul punto si è già sopra argomentato anche con riferimento alla revoca del consenso, di difficile coordinamento concettuale con l'ipotesi di una cessione del dato personale.

⁴⁵ Sul quale F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018.

ricavata dal dato personale quale “frutto” del suo sfruttamento, che è ormai sganciata dalla dimensione del dato personale secondo la definizione normativa ⁴⁶. Su questa nuova informazione sorge in via originaria un diritto esclusivo del titolare.

Se dunque non di una cessione intesa come trasferimento di un diritto di stampo proprietario sul bene può parlarsi, ci si può chiedere se la circolazione del dato personale avvenga attraverso contratti ascrivibili a quelli di godimento. E tuttavia, anche i principali modelli di contratti di godimento sembrano non offrire appieno una sistemazione appagante.

Acquisita consapevolezza del fatto che il dato personale non è riducibile alla mera sfera degli attributi della persona e che la sua circolazione è appieno attività economica, deve ritenersi che la natura produttiva del bene e la finalità normalmente economica e commerciale del trattamento dei dati personali, acquisiti col consenso dell'interessato e dietro sostanziale corrispettivo, di per sé escludono che si tratti di una locazione; così come la presenza di più soggetti che possono contemporaneamente sfruttare il medesimo dato al pari dell'interessato e ricavarne diverse utilità, anche attraverso uno sfruttamento contemporaneo nel tempo e diversificato nello spazio, allontana il modello da quello dell'affitto e per le stesse ragioni da quello dell'uso.

Cadute le inibizioni tradizionali ad affrontare il tema in ottica patrimoniale, acquisita la consapevolezza che alla base della circolazione dei dati personali vi è sovente il contratto, sul fronte della ricostruzione dei modelli e delle discipline applicabili, pertanto, occorrerà ancora riflettere e focalizzare l'impegno della dottrina, anche perché sembra che lo stesso legislatore europeo non si muova ancora nell'ottica di disciplinare in maniera organica e sistematica il tema.

7. LA CIRCOLAZIONE DEL DATO PERSONALE NEL REGOLAMENTO GENERALE.

Il Regolamento generale riafferma l'obiettivo della libera circolazione dei dati personali indicato dal legislatore europeo, prendendo consapevolezza del fatto che lo strumento “Direttiva”, prescelto a metà degli anni '90 per la realizzazione di una prima disciplina uniforme sul tema, aveva consentito un'applicazione eccessivamente diversificata della normativa comunitaria. Una situazione che, opponendo all'attività di trattamento dei dati

⁴⁶ V. ora art. 4 n. 1 RGDP, a norma del quale è dato personale qualsiasi informazione riguardante una persona fisica « identificata o identificabile » (e si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un iden-

tificativo 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).

personali differenti gradi nazionali di tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, aveva finito, di fatto, con l'ostacolare proprio quell'obiettivo di libera circolazione dei dati che l'Unione europea intendeva perseguire con l'adozione della Direttiva del 1995⁴⁷. Pertanto con il Regolamento il legislatore comunitario ribadisce, questa volta sottraendo agli Stati nazionali quei margini di differenziazione concessi dalla Direttiva, il principio della libera circolazione dei dati personali, provvedendo a dettare le regole di tale circolazione e, insieme ad esse, le norme relative alla tutela delle persone fisiche (art. 1, comma 1).

È vero allora che uno degli aspetti caratterizzanti il nuovo intervento europeo in materia di disciplina del trattamento dei dati personali è quello di una enfaticizzazione maggiore della dimensione della libera circolazione dei dati rispetto ai profili della tutela della persona⁴⁸, ma si tratta, a ben vedere, di un aspetto non del tutto innovativo, e già contenuto nella normativa precedente.

Dell'attività economica, dell'impresa, del mercato comune la normativa comunitaria in tema di trattamento dati personali riprende categorie e concetti (libera circolazione; stabilimento; costituzione di un'autorità indipendente di regolazione e vigilanza). Ciò conferma che la prospettiva di regolazione dei processi economici legati al dato personale è ormai giuridicamente acquisita.

Ma anche dal punto di vista delle scienze economiche si ragiona, ormai, di *personal data economy* (PDE)⁴⁹ al fine di indicare il fenomeno attraverso il quale, per mezzo della cessione e/o acquisizione dei dati personali, si realizzano trasferimenti di ricchezza.

⁴⁷ V. Considerando n. 9 RGDP: « sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto del-

l'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE ».

⁴⁸ V. quanto affermato da F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, p. 12: « Uno degli aspetti innovativi sembra dato proprio dall'approccio volto ad enfatizzare maggiormente la dimensione della libera circolazione rispetto a quello teso ad esaltare la dimensione di tutela della persona rispetto al trattamento dei dati personali: ovviamente si tratta di dimensione, quest'ultima, che non scompare nell'impianto normativo, essendo ben presente nelle scelte di fondo del legislatore eurounitario, ma che è oggetto di una profonda opera di revisione, protesa ad incidere sul bilanciamento tra diritti e libertà "fondamentali" in conflitto ».

⁴⁹ S.A. ELVY, *Paying for privacy and the personal data economy*, in *Columbia Law rev.*, 2017, p. 1369 ss.

« *Today* », si constata, « *companies have developed various approaches to monetizing consumer data and privacy to exploit the rising data gold rush and corresponding demands for more privacy* »⁵⁰.

Così come non è più possibile negare che la prassi ci consegna l'esistenza di un mercato dei dati personali in cui quest'ultimi circolano attraverso operazioni economiche che arrivano, nelle esperienze che già da tempo si muovono nell'ottica dei profili utilitaristici legati al fenomeno del trattamento dei dati personali, perfino all'istituzione di piattaforme dedicate allo sfruttamento economico da parte dell'interessato dei propri dati personali.

Variegato è il panorama dei *Personal data economy models*, ossia quei modelli di monetizzazione dei dati personali, diffusi specialmente nell'esperienza angloamericana, i quali consentono alle imprese di acquistare dati direttamente dai consumatori. Essi ricomprendono, da una parte, i *data-insight models*, grazie ai quali società specializzate offrono agli utenti delle piattaforme in cui raccogliere, gestire e commerciare i propri dati personali, anche attraverso servizi personalizzati⁵¹; dall'altra, i *data-transfer models*, attraverso cui le società acquistano, a fronte di un corrispettivo, le informazioni direttamente dagli utenti e, dopo averle catalogate ed assegnato loro un valore, le trasferiscono sul mercato dove terzi possono acquistarle⁵².

Il presupposto teorico che consente ed esprime un siffatto meccanismo è la costruzione di un sistema economico « *user-centric* » dei dati personali che concepisca l'individuo alla stregua di un proprietario di una ricchezza che può essere condivisa ed oggetto di operazioni economiche⁵³.

Siamo quindi ben lungi dalla prospettiva individualistica dei diritti della persona quali diritti assoluti, inalienabili, indisponibili. In quest'ottica, la dicotomia mercato — persona diventa un falso problema e l'assunto dell'indisponibilità ed incommerciabilità degli attributi della persona finisce per crollare innanzi alla consapevolezza che l'informazione, in un'economia complessa, gioca un ruolo fondamentale, anche in termini economici.

⁵⁰ S.A. ELVY, *Paying for privacy*, cit., p. 1373.

⁵¹ *Digi.me*, *Meeco* e *Cozy Cloud* ne rappresentano solo alcuni esempi. Per vero, anche in Italia si è cercato di sperimentare tale modello: Tim - Telecom Italia ha infatti avviato un progetto denominato "My data store", uno spazio digitale che consente agli utenti di conservare e gestire i propri dati personali, anche attraverso il raffronto con quelli degli altri utenti. Tali strumenti hanno il pregio di offrire, oltre che un maggior controllo sui dati personali che, ogni giorno,

facciamo circolare nella rete, soprattutto, una maggiore consapevolezza circa il loro valore nonché delle azioni che sistematicamente compiamo attraverso l'uso degli *electronic devices*.

⁵² L'esempio più lampante è "Data-coup", un servizio digitale che si presenta agli utenti con lo slogan: « *The only company that helps you sell your anonymous data for real, cold hard cash. It's simple. If you connect data, you'll earn* ».

⁵³ S.A. ELVY, *Paying for privacy*, cit., p. 1374.

Ancora: un'analisi condotta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel 2016 sulle piattaforme digitali, ha concluso che « anche l'offerta gratuita di un'app può offrire opportunità di *revenue*, lì dove, ad esempio, i ricavi provengono dalla vendita di spazi pubblicitari agli inserzionisti o dalla vendita dei dati degli utenti. In merito [...] si rileva che la maggior parte delle applicazioni è solita raccogliere i dati degli utenti, quali ad esempio la frequenza di accesso all'applicazione o il tempo medio di utilizzo e le informazioni personali, quale la localizzazione tramite GPS. In alcuni casi, tali dati vengono venduti a imprese interessate alla profilazione degli utenti, anche al fine di consentire l'elaborazione di annunci pubblicitari mirati, pratica che tuttora alimenta il dibattito in merito al diritto alla *privacy* dei consumatori, pur riguardando un modello di business ancora incerto »⁵⁴.

Sono ormai diffusissime nella prassi applicazioni che, solo apparentemente, sembrano gratuite ma che, invero, fondano il proprio *business* proprio sulla raccolta e monetizzazione dei dati personali degli utenti (si pensi ai popolari Facebook, Instagram e Twitter)⁵⁵. Non mancano poi schemi in cui la *privacy* viene considerata un "bene di lusso" riscattabile a pagamento o come moneta di scambio rispetto a promessi sconti: nel primo caso, le società propongono servizi e dispositivi aggiuntivi a pagamento al fine di garantire un livello di *privacy* maggiore rispetto a quello ordinariamente assicurato; nel secondo, invece, le imprese, a fronte di sconti sui prodotti e servizi offerti, incoraggiano i consumatori a fornire i propri dati personali sì da poter effettuare attività di profilazione con finalità commerciali⁵⁶.

Tutti questi profili sono ben presenti agli studi economici che ragionano dell'esistenza di una « economia del dato profilato »⁵⁷ che fa sì che l'informazione relativa alla persona (che, com'è noto, nei mercati di beni e di servizi è elemento ancillare alla vendita e

⁵⁴ Delibera AGCOM n. 165/16/cons, "Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica di cui alla delibera n. 357/15/cons: proroga dei termini e pubblicazione della parte relativa ai 'consumer communications services'", ALL. A.

⁵⁵ Altre, ancora, ottengono indotti sia dall'acquisizione dei dati degli utenti che dall'acquisto da parte di questi di "upgraded options" sicché, mentre il servizio "base" è (apparentemente) gratuito, le opzioni avanzate sono a pagamento.

⁵⁶ « In the freemium context, the user pays for enhanced features, which may include the absence of adverts. To the extent that freemium customers are required to pay subscription fees to avoid advertisements, a user could be described as paying

for privacy. With the discount model consumers are providing various sources of revenue to companies, including but not limited to: (1) data provided by consumers who accept discounts, which can be analyzed and used to generate advertisement revenue, among other things, and (2) higher fees paid by those consumers who are willing to pay for privacy and opt out of data collection ». Così, v. S.A. ELVY, *Paying for privacy*, cit., p. 1369 ss.

⁵⁷ Cfr. A. NICITA, *Il mercato del dato profilato tra privacy, concorrenza e potere contrattuale nella prospettiva economica*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., ove espressamente si afferma che « nell'ecosistema digitale, come spesso si ripete, il meta-mercato di riferimento è proprio quello dell'informazione ».

necessario per il corretto funzionamento degli stessi) diventi essa stessa bene di un mercato. Si è addirittura sostenuta, con particolare riferimento all'informazione in ambito digitale, un'inversione della relazione tradizionale tra scambio dell'informazione e scambio di un determinato bene o servizio: mentre nel capitalismo tradizionale la conoscenza dell'informazione consente e facilita la formazione del prezzo di scambio dei prodotti tra domanda offerta, nel « capitalismo digitale » mediante l'accesso a servizi o prodotti gratuiti o a prezzi simbolici si agevola e consente, in verità, lo scambio di informazioni. Sicché, si è detto, in ipotesi del genere « il vero valore della transazione non è dato dal prodotto consumato o dal servizio fruito ma dalle informazioni che, spesso indirettamente e implicitamente, vengono cedute a tal fine » ⁵⁸.

Calati il rilievo empirico e quello delle scienze economiche nel contesto giuridico, dunque, il tema del trattamento dei dati personali si lega agli strumenti giuridici, ai principi e alle regole della circolazione di una ricchezza particolare: l'informazione sulla persona.

Sul piano sistematico, ne consegue l'apertura della tematica a questioni finora rimaste sullo sfondo o considerate — secondo alcune prospettive teoriche — troppo problematiche ed incompatibili con il fenomeno, quale quella delle operazioni economiche aventi ad oggetto i dati personali e la natura relativa delle situazioni giuridiche e dei rapporti che li riguardano.

Da quanto sopra rilevato, si deve ritenere innanzitutto che, nella materia *de qua*, il riferimento oggi contenuto all'art. 1 del RGDP ⁵⁹ al tema della « circolazione dei dati », lungi dal rappresentare una formula di stile destinata a rientrare nell'ombra degli approcci interpretativi al testo normativo, non solo abbia una centralità pari al tema della « protezione delle persone fisiche », ma sia portatore di un valore sistematicamente più pregnante.

Il suddetto art. 1, infatti, al par. 1, dispone che « 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 ». Non si tratta dunque di una normativa di per sé relativa alla disciplina dei diritti delle persone. Questi ultimi vengono in considerazione in quanto aspetti naturalmente implicati e potenzialmente pregiudicati da un'attività di trattamento dei dati, sicché il regolamento si preoccupa di proteggere « i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati

⁵⁸ A. NICITA, *op. cit.*

⁵⁹ Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento

dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

personalì » rispetto ad un'attività di trattamento che possa pregiudicarli. Tuttavia, oggetto della disciplina è l'attività di trattamento secondo il principio, proprio delle attività economiche, della libera circolazione dei dati personali nell'Unione. Tanto che — ed è in questo senso che il principio della libera circolazione dei dati personali assume tra le finalità dell'intervento comunitario un valore sistematicamente più pregnante rispetto a quello della tutela della persona —, il co. 3 dell'art. 1 RGDP si preoccupa di precisare che tale libera circolazione « non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali »⁶⁰. Evidentemente, questa volta e definitivamente, con la forza dello strumento regolamentare nel tentativo di scongiurare ciò che, viceversa, si era verificato nel contesto di applicazione della precedente Direttiva comunitaria.

La prospettiva RGDP è dunque quella della disciplina di un fenomeno di circolazione di una peculiare ricchezza, il dato personale. Coerentemente, gli istituti disciplinati dal Regolamento acquistano una più marcata valenza patrimoniale.

È il caso del consenso al trattamento, che nel Regolamento ha una più spiccata connessione e vicinanza con le tematiche del consenso negoziale⁶¹.

Si consideri, a tal proposito, quanto — e forse non a caso, se si tiene conto della suddetta connessione al tema negoziale — ha dovuto precisare il legislatore europeo con riferimento al consenso del minore. L'art. 8 del Regolamento nello stabilire che, per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali è lecito ove il minore abbia almeno sedici anni (quattordici, nel Codice del trattamento dei dati personali così come modificato con il d.lgs 10 agosto 2018, n. 101⁶²), stabilisce che tale previsione « non pre-

⁶⁰ Peraltro, il profilo dell'attività economica del trattamento dei dati è evidente anche nelle finalità che hanno portato l'Unione europea all'adozione di una nuova disciplina. Tra esse quella di alleggerire oneri e costi di impresa legati al trattamento dei dati e alla sua regolamentazione diseguale nel territorio comunitario: « Tale situazione produce costi inutili e oneri amministrativi per le imprese (pari a circa 3 miliardi di euro all'anno nello scenario di base) e disincentiva le imprese, in particolare le PMI, che operano nel mercato unico dall'espandere le loro attività all'estero ». Cfr. *Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna la proposta di regolamento* (doc. 5853/12 Add. 2).

⁶¹ Sul quale V. F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, in AA.VV., *Il*

nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati (diretto da G. Finocchiaro), Bologna, 2017, p. 101 ss. e soprattutto p. 149 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 113 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit.; G. PALAZZOLO, *La banca dati e le sue implicazioni civilistiche in tema di cessione e deposito alla luce del reg. (UE) n. 2016/679*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 613 ss.; G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. SICA, V. D'ANTONIO e G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, p. 11 ss.

⁶² V. art. 2 *quinques* Codice del trattamento dei dati personali, che prevede che

giudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore ».

Secondo una prima lettura, che parrebbe muovere dal tradizionale approccio che esprime riserve circa la natura negoziale al consenso al trattamento dei dati, la nuova disposizione è opportuna al fine di tenere separati i due piani del rapporto tra le parti contrattuali: il « piano che si instaura con l'accordo negoziale » e il piano del « rapporto tra interessato e titolare del trattamento, che si instaura con il consenso del primo e si muove lungo le linee di una disciplina di fonte prevalentemente legale e di carattere essenzialmente imperativo »⁶³. La tesi separa, nell'ambito dell'operazione economica, il momento del consenso contrattuale — in cui si conclude il contratto relativo al bene o al servizio — dal momento del consenso all'uso dei dati personali, ipotizzando così una differenza di rapporto e natura.

Ci sembra, tuttavia, che questa lettura conduca ad una ricostruzione del fenomeno della circolazione dei dati che a ben vedere, pur nel riconoscimento teorico del principio di circolazione del dato, non consenta di dare adeguato risalto alla prospettiva negoziale del consenso al trattamento del dato. Quest'ultimo non può essere pensato asetticamente, senza alcuna valutazione del profilo funzionale all'operazione economica nel quale esso si inserisce. Il consenso al trattamento dei dati è prestato non solo in vista ed in occasione dell'ottenimento di un servizio o bene da parte del titolare (quale la possibilità di utilizzare una certa *app*, il diritto all'accesso e all'uso di un *social*, la possibilità di utilizzare un motore di ricerca ecc.), ma un tale consenso al trattamento dei dati personali è prestato proprio in ragione dell'ottenimento di un servizio o bene da parte del titolare e pertanto in una prospettiva di scambio. Diversamente, non si comprenderebbe perché un minore debba prestare il proprio consenso al trattamento dei dati, se non per ottenere in cambio un servizio o un'utilità.

La nuova previsione, insieme alla significativa previsione della clausola di salvezza del diritto nazionale « generale » in materia di contratti (di cui all'art. 8 par. 3), invece, si presta ad un'altra lettura, più vicina all'effettiva percezione e comprensione in termini giuridici del momento economico della cessione dei dati.

il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. A ciò si aggiunge la necessità di disciplinare le modalità con le quali il consenso del minore viene richiesto, tenendo conto della particolare vulnerabilità del soggetto. Al titolare è pertanto imposto di redigere

con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento, al fine di rendere significativo il consenso prestato dal minore.

⁶³ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, cit., p. 117.

La disposizione suddetta, infatti, può essere considerata alla stregua di una disciplina delle specificità del negozio avente ad oggetto i dati personali stipulato dal minore, ponendo per esso una capacità di agire speciale comune a tutti gli Stati membri ma diversa da quella operante, a livello di regola generale, nei vari ordinamenti. Vale a dire che il Regolamento ha voluto portare a (almeno) sedici anni la capacità di stipulare validamente contratti di cessione dei dati personali, ma con ciò ha inteso chiarire che tale intervento riveste natura speciale e non incide sulle « disposizioni generali » del diritto nazionale dei contratti. E il dato trova conferma nel fatto che, se realmente il RGDP avesse ritenuto che il consenso al trattamento dei dati spieghi la propria operatività al di fuori della disciplina dei contratti e dei rapporti patrimoniali e oltre il tema della contrattualità, non vi sarebbe stata necessità di far salva, innanzi alla regola del consenso validamente prestato dal sedicenne, la disciplina generale dei contratti. Quest'ultima sarebbe stata pacificamente « salva » e non compromessa in ragione sufficiente della stessa presunta diversità del consenso dell'interessato di cui all'art. 7 e 8 del Regolamento dal consenso contrattuale.

Il consenso dell'interessato, invece, è coerentemente concepito dal legislatore comunitario come consenso negoziale, manifestazione di volontà in ordine alla circolazione dei dati personali. La peculiarità del bene e del fenomeno della sua circolazione giustifica, innegabilmente, alcune deviazioni dal modello generale del contratto, ma non colloca il trasferimento dei dati personali fuori dalla dimensione patrimoniale e, dunque, dalla dimensione contrattuale⁶⁴. In questa prospettiva si spiega la previsione della possibilità della revoca del consenso prestato dall'interessato (art. 7 par. 3)⁶⁵.

La prospettiva negoziale lascia aperti numerosi problemi che

⁶⁴ Non può comunque sottrarsi che il consenso, quale manifestazione negoziale dell'interessato, rappresenti l'elemento di un procedimento nell'ambito del quale l'informativa che lo precede e l'Autorità Garante svolgono un ruolo centrale. Per quanto attiene l'informativa, è d'uopo altresì segnalare che le prescrizioni dettagliate da ultimo recate ai sensi degli artt. 13 e 14 del nuovo Regolamento, determinano il contenuto del consenso, la sua validità ed efficacia, alla stregua della tecnica propria del c.d. neo-formalismo negoziale, già nota al settore dei consumatori. Il legislatore comunitario non ha dunque, ancora una volta, perso l'occasione per rafforzare la base normativa degli obblighi informativi, indicandone i contenuti fondamentali in modo tale da assicurare un'adeguata consapevolezza del-

l'utente circa il trattamento dei propri dati. Sul tema, V. ZENO-ZENCOVICH, "Il consenso informato" e la "autodeterminazione informativa", cit., p. 917.

⁶⁵ Già nel contesto della Proposta del nuovo Regolamento, J. M. VICTOR, *The Eu General Data Protection Regulation Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *The Yale Law Journal*, 2013, p. 515 scriveva che « thought the Regulation is framed in the fundamental-human-rights terms, typical of European privacy law, [...] it can also be conceived property-rights ». L'A. ritiene così che « The EU's proposal includes three elements in particular that themselves to a property-based conception: consumers are granted entitlements to their own data; the data, even after it is transferred, carries a burden

meritano più consapevoli indagini. Tra questi il problema del tipo contrattuale, e dunque, della disciplina applicabile all'operazione economica dello scambio dei dati personali. In quest'ottica assume tutta la sua valenza ricostruttiva la constatazione che « *personal information is an important currency in the new millennium* »⁶⁶. Constatazione che, nell'ambito della teoria dei contratti, conduce a rilevare non solo la natura onerosa di quelle operazioni economiche che, dal punto di vista meramente formale e strutturale, tali non appaiono (si pensi ai contratti per l'uso delle *app* gratuite o dei più diffusi *social*, in relazione alla cessione di informazioni personali dell'utente del servizio); ma altresì ad interrogarsi nuovamente sulla situazione di appartenenza del bene-dato personale all'interessato⁶⁷.

8. LA REGOLAZIONE DEL MERCATO.

Vi è infine un'ulteriore prospettiva da considerare, vale a dire quella regolatoria. L'esistenza di una rete di scambi e di contratti aventi ad oggetto dati personali porta ad interrogarsi sulle forme e sulle tecniche di regolazione dei suddetti traffici alla stregua di un mercato che rispetti i principi della libera concorrenza⁶⁸.

Il ruolo dell'Autorità garante, dotata già con la legge n. 675 del 1996 di funzioni di vigilanza e garanzia, sembra oggi arricchirsi, alla luce del Regolamento, di compiti anche di regolazione, realizzando un momento significativo di tale processo di strutturazione di un mercato regolato. Con riferimento a tale aspetto occorre ricordare che l'istituzione del Garante per la protezione dei dati personali ad opera della legge 675 del 1996 (con l'art. 30) ha costituito una novità importante in materia, non solo con riferimento alla strutturazione — anche normativa — di un settore di interessi omogenei, coincidenti con quelli implicati nel trattamento dei dati personali, al pari di altri settori di rilevanza economica affidati alle cure di un'apposita Autorità amministrativa indipendente, ma altresì con riferimento alla tutela dei soggetti interessati, ai quali è stata concessa la possibilità di ricorrere all'Autorità garante, al fine di ottenere tutela per alcuni diritti connessi al trattamento dei propri dati personali. È stato così

that "runs with" it and binds third parties; and consumers are protected through remedies grounded in "property rules." In these the proposed scheme is remarkably similar to existing, heretofore theoretical, proposals for property regimes for protecting personal data ».

⁶⁶ P.M. SCHWARTZ, *Property, privacy, and personal data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056.

⁶⁷ P.M. SCHWARTZ, *Property*, cit., p.

2057, il quale rileva tuttavia che « Legal scholars interested in protecting information privacy, however, have been suspicious of treating personal data as a form of property and have generally advocated imposing a ban on data trade, rather than restrictions on transferability ».

⁶⁸ « Once personal data become a commodity, questions arise regarding the necessity, if any, of legal limits on data trade », così P.M. SCHWARTZ, *Property*, cit., p. 2057.

introdotto un sistema di tutele c.d. “binario” che ha affiancato questa particolare ipotesi alla tutela della persona garantita in via giurisdizionale ⁶⁹.

Eppure, come si è detto, il Garante sin dall’origine si è mosso in una prospettiva di garanzia di interessi non esclusivamente legati alla sfera personale dell’interessato, ma variamente riferibili alla stabilità e trasparenza del sistema del trattamento dei dati ed anche indirettamente della garanzia riconosciuta al titolare di poter eseguire, nel rispetto della legge, trattamenti di dati ⁷⁰. A ciò si connettono quei compiti di vigilanza e di intervento/correzione delle attività di trattamento svolte dai titolari che sin dall’origine l’art. 31 della l. n. 675 del 1996 ha riconosciuto essere di competenza del Garante (ad esempio, quelli di cui all’art 31, lett. *b* — compiti di controllare se i trattamenti sono effettuati nel rispetto delle norme di legge e di regolamento e in conformità alla notificazione —; quelli di cui all’art. 31, lett. *c* — compiti di segnalare ai relativi titolari o responsabili le modificazioni opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti; quelli di cui all’art. 31, lett. *h*, — promozione dell’adozione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, e connessa verifica della loro conformità a leggi e regolamenti — quelli di cui all’art 31, lett. *m* — compito di segnalare al Governo l’opportunità di provvedimenti normativi richiesti dall’evoluzione del settore ecc. —).

Nel tempo i poteri del Garante sono cresciuti quantitativamente e qualitativamente ⁷¹, sviluppandosi in particolare il potere di “normazione” del settore, peculiare aspetto dell’azione delle Autorità di regolazione chiamate a “determinare le regole dei rapporti tra gli attori sociali nell’ambito del settore” ⁷².

Da ultimo, si sono fortemente estesi anche con il Regolamento generale fino a ricomprendere misure tipiche della regolazione amministrativa dei mercati, quali sono i poteri riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti di dettare le condizioni dei contratti che vengono stipulati nei mercati affidati alle loro cure e di

⁶⁹ V. art. 13 l. n. 675, in virtù del quale i diritti dell’interessato connessi al trattamento dei dati potevano essere fatti valere « dinanzi all’autorità giudiziaria o con ricorso al Garante » sebbene quest’ultimo non potesse essere proposto allorché per il medesimo oggetto e tra le stesse parti fosse già stata adita l’autorità giudiziaria.

⁷⁰ È noto il dibattito cui hanno dato avvio le riflessioni di N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998 in cui è stato sottolineato il legame tra mercato e ordinamento giuridico, secondo il quale il primo è il prodotto artificiale dell’ordinamento che lo informa e dunque è esso stesso ordine

giuridico. Ciò è tanto più evidente nel settore dei dati personali dove la circolazione del bene dato personale trova le proprie ragioni costitutive in una disciplina europea che mira a costruire un mercato unico europeo del dato personale, alla stregua della libera circolazione di beni, merci e servizi, come si è già detto nelle pagine precedenti.

⁷¹ Sull’evoluzione dei poteri del Garante per la protezione dei dati personali cfr. F. GARRI, *L’Autorità per la protezione dei dati personali*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, p. 563 ss.

⁷² F. GARRI, *op. cit.*, p. 656.

presiedere, così, ai fenomeni circolatori di particolari beni o servizi ⁷³.

Con riferimento a siffatti poteri di intervento sui contratti da parte del Garante per la protezione dei dati personali, infatti, occorre innanzitutto richiamare l'attenzione sul fatto che il trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale può avvenire a condizione che i trasferimenti dei dati siano sottoposti a garanzie adeguate. In virtù del considerando n. 108 del RGDP, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe provvedere a compensare la carenza di protezione dei dati in un paese terzo con adeguate garanzie a tutela dell'interessato, e tali adeguate garanzie possono consistere nell'applicazione di "clausole tipo di protezione dei dati" adottate da un'Autorità di controllo o di clausole contrattuali da essa autorizzate ⁷⁴. Così, ai sensi dell'art. 58, par. 3, lett. g, il Garante ha il potere di adottare clausole tipo di protezione le quali non possono essere "contraddette" da diverse disposizioni delle parti contraenti (cfr. considerando 108), e acquistano, dunque, il carattere dell'imperatività rispetto alle determinazioni dei privati contraenti.

Ulteriori aspetti della regolazione della materia si avranno con l'emanazione del Regolamento comunitario che sarà chiamato a disciplinare uno dei settori di mercato dove più delicata è la sfida tecnologica e dove il dato personale sta alla base ed è il fulcro della nascita di nuove economie globali: il settore delle comunicazioni elettroniche ⁷⁵.

⁷³ Sia consentito, sul punto, il rinvio a V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017, p. 253 ss.

⁷⁴ Si coglie anche da queste considerazioni in tema di regolazione del settore del trattamento dei dati personali una deviazione rispetto a quello che è ritenuto, forse non del tutto corrispondentemente, il modello del diritto alla *privacy* statunitense (v. con riguardo alla tendenza a ricercare nel modello americano le radici del diritto alla *privacy* europeo le osservazioni critiche di A. MANTELEO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione dell'impresa*, cit.). Sul punto della regolazione del fenomeno della circolazione dei dati personali il modello statunitense non ha ricevuto una piena adesione, almeno nell'interpretazione prevalente degli interventi normativi comunitari. Il legislatore europeo, ed in particolar modo quello italiano, hanno imposto la disciplina del fenomeno del trattamento dei dati personali con un prevalente

accento sui principi etici del « giusto trattamento dei dati personali », e secondo quello che è stato definito un « approccio generalista » — in quanto il c.d. « diritto alla *privacy* » vige a prescindere dal settore di applicazione — e « centralizzato », in quanto la tendenza è stata quella di disciplinarlo in un unico corpo legislativo. Di contro, il legislatore americano si è mosso nel solco di principi di matrice utilitaristica, con una maggiore settorialità dell'intervento e inclinazione alla deregolamentazione, al *laissez faire*: v. A. ACQUISTI, *L'economia della privacy*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, *Il codice del trattamento dei dati personali*, cit., p. 907.

⁷⁵ Si tratta del c.d. « Regolamento *e-privacy* » proposto il 10 gennaio 2017: cfr. 2017/0003 (COD), *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)*.