



Corso di dottorato di ricerca in

Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo

in convenzione con l'Università degli Studi di Trieste

Ciclo XXXVII

**Lo scambio dei dati personali:
limiti e prospettive per la creazione di un mercato digitale europeo.**

Dottorando

Alan Onesti

Supervisore

Prof.ssa Raffaella Pasquili

Anno di discussione: 2025

Abstract

Nel corso dell'ultimo trentennio si è assistito ad una vera e propria rivoluzione informatica della società, ove l'intera realtà fisica ha trovato il suo corrispondente digitale nell'universo online della rete Internet. Questa "datificazione della realtà" ha portato all'emersione di nuove forme commerciali, per così dire "datacentriche", caratterizzate cioè dall'estrema importanza attribuita ai dati informatici, e, tra questi, ai dati personali dei consumatori, i quali hanno col tempo assunto il ruolo socioeconomico di vera e propria "moneta di scambio", di corrispettivo non monetario delle transazioni online. Con la Direttiva (UE) 2019/770, il Legislatore europeo ha incaricato i Legislatori nazionali di qualificare e di disciplinare, in particolare, il fenomeno del c.d. "scambio di dati personali", ovverosia quella peculiare dinamica commerciale che vede il professionista operante nel mercato digitale offrire il proprio servizio o prodotto ai consumatori subordinando tale fornitura non già al pagamento di un prezzo, bensì all'autorizzazione, da parte del consumatore stesso, a trattare i propri dati personali per finalità estranee all'esecuzione del contratto. Nel silenzio del Legislatore italiano, il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di fornire una qualificazione giuridica dell'operazione economica descritta e, correlativamente, di individuarne una disciplina. Al raggiungimento dello scopo prefissato sarà propedeutica un'indagine sulla natura dei dati personali e la natura, disponibile o indisponibile, del diritto alla loro protezione. Una volta chiarita la disponibilità, nei limiti del rispetto della dignità della persona, del diritto in questione, si tenteranno di indagare le forme che può assumere il fenomeno oggetto di studio. In particolare, si evidenzierà come, alla luce della rigorosa disciplina regolamentare europea in materia di consenso al trattamento dei dati personali, il c.d. "scambio di dati personali" non potrà strutturarsi come un tradizionale contratto a prestazioni corrispettive in considerazione della non obbligatorietà di una delle prestazioni scambiate (id est: il consenso al trattamento dei dati personali). Infine, rilevato come gli esiti raggiunti, pur imposti dalla disciplina europea sul consenso al trattamento, possano costituire un ostacolo all'obiettivo unionale della creazione di un libero mercato dei dati, si tenterà di ampliare l'angolo visuale dell'analisi per verificare se, e in che limiti, sia possibile recuperare - in un'ottica de jure condendo - parte dell'approccio, fortemente "marked oriented", adottato sul punto dagli Stati Uniti d'America.

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO PRIMO - Dati personali e diritti della personalità. La legittimità e i limiti alla commercializzazione degli attributi immateriali della persona.....	9
---	----------

Sezione I – I dati personali come attributi immateriali della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali come nuovo diritto della personalità	9
--	----------

<i>1. I dati personali come informazioni sulla persona. Il diritto alla riservatezza e all'identità personale come prime forme di tutela dell'informazione sulla persona.</i>	<i>9</i>
<i>2. (Segue) Dalla protezione all'autodeterminazione. I dati personali come attributi della personalità.....</i>	<i>18</i>
<i>3. Dalla protezione al principio di libera circolazione dei dati personali. Il focus del GDPR sul bilanciamento tra interessi contrapposti.....</i>	<i>26</i>
<i>4. La commercializzazione dei dati personali: la Direttiva (UE) 2019/770 e il “caso” dello scambio tra servizi/prodotti digitali e dati personali.....</i>	<i>38</i>

Sezione II - Dalla teoria dell'indisponibilità dei diritti della personalità alla commercializzazione degli attributi immateriali della persona	47
--	-----------

<i>1. Il falso mito dell'indisponibilità dei diritti della personalità. Premesse e delimitazione del campo d'indagine.....</i>	<i>47</i>
<i>2. Dalle origini dei diritti della personalità all'epoca moderna: la tradizione italofrancese ottocentesca e l'approccio proprietario.....</i>	<i>51</i>
<i>3. (Segue) L'elaborazione della categoria dei diritti della personalità nella Germania dell'Ottocento.....</i>	<i>53</i>
<i>4. La costituzionalizzazione dei diritti della personalità e la nascita del dogma dell'indisponibilità.....</i>	<i>56</i>
<i>5. Il superamento del dogma dell'indisponibilità. Verso la commercializzazione degli</i>	

<i>attributi immateriali della personalità</i>	60
6. (Segue) <i>L'evoluzione della prassi sociale. Una comparazione col diritto al nome e all'immagine</i>	67
7. <i>La commercializzazione degli attributi immateriali della personalità. Prime considerazioni conclusive</i>	73

CAPITOLO SECONDO - La commercializzazione dei dati personali. Verso una ricostruzione giuridica del fenomeno..... 77

Sezione I - Il ruolo del consenso nel mercato dei dati personali..... 77

1. <i>Il ruolo del consenso nella commercializzazione dei diritti della personalità c.d. "tradizionali" e gli elementi di specificità della commercializzazione dei dati personali</i>	77
2. <i>La struttura del consenso al trattamento dei dati personali: il superamento del dibattito sulla natura negoziale o non negoziale</i>	85
3. (Segue) <i>Il consenso al trattamento dei dati personali come atto unilaterale autonomo e distinto dal "consenso contrattuale"</i>	91
4. <i>La libertà del consenso al trattamento dei dati personali. Critica alla teoria del consenso come controprestazione obbligatoria</i>	98
5. (Segue) <i>La teoria del collegamento negoziale. Rilievi critici</i>	102
6. <i>La teoria del c.d. «collegamento condizionale»: verso una qualificazione dell'operazione negoziale</i>	107

Sezione II - Le promesse condizionate ad una prestazione..... 119

1. <i>La condizione in funzione premiale o incentivante</i>	119
2. <i>Le promesse condizionate ad una prestazione. Ammissibilità e ricostruzione dell'istituto</i>	124
3. <i>Promesse condizionate ad una prestazione: la corrispettività e la causa di scambio</i>	

4. <i>Cenni di disciplina: la revoca del consenso al trattamento dei dati personali</i>	141
5. (Segue) <i>L'invalidità del consenso al trattamento dei dati personali</i>	148
6. (Segue) <i>Il trattamento illecito dei dati personali. Profili di responsabilità</i>	151
7. <i>Riflessioni conclusive</i>	157

CAPITOLO TERZO - Prospettive *de jure condendo*. La licenza d'uso dei dati personali come strumento per la creazione di un mercato europeo dei dati personali 159

Sezione I - L'approccio statunitense alla commercializzazione dei dati personali. La natura meramente mercantile della *data protection* 159

1. <i>La Strategia dell'Unione Europea per i dati e l'opportunità di una comparazione col modello statunitense. Verso la creazione di un mercato europeo dei dati personali</i> . 159	
2. <i>La disciplina costituzionale della data protection</i>	167
3. <i>La disciplina della data protection nella legislazione ordinaria: i rapporti verticali</i> . 173	
4. (Segue) <i>La data protection nei rapporti orizzontali: un mosaico di leggi federali e statali</i>	176
5. <i>La concezione "latamente proprietaria" dei dati personali nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi</i>	183
6. <i>L'approccio mercantile degli U.S.A. come sistema più favorevole alla creazione di un "mercato dei dati"</i>	187

Sezione II - La licenza d'uso dei dati personali come strumento privilegiato per la loro circolazione..... 191

1. <i>La difficoltà di recuperare una concezione prettamente proprietaria a vantaggio dei consumatori</i>	191
2. <i>Il right of publicity di marca statunitense</i>	194

3. (Segue) <i>Limiti e potenzialità dell'applicazione del right of publicity al diritto alla protezione dei dati personali.</i>	197
4. <i>Critiche ad una logica circolatoria strettamente traslativa. Verso lo schema della licenza.</i>	202
5. <i>Riflessioni conclusive e proposte de jure condendo. Un sistema integrato di meccanismi negoziali di licenza e vincoli legali.</i>	206
CONCLUSIONI	211
BIBLIOGRAFIA	215

INTRODUZIONE

L'era contemporanea è caratterizzata da una rivoluzione tecnologica¹ che, sotto forma di digitalizzazione, permea ogni ambito della vita umana (da quella privata a quella pubblica, da quella professionale o lavorativa a quella di intrattenimento), tanto che la realtà, un tempo analogica e materiale, oggi assume una forma digitale.

Chiunque, oramai, nella società moderna, è costantemente connesso alla rete pubblica di telecomunicazioni: *smartphone*, *tablet*, *smartwatch*, *computer*, sono solo alcuni dei dispositivi che vengono usati quotidianamente da milioni di persone per connettersi alla rete internet. Questi dispositivi sono costantemente connessi alla rete e lavorano in “*background*” anche senza la necessità di *input* da parte dell'individuo², raccogliendo ed elaborando informazioni automaticamente. Si pensi, ad esempio, allo *smartwatch* che, durante la notte, registra la “qualità del sonno” dell'utente; ai prodotti domotici per l'abitazione, che automatizzano gli impianti, per così dire, tradizionali della casa; alle apparecchiature sportive che registrano e condividono con una platea di “amici” i dati, ad esempio, di una corsa, o di altra attività sportiva; alle automobili c.d. “*driverless*”, le quali sono in grado di raccogliere e trasmettere automaticamente informazioni relative alla loro posizione, al loro funzionamento, all'ambiente circostante e così via; si pensi infine ai *social media*, ove gli utenti condividono ogni genere di informazione, da foto e video della propria vita privata, passando per interessi politici e culturali o abitudini commerciali, sino anche alla propria posizione in tempo reale.

L'interconnessione digitale su larga scala ha così portato alla nascita di ingenti masse di dati informatici, al punto che si è parlato di «datificazione del reale»³. I dati informatici, infatti,

¹ Fondamentale, per comprendere come la rivoluzione tecnologica abbia influenzato la società moderna, è l'opera di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione: come l'infosfera sta cambiando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017, *passim*.

² Cfr. G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 411, ove viene evidenziato come «anche quando dormiamo o siamo assenti qualcuno dei molteplici terminali a nostra disposizione (...) è connesso alla rete e “lavora per noi”».

³ Cfr. I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contratto e impresa*, 2021, p. 603.

non sono altro che «rappresentazioni in forma digitale di fatti del mondo, aspetti della persona, eventi, comportamenti»⁴. Essi vengono creati e disseminati nella rete anche solo attraverso la mera navigazione *online* da parte dell'utente e costituiscono oggi una delle principali forme di ricchezza del mercato⁵, tanto da essere stati definiti “*the new oil*”⁶: così come il petrolio in passato ha alimentato l'economia industriale, così oggi i dati alimentano l'economia dell'informazione.

I dati personali dei consumatori, infatti, che costituiscono un sottogenere dei dati informatici, vengono raccolti e analizzati dalle imprese del settore digitale al fine di trarre da essi importantissime informazioni di politica commerciale, informazioni funzionali in particolare alle esigenze della produzione e della distribuzione⁷. Attraverso appositi algoritmi, i dati personali vengono raccolti, catalogati e assemblati per dare vita ai c.d. “*Big Data*”⁸, una massa indistinta ed enorme di dati informatici capace, una volta analizzata, di rivelare le tendenze dei consumatori, le loro preferenze commerciali, le loro abitudini, anche in ottica predittiva dei loro comportamenti e, quindi, dell'andamento del mercato. In possesso di simili informazioni e previsioni, le imprese divengono in grado di orientare la propria produzione secondo le esigenze del mercato e di offrire ai consumatori prodotti e servizi sempre più “customizzati” sui loro specifici interessi⁹. Come è stato rilevato, la c.d. “*mass*

⁴ La definizione è di A. LAS CASAS, *Contrattazione digitale e modelli di scambio*, in U. SALANITRO (a cura di), *Smart. La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 390.

⁵ Cfr. M. AINIS, *Circolazione dei dati personali e disciplina del mercato*, in A. MORACE PINELLI (a cura di), *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 53 ss.

⁶ Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM ON EUROPE AND CENTRAL ASIA 2011, *Personal data: the “new oil” of the 21st Century*, 9 June 2011, disponibile online all'indirizzo <http://www.weforum.org/sessions/summary/personal-data-new-oil-21st-century>. Per la verità, l'espressione ricorre in molti scritti di stampo non solo giuridico, ma anche politico ed economico, al punto che è stata definita «il mantra dell'ultima decade» (così G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 11).

⁷ Vi è chi ha evidenziato come l'importanza economica dei dati derivi proprio dalla possibilità di elaborarli così da inferire da essi nuova conoscenza (così A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 799 ss.).

⁸ Con l'espressione “*Big Data*” ci si riferisce ad enormi quantità di dati raccolti da numerose fonti, tra loro eterogenee, la cui analisi interlacciata permette la creazione di nuova conoscenza, anche in funzione predittiva (cfr. T. MAURO, *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato, Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 643 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH - G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 29 ss.). Il tema verrà trattato più diffusamente *infra* (cfr. Cap. I, sez. I, par. 2, p. 18 ss.).

⁹ Cfr. A. M. PINELLI, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato*, in

customization” costituisce la cifra caratterizzante l’economia dei nostri tempi¹⁰ e apre la strada a quello che – in termini assolutamente pessimistici – è stato definito il “capitalismo della sorveglianza”¹¹. È infatti innegabile che lo sviluppo delle nuove tecnologie dell’informazione, così come lo sviluppo di ogni nuova tecnologia, abbia portato con sé nuovi pericoli per la persona: non solo vi è il rischio che vengano affievoliti diritti fondamentali come quello alla riservatezza e al rispetto della vita privata, ma altresì che il possesso di tante e simili informazioni sull’individuo possa portare a fenomeni pervasivi di discriminazione e controllo sociale¹².

Peraltro, di là da derive pessimistiche¹³, è innegabile che i dati personali costituiscano oggi un’instimabile risorsa, e ciò non solo per le imprese, ma anche, e di conseguenza, per l’intero mercato, al punto che nel corso degli anni sono sorte innumerevoli forme negoziali che sfruttano l’interconnessione digitale per fornire agli utenti servizi e prodotti interamente *online*. La digitalizzazione, in particolare, dei modelli di produzione e consumo ha infatti portato alla diffusione di nuovi modelli commerciali, prima sconosciuti, ove sia l’accordo tra le parti sia anche l’esecuzione e la fruizione della prestazione avvengono *online*, modelli commerciali c.d. “*data based*”, ove cioè i dati personali rivestono un ruolo determinante.

Si pensi, ad esempio, ai servizi di c.d. “*browsing*”, come quelli forniti da Google e Yahoo, o ai servizi di posta elettronica, alle già citate piattaforme di *social media*, ai servizi di archiviazione in *cloud*, e in generale a tutti quei servizi che vengono offerti in rete ai consumatori che accedono al sito web dedicato.

Tutti questi servizi hanno la fondamentale caratteristica comune di essere forniti, o meglio presentati, come assolutamente gratuiti, in quanto prestati in totale assenza di un corrispettivo

La nuova giurisprudenza civile commentata, 2022, p. 1322 ss.

¹⁰ Così G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 12.

¹¹ Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019, *passim*. L’Autrice analizza, da un punto di vista economico e sociale, il fenomeno della circolazione dei dati personali, evidenziandone tutti gli aspetti negativi.

¹² Sul punto si veda E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1210 ss. (cfr. altresì *infra* Cap. I, sez. I, par. 2, p. 18 ss.).

¹³ Nel corso del presente lavoro si darà certamente atto dei rischi connessi alla totale liberalizzazione della circolazione dei dati personali, ma si evidenzierà altresì come i rischi per la persona debbano essere evitati non già attraverso una chiusura alla commercializzazione dei dati, quanto piuttosto attraverso una loro circolazione controllata e una rigida regolamentazione dei casi e dei limiti con cui sia possibile commercializzare i dati personali (cfr. specialmente Cap. I, sez. II, par. 7, p. 71 ss.; Cap. II, sez. I, par. 6, p. 105 ss.; Cap. III, sez. II, par. 5, p. 204 ss.).

monetario. Il consumatore, cioè, può accedervi senza dover pagare alcunché. Ovviamente, si tratta solo di una suggestione in quanto l'asserita e pubblicizzata gratuità di tali servizi è - spesso - solo apparente¹⁴. Nella maggior parte delle ipotesi, infatti, quale condizione per l'accesso e la fruizione dei servizi in rete viene richiesto all'utente di autorizzare il fornitore a trattare i propri dati personali per finalità estranee all'esecuzione del contratto. Si tratta del c.d. "scambio di dati personali", caratterizzato appunto per la fornitura solo apparentemente gratuita¹⁵ di servizi *online* (c.d. "*free digital services*"), accessibili cioè dall'utente senza il pagamento di un corrispettivo monetario, posto che il servizio è condizionato alla previa autorizzazione al trattamento, da parte del fornitore, dei dati personali del consumatore. In queste ipotesi, i dati personali degli utenti vengono, per così dire, scambiati, a fronte di uno specifico prodotto e/o servizio digitale¹⁶ e costituiscono, da un punto di vista economico, un vero e proprio corrispettivo dell'operazione commerciale.

La sostenibilità economica, per le imprese, di simili modelli di *business* si giustifica, da un lato, in virtù dei ridotti costi nella produzione e distribuzione di simili prodotti¹⁷, dall'altro - e soprattutto - per il fatto che tali scambi trovano, secondo la dinamica tipica dei mercati a due versanti¹⁸, una remunerazione economica altrove, e cioè nello sfruttamento economico, da parte delle imprese, dei dati personali del consumatore che a ciò le ha autorizzate¹⁹. In particolare, le imprese trasmettono, a titolo oneroso, e dunque questa volta dietro un corrispettivo monetario, i dati raccolti a soggetti terzi, tendenzialmente altre imprese operanti nel mercato digitale, che potranno sfruttare le informazioni così ottenute in vario modo, ad esempio attraverso operazioni di marketing mirato, scelte produttive e politiche di

¹⁴ Cfr. G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 414, ove gli Autori ricordano come «addirittura c'è chi continua a usare come *slogan* per gli allocchi che il proprio servizio "*is free and will always be*»».

¹⁵ Smaschera, per così dire, la gratuità di simili modelli negoziali, ad esempio, E. BATTELLI, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono gratuiti*, in *I contratti*, 2022, p. 355 ss. Nello stesso senso anche G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 413 ss.

¹⁶ Sulle operazioni di "scambio" di dati personali si veda, *ex multis*, F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 34 ss.

¹⁷ Cfr. J. C. ROCHET e J. TIROLE, *Platform competition in two sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 1(4)/2003, p. 990 ss.

¹⁸ La definizione la si deve a J. C. ROCHET e J. TIROLE, *ibidem*.

¹⁹ Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO - V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 125 ss., spec. p. 129.

diversificazione dei prezzi²⁰. In questa dinamica a più versanti, dunque, i dati personali finiscono per assurgere a vera e propria “moneta di scambio”.

Cifra caratterizzante il fenomeno appena descritto, e cioè i modelli commerciali basati sullo sfruttamento dei dati personali, è il fatto che - come si sarà certamente intuito - esso trova la sua maggior diffusione in quel delicatissimo settore che sono i rapporti c.d. “b2c”, ovverosia *business to consumer*, quei rapporti che definiremmo “consumeristici” per il fatto di coinvolgere un professionista da una parte e un consumatore dall'altra. I servizi e i prodotti offerti dagli operatori del mercato digitale sono cioè generalmente pensati per, e rivolti a, i consumatori del mercato digitale. Sono infatti i dati *personali* dei consumatori, le *loro* abitudini commerciali, le *loro* esigenze che interessano alle imprese e che permettono a queste di organizzare la propria politica produttiva e distributiva.

Senonché, questo fenomeno, per anni invalso nella prassi commerciale (basti pensare a piattaforme c.d. “social” quali Facebook, Instagram e così via...), è rimasto a lungo sprovvisto di disciplina giuridica, sia a livello nazionale sia a livello europeo, ove invece il Legislatore - sulla scorta di quanto avvenuto a livello internazionale²¹ - ha dedicato molti sforzi nell'elaborare e nell'affermare il diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale e nell'apprestare alla persona la tutela più solida.

Soltanto in tempi più recenti, dal livello europeo, è giunta una maggiore attenzione all'importanza che i dati personali rivestono non solo per la persona, ma anche per il mercato. Attraverso un'evoluzione normativa stratificata negli anni, si è infatti giunti all'adozione della Direttiva (UE) 2019/770, la quale, proponendosi di disciplinare alcuni specifici aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali che intercorrono tra un professionista e un consumatore (e principalmente quelli relativi ai difetti di conformità), ha espressamente esteso il proprio ambito di applicazione anche ai meccanismi commerciali di c.d. “scambio di dati personali”, dimostrando così la presa di coscienza, da parte del Legislatore europeo, della loro rilevanza economico sociale e dell'esigenza di una loro

²⁰ Cfr. P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2022, p. 1056.

²¹ È proprio a livello internazionale, infatti, che sono stati fatti gli sforzi maggiori per l'affermazione del diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona, il quale venne sancito per la prima volta, come si avrà modo di esporre (cfr. Cap. I, sez. I, par. 1, p. 9 ss.), dall'ONU, all'interno della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

regolamentazione²². La Direttiva, peraltro, non disciplina nel dettaglio, né qualifica giuridicamente, tali operazioni. Anzi, attraverso una tecnica legislativa alquanto rivedibile, evita appositamente di prendere posizione anche solo sulla natura contrattuale di tali operazioni, rimettendo al Legislatore nazionale tale compito. Il Legislatore italiano, come si vedrà²³, non ha contribuito a fornire chiarezza sul punto, limitandosi a recepire - sterilmente - le poche disposizioni di dettaglio contenute nella Direttiva, senza sciogliere a monte i nodi qualificatori dell'operazione. La lacuna normativa è, se possibile, ancor più grave in considerazione della qualificazione degli utenti come consumatori, notoriamente parti deboli del rapporto commerciale.

L'obiettivo del presente lavoro è quindi quello di cercare di individuare una possibile qualificazione giuridica dell'operazione economica di c.d. "scambio di dati personali" e, conseguentemente, la disciplina applicabile. Ciò, ovviamente, secondo categorie concettuali di diritto interno, ma nel rispetto rigoroso della disciplina regolamentare europea. Il campo d'indagine, va fin da subito chiarito, sarà limitato ai rapporti di consumo. Il diritto dei consumatori, infatti, non solo risulta essere l'ambito all'interno del quale devono essere incardinati gli scambi commerciali in questione, come si è visto, ma è altresì uno dei campi più delicati e oggetto di attenzione da parte dell'Unione europea per l'evidente situazione di debolezza economica in cui i consumatori si vengono a collocare sul mercato.

Per raggiungere tale obiettivo, sarà necessario, *in primis*, ricostruire il regime giuridico dei dati personali e quindi tentare di individuare una qualificazione giuridica appropriata, sciogliendo il nodo dell'alternativa che li vede qualificati ora come beni giuridici in senso stretto, ora come attributi della personalità. Sposando quest'ultimo approccio, si evidenzierà come la teorica dei diritti della personalità abbia da tempo affrontato il problema della loro commercializzazione, superando la tesi della totale indisponibilità del diritto a favore di una sua - seppur limitata - commerciabilità.

Piuttosto, la tutela della persona dovrà avvenire attraverso l'individuazione di specifici meccanismi negoziali che garantiscano di mantenere intatta la tutela personalistica pur concedendo la commercializzazione dei dati personali. Si dovranno, quindi, indagare le

²² Cfr. S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Persona e mercato*, 2023, p. 222 ss.

²³ Cfr. Cap. I, sez. I, par. 4, p. 37 ss.

forme concrete con cui tale commercializzazione può avvenire, per poter così dedurre dalla struttura e dalla causa negoziale che verranno individuate una correlata disciplina giuridica. In quest'ottica, non si potrà che partire dall'analisi della disciplina imperativa europea sul diritto alla protezione dei dati personali, contenuta nel Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali (noto con l'acronimo inglese di GDPR o, nella versione italiana, RGPD) e muoversi nel limitato spazio operativo concesso dalla rigorosa fonte regolamentare, anche alla luce delle indicazioni interpretative provenienti dalle Istituzioni europee in materia di consenso al trattamento dei dati personali. Muovendosi attraverso le maglie del Regolamento europeo, si ricostruirà il fenomeno di c.d. "scambio di dati personali" come una fattispecie complessa, che attraverso la combinazione di più manifestazioni di volontà dà vita ad una peculiare forma di contratto a prestazioni corrispettive la cui disciplina si rinverrà in parte nelle norme generali del Codice civile e in parte in quelle speciali del Codice del consumo e della *data protection*.

Infine, nella parte conclusiva di questo lavoro, si evidenzierà come la disciplina dettata dal GDPR in materia di consenso al trattamento dei dati personali possa rappresentare un limite alla creazione di un mercato europeo dei dati, che costituisce un obiettivo economico fondamentale dell'Unione. In particolare, previa ricostruzione della disciplina statunitense sulla commercializzazione dei dati personali, si tenterà di suggerire, in un'ottica *de jure condendo*, un parziale recupero dell'approccio americano, fortemente "*marked oriented*", al fine di trovare un sistema che favorisca maggiormente la circolazione dei dati su base negoziale, pur mantenendo le prerogative difensive tipiche della *data protection* e del diritto dei consumatori.

CAPITOLO PRIMO

Dati personali e diritti della personalità. La legittimità e i limiti alla commercializzazione degli attributi immateriali della persona

Sezione I

I dati personali come attributi immateriali della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali come nuovo diritto della personalità.

1. I dati personali come informazioni sulla persona. Il diritto alla riservatezza e all'identità personale come prime forme di tutela dell'informazione sulla persona.

L'analisi che ci si propone di compiere con questo lavoro deve partire dall'individuazione della natura giuridica di quegli elementi che rappresentano il fulcro della nuova economia e delle nuove dinamiche del mercato digitale: i dati personali. Infatti, come si vedrà, i dati personali sono al centro di diverse politiche economiche in ambito europeo che hanno dato adito a riflessioni sul loro ruolo e sulla loro natura di entità liberamente commerciabili. Ebbene, la comprensione della vera natura dei dati personali deve partire da un'analisi della definizione che si può rinvenire nelle principali fonti normative di riferimento a livello eurounitario e internazionale, nonché da una ricostruzione dell'evoluzione giuridica che ha portato alla nascita del diritto alla protezione dei dati personali, oggi proclamato come diritto fondamentale dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (c.d. "Carta di Nizza"). L'indagine - come si cercherà di dimostrare - porterà a qualificare i dati personali come attributi o estrinsecazioni della personalità del soggetto cui si riferiscono, in contrapposizione a quelle correnti dottrinali minoritarie che hanno inteso attribuire agli stessi la qualifica di beni giuridici¹.

¹ Cfr., in ambito italiano, A. DE FRANCESCHI, *Data as tradeable commodity and new measures for their*

Partendo dall'analisi definitoria, non si può che guardare alla Convenzione di Strasburgo del 1981, la quale costituisce, come si vedrà, il testo normativo che per primo nella storia ha sancito il “diritto alla protezione dei dati personali”. In particolare, all'art. 2 i dati personali sono definiti come «ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile». La stessa definizione si trovava nell'art. 2, comma 1, lett. a) della Direttiva (CE) 1995/46 ed è poi stata trasfusa nell'art. 4, n. 1, del GDPR, il quale così recita: «Ai fini del presente regolamento s'intende per «dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)». Informazioni², dunque, informazioni riguardanti una persona e che possano essere ad essa ricondotte³.

È dal concetto di informazione, pertanto, che si deve partire per ricostruire lo “statuto”⁴ dei dati personali e della persona cui i dati stessi si riferiscono.

Il concetto di informazione, su un piano giuridico, evoca immediatamente alla mente del giurista concetti come *privacy*, riservatezza e identità personale, concetti strettamente

protection, in *The italian law journal*, 1/2015, p. 51 ss.; in ambito americano, P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy and personal data*, in *Harvard law review*, 7/2004, p. 2055 ss. Sul punto si tornerà al termine di questo lavoro, cfr. Cap. III, sez. II, par. 1, p. 189 ss.

² Il termine richiama lo storico dibattito in merito alla riconducibilità delle “informazioni” alla categoria dei beni: cfr. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 339 ss. e V. ZENO-ZENCOVICH, *Sull'informazione come bene (e metodo del dibattito giuridico)*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 485 ss.

³ Sul concetto di “identificata o identificabile” è sufficiente, per l'analisi che qui si intende condurre, riportare la spiegazione contenuta sempre all'art. 4, par. 1, GDPR, ai sensi del quale «si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Esulano dunque dall'ambito di protezione fornito da tale diritto tutti i dati, tutte le informazioni che non possono essere ricondotte in alcun modo ad una specifica persona, dati che dunque vengono qualificati come “anonimi”, perché tali fin dall'origine o perché successivamente “anonimizzati”. Per una riflessione più approfondita sulle implicazioni del concetto di identificabilità si rinvia a G. DE GREGORIO - R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e big data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 447 ss.; E. PELLECCIA, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, deidentificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 360 ss.

⁴ Diverso è l'approccio di chi si propone di ricostruire lo “statuto” dei dati personali a partire non già dalla posizione giuridica soggettiva dell'interessato, quanto piuttosto dal dato personale come bene giuridico: vedi C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. p. 12 ss., ove l'Autrice evidenzia come sui dati personali non insistano solo i diritti dell'interessato, ma anche diritti di terzi soggetti, primo tra tutti il titolare del trattamento. Per questo motivo, sostiene l'Autrice, condurre l'analisi a partire dall'oggetto evita il rischio che essa «rimanga profondamente segnata dal modello che si segue nel caratterizzare la situazione giuridica soggettiva presa in esame» e si giunga a «qualificazioni dei dati personali molto diverse se non opposte, da cui dedurre conclusioni, in punto disciplina applicabile, non sempre compatibili tra loro» (p. 12 ss.).

connessi tra loro e ammantati di una componente informativa sulla persona che li connota in egual misura e che, a tratti, ne confonde i confini⁵. Può essere dunque utile ripercorrere la storia dell'evoluzione giuridica che ha portato alla nascita di tali diritti e alla loro evoluzione sino al diritto alla protezione dei dati personali.

Tradizionalmente, la nascita del diritto alla *privacy* viene ricondotta al noto saggio «*The right to privacy*», scritto dai giuristi americani Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis nel lontano 1890⁶, ove si sosteneva con forza l'esistenza, nell'ordinamento giuridico americano, del diritto «*to be let alone*»⁷, inteso ovviamente non tanto come il diritto di essere lasciati soli, quanto piuttosto come il diritto di ciascun individuo all'inviolabilità della propria sfera di vita personale e privata. Il contesto per la scrittura dell'articolo era rappresentato dall'enorme industrializzazione che caratterizzò gli Stati Uniti di fine Ottocento, con la nascita di nuove tecnologie (come la macchina da stampa a rotativa e la macchina fotografica) che permettevano di corredare gli articoli dei quotidiani di stampa con le foto dei protagonisti⁸. L'occasione, invece, consistette nelle informazioni che il giornale scandalistico *Evening Gazette* di Boston aveva pubblicato sulla vita privata di Samuel Warren e della di lui famiglia, indiscrezioni che venivano da costoro denunciate come una illegittima intrusione nella loro sfera di vita privata e dunque come una violazione della loro *privacy*.

Il concetto di *privacy* elaborato da Warren e Brandeis era quindi strettamente correlato all'idea del domicilio e alla sua inviolabilità: all'interno delle mura domestiche l'individuo doveva essere libero da ingerenze esterne. Così, partendo dall'idea della proprietà privata e della sua tutela più assoluta, Warren e Brandeis giunsero a teorizzare la necessità che anche i “beni immateriali”⁹, quale la vita privata delle persone, e quella che noi oggi chiameremmo

⁵ Illuminanti, al riguardo, i contributi di Stefano Rodotà, in particolare in S. RODOTÀ., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 583 ss.

⁶ L. D. BRANDEIS - S. WARREN, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 4/1890, p. 193 ss.

⁷ Come nota T. MAURO, *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato, Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 655, l'espressione è stata in realtà coniata per la prima volta in T. COOLEY, *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independent of contract*, Callaghan & Company, Chicago, 1888, *passim*.

⁸ Cfr. C. FARALLI, *La privacy dalle origini ad oggi. Profili storico-filosofici*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 1 ss.

⁹ L'espressione viene qui tradotta dall'inglese “*intangible form of possession*” e non è dunque riferita al concetto privatistico di bene immateriale, quanto piuttosto alla dimensione e agli interessi più strettamente

riservatezza, dovessero ricevere una tutela “proprietaria” analoga a quella dei “beni materiali”¹⁰. In altri termini, «si trattava di una applicazione della logica della proprietà privata e del classico istituto dello *jus excludendi alios*»¹¹. Un concetto che, con gli anni, avrebbe messo radici anche in Europa, ove assunse le vesti di quello che oggi viene comunemente definito diritto alla riservatezza, di cui la protezione della vita privata costituisce un aspetto fondamentale¹².

Il diritto alla riservatezza nacque dunque come rivendicazione, come esigenza morale, ma è solo in epoca moderna, a partire dalla metà del Novecento, che da enunciazione di principio divenne diritto esigibile, nel momento cioè in cui venne codificato ed enunciato a livello normativo¹³. A livello internazionale, infatti, il diritto alla riservatezza venne sancito per la prima volta dall'ONU nel 1948, nell'immediato dopoguerra, all'interno della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ribadito nel 1966 all'interno del Patto sui diritti civili e politici¹⁴. Medesimo riconoscimento, poi, esso ricevette all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti “CEDU”)¹⁵, il cui art. 8 oggi riconosce e garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio

personali dell'individuo.

¹⁰«*That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -- the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession -- intangible, as well as tangible*»: così L. D. BRANDEIS - S. WARREN, *The right to privacy*, cit., p. 193.

¹¹ Così T. MAURO, *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, cit., p. 655.

¹² Per un approfondimento su come tale diritto si è sviluppato sul versante americano si veda *infra* Cap. III, sez. II, par. 2, p. 194 ss., spec. nota 120, p. 195-196.

¹³ C. FARALLI, *La privacy dalle origini ad oggi. Profili storico-filosofici*, cit., p. 10.

¹⁴ L'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ripreso in termini quasi identici dall'art. 17 del Patto sui diritti civili e politici, sancisce che «nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione».

¹⁵ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Consiglio d'Europa, Roma, 4 novembre 1950.

domicilio e della propria corrispondenza». A livello di Unione Europea, infine, il diritto venne riconosciuto e sancito per la prima volta nella Carta di Nizza, ove gli venne attribuito il rango di diritto fondamentale e venne inserito nel Titolo II, dedicato alle “libertà”, all’art. 7, ai sensi del quale «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni». Il rispetto della vita privata, dunque, costituisce oggi il nucleo essenziale del diritto alla riservatezza, pur non coincidendo con esso. Il diritto alla riservatezza è stato definito e concretizzato, sulla scorta di quel “*right to be let alone*”, come il diritto di «escludere altri dalla conoscenza di vicende strettamente personali e familiari»¹⁶, dove il termine “vicende” non può che essere letto come un’espressione più articolata ed evoluta del concetto basilare di informazioni, le quali comunque rimangono il *focus* della tutela del diritto alla riservatezza.

La ragione di una simile attenzione al diritto alla riservatezza a partire dagli Anni ‘50 del Novecento può essere facilmente rinvenuta nella volontà delle Nazioni Unite e del Consiglio d’Europa, nonché delle Istituzioni europee, di affermare con forza i principi e i valori di libertà e dignità, principi e valori opposti ai regimi totalitari che avevano caratterizzato il primo Novecento e che si erano fondati sull’abolizione proprio della libertà e della dignità della persona; principi e libertà che invece il diritto alla riservatezza incarna e intende proteggere. Se è questa la ragione storica che ha favorito e accelerato il riconoscimento di tale diritto a livello internazionale, non stupisce che in Europa i primi Stati ad approfondire lo studio del diritto alla riservatezza, a codificarlo e a concepirlo come diritto fondamentale, in quanto espressione dei principi di libertà e dignità della persona, furono l’Italia e la Germania, reduci dai regimi totalitari che li avevano dominati negli anni precedenti.

In Italia, l’elaborazione del diritto alla riservatezza e di tutte le sue declinazioni, per larga parte del XX Secolo, è stata rimessa all’attività ermeneutica della giurisprudenza, di quella giurisprudenza, illuminata, particolarmente attenta ai valori costituzionali e alla possibilità di ricavare da essi nuovi diritti¹⁷. È tale lettura estensiva ed evolutiva della Costituzione che ha

¹⁶ G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1 ss., spec. p. 4.

¹⁷ «In particolare, l’attenzione inizia progressivamente a spostarsi sulla dimensione sociale della personalità e sul suo inserimento in un tessuto di relazioni e di poteri, rispetto ai quali il diritto non può rimanere indifferente, ma deve esercitare una funzione di controllo e un’azione di riequilibrio, conformemente all’idea dei precetti costituzionali come massime di strutturazione dell’intera società. Questo è lo sfondo nel quale si colloca la rilettura del sistema di tutela civile della personalità, operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza a

permesso di «delineare un diritto che si colloca su un terreno diverso da quello patrimoniale, un diritto radicato nel più generale diritto della personalità che non si esaurisce nella pretesa ad essere lasciati soli»¹⁸. In particolare, dopo un primo momento di diffidenza¹⁹, la giurisprudenza, della Corte Costituzionale prima e della Corte di Cassazione poi, giunse a riconoscere l'esistenza di tale diritto, pur non codificato, per via interpretativa, attraverso una lettura estensiva degli artt. 2, 3 e 13 Cost., quale espressione cioè della personalità della persona, della sua dignità e della sua libertà²⁰.

Le medesime ragioni di libertà e dignità, nonché di tutela della personalità, che spinsero la giurisprudenza a riconoscere l'esistenza del diritto alla riservatezza, nei medesimi anni del Novecento influirono enormemente sulla nascita di un altro diritto attinente alle informazioni sulla persona: il diritto all'identità personale²¹.

La nascita del percorso che portò al riconoscimento del diritto all'identità personale è altrettanto risalente di quella riguardante la riservatezza e affonda le sue radici in un passato in cui l'identità di una persona aveva un rilievo meramente pubblicistico²² e veniva ricostruita

partire dalla fine degli anni Sessanta, ed in particolare il suo arricchimento con le «nuove» situazioni soggettive della riservatezza e dell'identità personale», così G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, p. 511 ss., spec. p. 519.

¹⁸ Così V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 1097 ss., spec. p. 1099.

¹⁹ Si veda Cass. civ., 22 dicembre 1956, n. 4487, che aveva negato l'esistenza del diritto alla riservatezza nell'ordinamento italiano.

²⁰ Vedasi Corte Cost., 9 luglio 1970, n. 122; Corte Cost., 12 aprile 1973, n. 38; Cass. civ., 22 maggio 1975, n. 2129 in *Foro It.*, 1976, I, c. 2895, ove si legge che «il nostro ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza, che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti».

²¹ L'elaborazione dottrinale sul tema è vastissima. Tra i moltissimi contributi, sia consentito rinviare a A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1949, *passim*; G. B. FERRI, *Privacy e identità personale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1981, p. 379 ss.; F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Cedam, Padova, 1984, *passim*; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. IX, Utet, Torino, 1993, p. 294 ss.; L. VALLE, *Il diritto all'identità personale*, in M. SESTA - V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, p. 77 ss.; P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, supplemento a *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, p. 1 ss.; G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., Agg. V, Utet, Torino, 2010, p. 721 ss.; AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, a cura di G. ALPA - M. BESSONE, Cedam, Padova, 1981, *passim*; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., *passim*.

²² G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 512, riferisce di questa accezione originaria definendola come il «complesso delle risultanze anagrafiche, che servono ad identificare il soggetto nei suoi

mediante il richiamo a specifiche informazioni che prendevano il nome di “segni identificativi”, come il nome, il genere, lo *status* sociale, ecc., che avevano appunto lo scopo primario di identificare una persona. Solo successivamente, con l’evoluzione della società giuridica e con la sempre maggiore attenzione ai valori della persona umana, tali segni distintivi, da mera funzione identificativa della persona, assunsero la connotazione di diritti soggettivi autonomi (come il diritto al nome e all’immagine), attraverso la cui protezione si esplicava la tutela della persona²³. In altri termini, tali segni distintivi cominciarono a rappresentare il terreno su cui sviluppare il sistema di tutela civile della persona.

La tutela dell’identità, peraltro, era priva di rilevanza autonoma e continuava a venire garantita e perseguita solo attraverso la tutela di tali segni distintivi. Come per il diritto alla riservatezza, è solo nel corso del secondo Novecento che, grazie all’attenzione dei giuristi e degli intellettuali dell’epoca ai valori costituzionali della persona, della libertà e della dignità, nonché soprattutto della personalità dell’individuo ai sensi dell’art. 2 Cost., il concetto di identità personale cominciò a venire concepito come diritto autonomo, di rilievo costituzionale e distinto dai segni identificativi della persona, non più funzionale cioè alla mera individuazione della persona, quanto piuttosto a dar voce alla sua personalità individuale, «facendola apparire, sia esteriormente che intrinsecamente, qual è veramente, diversa dagli altri ed uguale a sé stessa»²⁴. Il riconoscimento ufficiale del diritto all’identità personale da parte della giurisprudenza, come diritto dotato di una rilevanza autonoma,

rapporti con i poteri pubblici e a distinguerlo dagli altri consociati». Cfr. altresì L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 98 ss., il quale richiama i campi della sicurezza e della fiscalità. Negli stessi termini, più di recente, si veda C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 6 ss.

²³ Cfr. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 511 ss.

²⁴ Uno dei primi a parlare dell’identità personale in questi termini fu G. BAVETTA, voce *Identità (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 953 ss., ove l’Autore afferma che «sussiste, dunque, certamente una stretta relazione tra identità e segni distintivi della persona (nome, pseudonimo, ecc.); (...) la cennata relazione, però, non può far perdere di vista che l’identità si articola in una prospettiva diversa ed in ogni caso più generale: essa infatti non si risolve in questo o in quell’altro segno distintivo, né nei segni distintivi propri della persona complessivamente considerati. (...) L’identità non postula la semplice identificazione della persona, ma tende a rappresentare anche la personalità individuale, realizza cioè una più compiuta affermazione della persona nella vita di relazione. In tal modo, l’identità è, rispetto ai segni distintivi della persona qualcosa di più e diverso. Di più perché non serve soltanto e semplicemente ad individuare il soggetto o ad evocarne l’esistenza o, ancora, a specificarne la sua condizione civile; di diverso, perché serve, anche e soprattutto, a rappresentare ed al tempo stesso ad affermare la personalità individuale, cioè a qualificare la persona facendola apparire, sia esteriormente che intrinsecamente, qual è veramente, diversa dagli altri ed uguale a sé stessa».

avvenne solo nel 1985, grazie alla c.d. “sentenza Veronesi”²⁵, nella quale la Corte di Cassazione per la prima volta attribuì dignità autonoma al diritto all’identità personale, ricavandone l’esistenza e la necessità di protezione - come era avvenuto anni addietro per la riservatezza - dall’art. 2 Cost., come espressione cioè della personalità dell’individuo. Successivamente, la stessa Corte Costituzionale avallò l’autonomia identitaria del diritto di creazione giurisprudenziale, qualificandolo come «diritto a essere sé stesso, inteso come rispetto dell’immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l’individuo. L’identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»²⁶.

In definitiva, dunque, riservatezza e identità personale rappresentarono, storicamente, le principali forme di espressione e di tutela delle informazioni riguardanti una persona, antesignani analogici dei dati personali.

Tali diritti, peraltro, presentavano sfumature leggermente diverse. Se, infatti, il diritto alla riservatezza aveva ad oggetto informazioni o vicende “riservate” dell’individuo, che potessero essere ricondotte in qualche modo al concetto di vita privata e di intimità, il diritto all’identità personale invece aveva ad oggetto qualsiasi informazione sulla persona, in particolar modo quelle informazioni utili a caratterizzare la personalità della stessa, a prescindere che esse fossero riservate o pubbliche.

D’altro canto, ciò che invece accomuna il diritto alla riservatezza e il diritto all’identità personale è il fatto che essi nascono e vengono inizialmente concepiti come libertà negative, come diritti ad una protezione contro altrui ingerenze, che si manifestano diversamente nell’uno e nell’altro caso, ma che pur sempre si traducono nella lesione di un interesse che riceve una tutela meramente “passiva”, attraverso strumenti prevalentemente inibitori e risarcitori²⁷.

Nel caso della riservatezza, l’interesse tutelato era il riserbo dell’informazione, l’interesse a

²⁵ Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2211 ss., con nota di R. PARDOLESI.

²⁶ Così Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13.

²⁷ Cfr. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 520 ss.

mantenere riservate situazioni e vicende strettamente personali²⁸. Storicamente, infatti, il diritto alla riservatezza è stato contrapposto e bilanciato con il diritto, parimenti di rango costituzionale, di manifestazione del pensiero e di informazione, soprattutto nella sua declinazione di diritto di cronaca²⁹, ove il diritto del privato cittadino si traduceva nella pretesa di mantenere il riserbo su tutte quelle informazioni che non avessero avuto ragione di essere divulgate³⁰. In altri termini, il diritto alla riservatezza è stato concepito come un diritto a “contenuto negativo”, consistente nella facoltà di escludere ingerenze di terzi nella propria vita, o nella «libertà negativa di non subire interferenze nella propria vita privata»³¹. Parimenti, la tutela dell’identità personale nasce come garanzia di una rappresentazione veritiera di sé, «del proprio patrimonio personale, culturale, ideologico in guisa che il complesso dei propri attributi personali e identificativi non venga falsato nella sua proiezione esterna»³². In altri termini, l’interesse tutelato, in questo caso, è rappresentato dall’interesse dell’individuo ad una “rappresentazione veritiera” della propria personalità, a che la propria identità non venga falsificata, manipolata o semplicemente malamente rappresentata e comunicata agli altri: «il diritto all’identità personale non è dunque, o non è ancora, un diritto a essere ciò che si è, ma piuttosto un diritto a essere rappresentati correttamente»³³.

Si trattava, dunque, di una tutela solo embrionale della personalità dell’individuo, realizzata attraverso la protezione contro le aggressioni esterne, in un’ottica meramente passiva di tutela, ove prevaleva un approccio inibitorio dei comportamenti altrui, che venivano vietati e puniti, piuttosto che un approccio proattivo che riconoscesse prerogative e facoltà positive al titolare del diritto, che gli permettessero di determinare autonomamente la propria identità e personalità. Perché si realizzasse tale evoluzione, fu necessario attendere l’evoluzione

²⁸ Cfr. Cass. cit. n. 2129/1975.

²⁹ Cfr. V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 1100 ss.

³⁰ Si rammenti, al riguardo, come l’origine dell’idea della privacy si deve alle ingerenze dei giornali scandalistici americani nella vita privata della famiglia di Samuel Warren e alla contrapposizione tra il diritto di cronaca e il diritto “*to be let alone*”.

³¹ Così G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 4. Si veda anche T. MAURO, *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, cit., p. 656.

³² Così C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 9.

³³ G. PINO, *Il diritto all’identità personale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 303. Si veda anche Cass. civ., 7 febbraio 1996, n. 978 in *Foro it.*, 1996, I, 1253, ove l’identità personale viene definita come «bene-valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell’individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, e non vedere travisato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, religioso, professionale».

tecnologica che caratterizzò l'Europa a partire dagli Anni '70, la quale introdusse - come ora vedremo - nuovi pericoli per la persona, nuovi interessi e infine nuovi diritti.

2. (Segue) *Dalla protezione all'autodeterminazione. I dati personali come attributi della personalità.*

La prima elaborazione dei diritti alla riservatezza e all'identità personale, nei termini di cui si è detto nel paragrafo precedente, e dunque come forme di tutela meramente "negativa" dei valori della persona, fu presto superata in ragione degli importanti mutamenti tecnologici e informatici che imposero un ripensamento delle tutele originariamente ideate per le informazioni sulla persona tradizionalmente intese.

Negli Anni Settanta, infatti, nacquero i primi *computer*, chiamati al tempo elaboratori elettronici³⁴, i quali trasformarono le informazioni sulla persona in dati informatici, elevandone a dimensioni completamente nuove la diffusione. L'avvento dell'era digitale e di *Internet* proiettò, infatti, la persona, nonché tutte le sue informazioni, pubbliche e private, in un mondo virtuale nel quale l'identità personale veniva scomposta in innumerevoli quantità di informazioni, chiamate "dati", che venivano elaborate e riassembleate per dare vita a quella che è stata definita l'"identità digitale"³⁵. L'identità digitale, peraltro, non si compone unicamente dei tradizionali segni identificativi della persona³⁶, ma di tutta una serie ulteriore di informazioni nuove che vengono create proprio attraverso la navigazione *online* e che non attengono più strettamente all'*individuazione* della persona, quanto piuttosto alla sua *caratterizzazione*: abitudini di vita, interessi, possibilità economiche, credenze religiose, ideologie politiche, orientamenti sessuali e così via³⁷. Infatti, dopo una prima fase in cui la

³⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Jovene, Bologna, 1973, *passim*.

³⁵ Il concetto di identità digitale appare in molti scritti, di provenienza non solo giuridica, ma anche sociale e filosofica. Per un approfondimento del primo filone, si veda, tra molti, G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 512 ss.; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 723 ss.; M. A. CUCUCCIO, *Il diritto alla identità personale e l'identità digitale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 949 ss.; S. LANDINI, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Rivista diritto industriale*, 2017, p. 180 ss.

³⁶ Come «il nome, la cittadinanza, il sesso, l'altezza, il colore degli occhi e dei capelli, gli eventuali segni particolari, la città di nascita, il nome dei genitori, lo stato familiare, la professione esercitata, la residenza»: così G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, cit., p. 723.

³⁷ «Le carte di debito e di credito, le carte del bancomat, le carte di ingresso alle palestre, ai teatri, i biglietti aerei e ferroviari, le prenotazioni delle auto pubbliche e private, le iscrizioni alla scuola, all'università, a corsi

navigazione *online* si caratterizzava per una consultazione meramente passiva, «si è via via passati ad un modello che prevede una crescente interazione con lo strumento, arrivando ad un utilizzo che contempla sempre più spesso l’inserimento di propri contenuti»³⁸. Ma non solo, perché le informazioni digitali che circolano sulle persone, oggi, non sono solo quelle che l’utente volontariamente rilascia in rete, ma anche quelle che vengono da altri ricavate attraverso l’osservazione dei comportamenti e delle abitudini dell’utente nell’ambiente virtuale. Al punto che si è osservato come l’identità digitale, composta da tutti questi dati variamente ed eteronamente assemblati, dia facilmente adito alla creazione di “identità virtuali” non veritiere, frammentate, create a tavolino, artificiali, sulle quali il soggetto non ha potere di incidere³⁹.

È con riferimento a tutte queste informazioni, e dunque in relazione al concetto di identità digitale, che si cominciò a parlare di dati personali e che si cominciò a sentire l’esigenza di una tutela più specifica rispetto a quella già fornita dai tradizionali diritti alla riservatezza e all’identità personale. Venne così elaborato un nuovo diritto, posto a protezione della specifica entità appena nata: il diritto alla protezione dei dati personali⁴⁰. La prima codificazione di tale diritto avvenne in Europa, in seno al Consiglio d’Europa, con la firma della Convenzione di Strasburgo del 1981⁴¹, la quale però concepiva tale diritto ancora come un’espressione del diritto alla riservatezza, come una sua manifestazione, privo cioè di autonoma identità, tant’è che la Convenzione afferma che «scopo della presente Convenzione è quello di garantire, sul territorio di ciascuna Parte, ad ogni persona fisica, quali che siano

liberi, di lingue, di ricreazione, le affiliazioni a movimenti, partiti, associazioni di ogni tipo, le tessere sanitarie, annonarie, professionali, e poi gli acquisti mediante internet, la partecipazione ai giochi, gli abbonamenti a riviste, a cineteche, alle televisioni, le iscrizioni a Facebook, Instagram, E-bay, PayPal, Catawiki, e così via costituiscono un mondo di informazioni digitali in cui le classificazioni dei dati e soprattutto la loro connessione ricostruisce una identità che in parte combacia con quella reale e in parte la deforma, la ingigantisce o la deprime»: ancora G. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, cit., p. 725.

³⁸ R. A. OSVALDO, *Identità digitale: tra esigenze di condivisione e necessità di tutela*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2013, p. 403 ss.

³⁹ Cfr. G. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, cit., *passim*.

⁴⁰ Per un approfondimento ulteriore sull’evoluzione del diritto alla privacy nell’autonomo diritto alla protezione dei dati personali, si veda F. D. BUSNELLI, *Nota introduttiva al commento della l. 31 dicembre 1996, n. 675. Spunti per un inquadramento sistematico*, in C. M. BIANCA - F. D. BUSNELLI - A. BELLELLI - F. P. LUISSO - E. NAVARRETTA - S. PATTI - VECCHI (Commentario a cura di), *Tutela della privacy*, Cedam, Padova, 1999, p. 228 ss.; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006, *passim*.

⁴¹ Convenzione del Consiglio d’Europa n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981.

la sua nazionalità o la sua residenza, il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano». Anche nell'ambito della CEDU, che pur non codificava espressamente tale diritto, la Corte EDU ha ripetutamente affermato che, all'interno del diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8, rientrava anche il diritto alla protezione dei dati personali, come sua estrinsecazione ed applicazione specifica. In altre parole, i dati personali venivano concepiti come elementi identificativi della persona nel mondo digitale e ricevevano la tutela tipica del diritto alla riservatezza, volta ad impedire la loro rivelazione al pubblico.

La nascita di nuovi diritti, però, così come l'evoluzione di diritti esistenti, è spesso legata ai cambiamenti delle condizioni socio-economiche di riferimento e all'emersione di nuovi pericoli per l'individuo. Così, il percorso evolutivo che portò il diritto alla protezione dei dati personali ad acquisire rilevanza autonoma e ad emanciparsi dalla tutela tipicamente passiva del diritto alla riservatezza, e in generale dei diritti posti a tutela delle informazioni sulla persona, è strettamente connesso all'avvento in Europa dei c.d. "Big Data"⁴² e alla diffusione di tecniche avanzate di profilazione automatizzata, che portarono con sé nuovi rischi per la persona. Al riguardo, Stefano Rodotà, già agli inizi degli Anni '70, con parole e riflessioni che sono state poi definite "profetiche"⁴³, aveva notato come l'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione e la raccolta dei dati delle persone non si limitassero a ledere la riservatezza tradizionalmente intesa, ma portavano con sé rischi ben maggiori: «la raccolta delle informazioni personali risponde a due obiettivi: l'acquisizione degli elementi necessari alla preparazione e alla gestione di programmi di intervento sociale; il controllo dei cittadini all'indirizzo politico dominante»⁴⁴.

⁴² Cfr. C. BUZZACCHI, *La politica europea per i Big Data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 153 ss., che definisce i Big Data come «quegli ingenti volumi di dati la cui analisi quasi in tempo reale, possibile per effetto di enormi processi di transazioni, produzione e comunicazione, sta accelerando la creazione di conoscenza e di valore nella società fino a livelli imprevedibili»; T. Mauro, *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, cit., p. 643 ss.; sulla fondamentale importanza che i Big Data rivestono oggi nell'economia globale e sul valore che hanno assunto per le aziende, vedasi V. ZENO-ZENCOVICH - G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "Big Data Revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 29 ss., spec. p. 33 ove si legge che «*Personal data are among the most valuable components of big data*».

⁴³ Cfr. G. ALPA, *Introduzione*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, cit., pp. XI-XIX, spec. p. XI.

⁴⁴ S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., p. 29 ss.

E infatti le nuove tecnologie che cominciarono a prendere il sopravvento a partire dagli Anni Novanta, dal *machine learning* alla profilazione algoritmica, non solo permettevano la raccolta in massa dei dati personali⁴⁵, ma consentivano altresì di organizzare, elaborare e catalogare tali dati in maniera automatica, così da “profilare” le persone e destinare loro contenuti - di stampo commerciale, religioso, politico, culturale e così via - personalizzati in base al profilo creato. In altre parole, attraverso le tecniche di raccolta dei dati e di profilazione individuale, rese possibili dalle nuove tecnologie dell’informazione, i titolari dei dati potevano incidere (non tanto sul riserbo delle persone o sul loro diritto ad una rappresentazione veritiera di sé, quanto piuttosto e soprattutto) sulla percezione della realtà da parte delle persone cui quei dati si riferiscono, e così conseguentemente sulle idee che le persone si formano, sugli ideali, le convinzioni, le abitudini⁴⁶. In altri termini, potevano influenzare - ledendolo - quello che è stato definito il diritto all’autodeterminazione informativa⁴⁷, il diritto cioè di creare autonomamente una propria identità e personalità,

⁴⁵ I Big data, infatti, si caratterizzano per quelle che vengono tradizionalmente definite “le tre V”: Volume, Velocità e Varietà. Ci si riferisce, dunque, ad un’enorme mole di dati personali che vengono raccolti e che, proprio in virtù della loro quantità e attraverso la loro analisi, permettono di inferire da essi correlazioni tra diversi fenomeni e di prevederne gli sviluppi futuri. In questo modo, i Big data permettono non solo di catalogare dati esistenti, ma di crearne di nuovi. Cfr. T. MAURO, *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, cit., p. 651 ss.

⁴⁶ Gli studi sugli effetti distorsivi della profilazione, specialmente se automatizzata, sono innumerevoli e attengono principalmente a rischi di discriminazione e controllo sociale. Sul punto, è stato osservato che «profilazione e decisioni automatizzate possono segregare le persone in specifiche categorie riducendo la loro possibilità di scelta, possono consolidare gli stereotipi, scoraggiare azioni rivelatrici di condotte “divergenti” (...), produrre discriminazioni inattese» (così E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1210 ss., spec. p. 1212). Infatti, l’analisi e lo studio di innumerevoli quantità di dati, permette di creare un “profilo” della persona, di catalogarla, studiandone le abitudini e di prevedere o controllare in questo modo i comportamenti futuri. Basti pensare a quel meccanismo per cui, una volta apprese le abitudini di un utente, i motori di ricerca continueranno a mostrare all’utente sempre e solo contenuti conformi alle sue aspettative, abitudini e idee, impedendogli di vedere altro e di formarsi così un pensiero critico, né una conoscenza completa e veritiera della realtà (il fenomeno è stato definito “effetto bolla” in E. PARISER, *The filter bubble: what the internet is hiding from you*, Penguin Books Limited, Londra, 2012, *passim*). Anche l’attuale Presidente del Garante italiano per la protezione dei dati personali ha evidenziato il pericolo di «effetti inevitabilmente distorsivi sul pluralismo informativo e sulla stessa autodeterminazione individuale» in quanto il Presidente riferisce che i media non si limiterebbero a rappresentare il reale, ma lo costruirebbero, lo modellerebbero (P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. STANZIONE (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1 ss.).

⁴⁷ L’espressione è stata elaborata, per la prima volta, dalla giurisprudenza tedesca, nella nota “Sentenza sul censimento”, c.d. “Volkszählungsurteil”, pronunciata dalla Corte Costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht) il 15 dicembre 1983. In particolare, a partire dai principi di dignità e di libertà della persona, la Corte ha elaborato un «diritto fondamentale all’autodeterminazione informativa», sussistente in capo ad ogni individuo. Trattasi di un diritto in forza del quale ogni persona deve avere la possibilità di «stabilire se

composta di tutti gli elementi suoi propri, dalle credenze religiose, alle ideologie politiche, passando per gli orientamenti sessuali e finanche le preferenze commerciali, senza in ciò venire influenzati in alcun modo. In altre parole, era in pericolo un'identità personale che però non veniva più concepita solo «come dato preesistente (ossia come proiezione esterna di un patrimonio individuale già delineato nelle sue caratteristiche distintive)» da tutelare contro le false rappresentazioni, «bensì come processo, costantemente in atto, aperto ad una pluralità di esiti» di cui era necessario garantire la libertà e autonomia⁴⁸. Rispetto a tale processo, amplificato negli effetti dalla dimensione virtuale che ne faceva da contesto, non poteva più essere idonea una tutela meramente passiva, di non interferenza da parte dei terzi, ma la tutela doveva tradursi in un ruolo attivo del titolare del diritto, un ruolo di supervisione e controllo sulla circolazione dei dati, mezzo di espressione della propria identità e personalità, con l'obiettivo «di restituire il più possibile all'individuo la capacità di perseguire politiche dell'identità personale liberamente definite, sottraendolo al rischio della normalizzazione»⁴⁹.

A ben vedere, quindi, la cultura giuridica aveva cominciato a comprendere che i valori attinenti alla protezione della persona, dalla vita privata all'identità personale, potessero essere posti in pericolo non solo da illegittime ingerenze nella sfera privata o da false rappresentazione della propria personalità, ma anche da una circolazione incontrollata delle informazioni personali e dall'ignoranza sull'uso che altri facevano di quelle informazioni. Una protezione meramente passiva contro le altrui ingerenze non era dunque più sufficiente a garantire una tutela appropriata agli interessi delle persone, non tenendo il passo dell'evoluzione tecnologica e delle nuove esigenze sociali⁵⁰. Così, in Europa il diritto alla

divulgare e utilizzare i propri dati personali» e «quando e entro quali limiti rivelare questioni relative alla propria vita personale», (BVerfGE 65, 1, del 1983, Volkszählungsurteil), e ciò quale realizzazione della propria identità. Questa pronuncia ha segnato profondamente lo sviluppo dell'elaborazione dottrinale europea in materia di diritti della personalità e ha certamente contribuito all'attuale concezione del diritto alla protezione dei dati personali. Sul punto, si veda P. STANZIONE, *Introduzione*, cit., p. 4-5, il quale evidenzia come «l'invio di contenuti specificamente ritagliati sul modo di essere, pensare, agire, desumibili dal comportamento on line dell'utente rilevato dall'algoritmo, può infatti avere una valenza manipolativa del suo pensiero non paragonabile a nessun monopolio dell'informazione perché, appunto, capace di adattarsi così perfettamente al pensiero del "bersaglio" da anticiparne il giudizio e limitarne fortemente l'autodeterminazione».

⁴⁸ Così G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 524.

⁴⁹ G. RESTA, *ibidem*.

⁵⁰ Come rileva G. ALPA, *Introduzione*, cit., p. XIII: «È dunque miope l'inclusione di questa problematica nell'area limitata ed individuale della tutela della privacy, perché la questione è ben più lata della protezione delle piccole libertà, ma investe direttamente l'amministrazione della democrazia, il bilanciamento dei poteri, i

protezione dei dati personali cominciò ad assumere nuove connotazioni, a garanzia dell'esigenza che «il flusso delle informazioni che riguardano la persona avvenga attraverso canali trasparenti e all'interno di un ben preciso quadro di garanzie»⁵¹. Un diritto, quindi, volto a riconoscere all'individuo un ruolo attivo nella creazione della propria identità, attraverso la facoltà di controllare le informazioni che lo riguardano e il modo in cui esse possono circolare.

Per la verità, uno dei primi ad elaborare tale concezione, come evoluzione del diritto alla *privacy*, fu Alan Westin, professore di diritto pubblico presso la Columbia University di New York City e uno dei maggiori esperti di *privacy* degli Stati Uniti⁵², il quale scrisse che «*Privacy is the rightful claim of the individual to determine the extent to which he wishes to share of himself with others and his control over the time, place, and circumstances to communicate to others. It means his right to withdraw or to participate as he sees fit. It is also the individual's right to control dissemination of information about himself; it is his own personal possession*». Di poco successive sono le parole di Stefano Rodotà, secondo cui «dovrebbe essere ormai chiaro che una tutela della riservatezza, adeguata all'ambiente in cui viviamo, richiede soprattutto la possibilità di controllare la stessa attività di raccolta delle informazioni, il modo del loro trattamento, le sedi in cui le informazioni sono raccolte. Nella definizione della riservatezza, quindi, entra come parte integrante non solo il diritto di respingere le invasioni della sfera privata, ma soprattutto il diritto di controllare il flusso di informazioni riguardanti un determinato soggetto»⁵³.

Cominciava così a prendere forma una nuova concezione del diritto alla protezione dei dati personali, come diritto al controllo sulle proprie informazioni, funzionale a garantire la massima espressione della personalità e la massima libertà nella creazione di una propria identità.

Il compimento del processo di emancipazione del diritto alla protezione dei dati personali rispetto al diritto alla riservatezza - di cui si deve ringraziare anche, se non soprattutto, Stefano Rodotà⁵⁴ - può essere identificato con la proclamazione della Carta di Nizza nel 2000,

rapporti tra cittadino, società civile, autorità pubblica».

⁵¹ G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 522.

⁵² A. WESTIN, *Privacy and freedom*, Atheneum, New York City, 1970, *passim*.

⁵³ Così S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., p. 130.

⁵⁴ Stefano Rodotà ha rivestito un ruolo fondamentale nella storia italiana ed europea della *privacy* e dei dati personali. Oltre alla carriera accademica e di insigne giurista, nel 1997 venne infatti nominato Presidente

resa poi fonte di diritto equiparata ai Trattati fondamentali dell'Unione Europea con il Trattato di Lisbona del 2007. L'art. 8 della Carta di Nizza, infatti, dopo aver sancito, all'art. 7, il diritto alla riservatezza, sancisce proprio il diritto alla protezione dei dati personali, come quindi un diritto del tutto diverso e autonomo rispetto al primo: «Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente» (art. 8).

Ebbene, in questa forma nuova e autonoma, il diritto alla protezione dei dati personali si distingue dal diritto alla riservatezza sia per l'oggetto di tutela sia anche per il diverso modo in cui tali diritti si atteggiavano e possono essere esercitati dal titolare.

Sotto il primo profilo, il diritto alla riservatezza aveva ad oggetto solamente informazioni o vicende "riservate" dell'individuo, che potessero essere ricondotte in qualche modo al concetto di vita privata e di intimità. Non così il diritto alla protezione dei dati personali, il quale ha ad oggetto tutte le informazioni sulla persona, che siano private o di pubblico dominio.

La seconda fondamentale differenza tra i due diritti attiene al fatto che se il diritto alla riservatezza - stante il suo carattere di "diritto a libertà negativa" - si esercita attraverso un'inibitoria, ovverosia semplicemente vietando la divulgazione delle notizie "riservate", il diritto alla protezione dei dati personali viene tradizionalmente qualificato piuttosto come un "diritto a contenuto positivo", in quanto non si limita ad imporre dei divieti nei confronti dei terzi, ma attribuisce anche importanti poteri di azione in capo al titolare del diritto. Più precisamente, «il diritto alla protezione dei dati personali consiste nel diritto del soggetto cui i dati si riferiscono, di esercitare un controllo, anche attivo, su detti dati, diritto che si estende dall'accesso alla rettifica»⁵⁵.

Il connotato di positività di cui è ammantato il diritto alla protezione dei dati permette di

del Garante della privacy italiano e, nel 2000, venne nominato a Bruxelles Presidente dei Garanti della privacy europei. Come riporta G. ALPA, *Introduzione*, cit., p. XIV, Rodotà fu uno dei principali autori e promotori della Carta di Nizza e, in tale veste, riuscì a far improntare la Carta al valore della dignità e a far distinguere il diritto alla riservatezza dal diritto alla protezione dei dati personali.

⁵⁵ G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 2.

distinguerlo, quindi, dal diritto alla riservatezza e di qualificarlo come un diritto di libertà positiva, la libertà di esercitare un controllo effettivo sui propri dati personali e così di controllare e di partecipare attivamente al processo di creazione della propria identità, nel pieno rispetto del principio di autodeterminazione informativa, principio quest'ultimo elaborato inizialmente dalla giurisprudenza tedesca⁵⁶ e poi recepito anche in Italia⁵⁷.

In conclusione, si può rilevare come il progresso nel campo delle tecnologie dell'informazione, accompagnato dalla circolazione in rete delle informazioni afferenti alla persona, ha fatto sorgere nuove opportunità per l'individuo, ma anche nuovi pericoli per la persona, compromettendone la possibilità di controllare e partecipare attivamente al processo di creazione della propria identità e personalità, nel pieno rispetto del principio di autodeterminazione informativa. In questo contesto, i dati personali rappresentano esattamente quelle informazioni su cui l'individuo deve poter esercitare il controllo, e quindi il mezzo attraverso il quale l'individuo realizza il diritto all'autodeterminazione informativa, esprime e crea le proprie idee, la propria personalità, in definitiva la propria identità⁵⁸. I dati personali, di conseguenza, non possono che essere configurati come "beni personalissimi", come attributi (immateriali) della personalità dell'individuo, e il diritto alla protezione dei dati personali, correlativamente, come un nuovo diritto della personalità⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. *supra*, nota 47, p. 21-22.

⁵⁷ In Italia, il principio all'autodeterminazione informativa viene valorizzato soprattutto in ambito sanitario attraverso il c.d. "consenso informato". Cfr. Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438 e Corte Cost., 30 luglio 2009, n. 253, ove si afferma che «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello alla autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

⁵⁸ Cfr. S. CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche.*, Agg., Utet, Milano, 2017, p. 594 ss., spec. a p. 614: «riservatezza e protezione dei dati personali risultano distinguibili, sulla linea di confine fra libertà negativa (diritto di escludere) e libertà intrinsecamente positiva (diritto di controllare, autodeterminazione informativa) ed a loro volta si distinguono dal diritto all'identità personale (come "diritto a non vedere travisata la propria immagine sociale"): si tratta delle facce di un unico prisma, legato alla personalità umana».

⁵⁹ Così G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 313 ss., spec. p. 322 ss.; E. GIANNANTONIO, voce *Dati personali (tutela dei)*, in *Enciclopedia del diritto.*, Agg. III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 483 ss.; C. M. BIANCA, *Note introduttive*, in C.M. BIANCA e F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, t. I, Cedam, Padova, 2007, pp. XIX-XXXIV; G. MARINI,

La storia dell'evoluzione dei diritti sulle informazioni attinenti alla persona dimostra cioè che i dati personali debbono essere concepiti come il nome, l'immagine e gli altri "elementi evocativi dell'identità"⁶⁰ dell'individuo e dunque si possono ad essi estendere, almeno parzialmente, le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali elaborate con riferimento a tali entità e ai c.d. diritti della personalità morale⁶¹.

L'indagine sulla natura dei dati personali, peraltro, non può arrestarsi alla conclusione della loro attinenza alla persona, alla loro natura di "attributi della personalità", ma deve procedere oltre, per dare atto di come l'evoluzione più recente della società e della normativa di settore abbiano arricchito tali elementi evocativi dell'identità della persona di connotazioni fortemente patrimoniali al punto da aprire spiragli a negoziazioni ove essi sono trattati alla stregua di merci, scambiati, come una sorta di corrispettivo, con servizi o prodotti digitali. Nelle prossime pagine, dunque, si analizzeranno i recenti mutamenti, avvenuti a livello sociale e normativo, al fine di ricostruire con maggior completezza la natura giuridica e le peculiarità dei dati personali.

3. Dalla protezione al principio di libera circolazione dei dati personali. Il focus del GDPR sul bilanciamento tra interessi contrapposti.

Proseguendo l'analisi di come il diritto alla protezione dei dati personali è nato e si è sviluppato in Europa per giungere a ciò che è divenuto oggi, non si può trascurare di esaminare le principali fonti normative eurounitarie che lo prevedono e che sono caratterizzate - lo si anticipa fin da ora - da un'innegabile tensione - per non dire contraddizione - tra opposte esigenze di tutela: pubbliche ed economiche le prime, private e personalistiche le seconde. Le une volte a favorire la libera circolazione e la creazione di un mercato unico di dati personali; le altre volte a favorire la tutela della persona contro i rischi di una circolazione incontrollata dei dati personali.

Ebbene, se - come si è già sottolineato⁶² - la Carta di Nizza è la fonte di diritto europeo che

Diritto alla privacy, in A. BARBA - S. PAGLIANTINI (a cura di). *Delle persone*, vol. III, in *Commentario del Codice civile* diretto da GABRIELLI E., Utet, Torino, 2013, p. 199 ss.

⁶⁰ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 4.

⁶¹ Cfr. *infra* Cap. I, sez. II, par. 6, p. 67 ss.

⁶² Cfr. *supra*, Cap. I, sez. I, par. 2, p. 18 ss.

riconosce finalmente rango fondamentale al diritto alla protezione dei dati personali, la prima disciplina di tale diritto all'interno dell'Unione Europea si rinviene, già prima, a livello di fonti di diritto secondario, nella c.d. "Direttiva madre" in materia di trattamento dei dati personali del 1995⁶³, la quale andava a regolare, e limitare, il trattamento⁶⁴ dei dati personali acciocché esso avvenisse nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

L'originaria scelta dello strumento normativo della direttiva viene ricondotta al contesto storico e politico di riferimento, ovverosia ad un'Unione europea ancora frammentaria, composta da soli 15 Stati, senza la comunione realizzata dall'accordo di Shengen e dalla moneta unica. Se però da un lato la scelta fu certamente rispettosa delle grandi differenze nazionali in tema di protezione dei dati personali, dall'altro l'esito ottenuto fu quello della creazione di «una disciplina asimmetrica, frammentaria ed a tratti iniqua, idonea a facilitare

⁶³ Trattasi della dir. (CE) 1995/46 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, recepita in Italia con la L. 31 dicembre 1996, n. 675. All'indomani delle innovazioni apportate dalla Direttiva e dalla legge di recepimento, furono molti i contributi che affrontarono il tema del diritto alla protezione dei dati personali. Si vedano, *ex multis*, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, *passim*; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., *passim*; V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 466 ss.; ID., *Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 733 ss.; G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura della L. 675/1996*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 299 ss.; V. RICCIUTO, *Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 685 ss.; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 1049 ss.; AA.VV., *Tutela della privacy. Commentario alla legge 675/96*, a cura di C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, Cedam, Padova, 1999, *passim*; AA.VV., *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. CUFFARO - V. RICCIUTO, Giappichelli, Torino, 1997, *passim*; AA.VV., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. PARDOLESI, Vol. I e II, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1997, *passim*; AA.VV., *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO-ZENCOVICH, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*; AA.VV., *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/96*, a cura di E. GIANNANTONIO - M. G. LOSANO - V. ZENO-ZENCOVICH, Cedam, Padova, 1999, *passim*; AA.VV., *Il trattamento dei dati personali. Profili applicativi*, a cura di V. CUFFARO - V. RICCIUTO, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. b), dir. (CE) 1995/46 per «trattamento di dati personali» deve intendersi «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione». La definizione si discosta di pochissimo da quella poi trasfusa nell'art. 4, par. 1, n. 2, GDPR, per trattamento deve intendersi «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

anche fenomeni inquietanti di *forum shopping*»⁶⁵. La frammentarietà della disciplina a livello unionale portò con sé diverse conseguenze negative: dalla scarsa incisività delle attività di contrasto, ad opera delle Autorità europee, dei trattamenti illeciti, passando per una generale incertezza giuridica della disciplina del trattamento dei dati, e arrivando infine - e conseguentemente - ad una radicata sfiducia da parte dei cittadini, preoccupati del trattamento dei propri dati personali, nelle transazioni economiche digitali. Tutti questi elementi, e la sfiducia dei cittadini *in primis*, costituirono un ostacolo enorme allo sviluppo dell'economia digitale e, di conseguenza, dell'economia generale dell'Unione europea. Con gli anni, quindi, sorse l'esigenza, avvertita soprattutto a livello unionale, di armonizzare la disciplina sulla protezione dei dati, renderla uniforme in tutti gli Stati membri, più incisiva, efficace e meno incerta, rafforzando così le tutele e la fiducia a vantaggio di un maggior sviluppo delle transazioni economiche digitali e, in definitiva, di una maggiore circolazione dei dati personali. E per raggiungere simili obiettivi, lo strumento del Regolamento apparve essere «l'unica risposta possibile alle esigenze del mercato interno, sempre più caratterizzato dalla necessità di accedere ad un mercato unico digitale»⁶⁶.

Inoltre, i cambiamenti occorsi a livello tecnologico e sociale nei vent'anni successivi all'adozione della Direttiva furono molto significativi e imposero un ripensamento dell'impostazione adottata in passato. La Direttiva, infatti, recepiva un dibattito politico e dottrinale che si era sviluppato negli anni precedenti e delineava un "modello statico" di trattamento dei dati personali, un modello fondato su di una concezione "binaria" basata su di un unico scambio di dati - dall'interessato al titolare del trattamento⁶⁷ - e fondato principalmente sul consenso dell'interessato, il quale costituiva il principale fondamento di legittimità del trattamento dei dati personali. Il contesto tecnologico, dunque, era profondamente diverso da quello attuale: era caratterizzato dalla nascita di Internet e delle prime vere nuove tecnologie dell'informazione, ma erano del tutto assenti i *social network* e il grado di diffusione di Internet, molto meno avanzato del giorno d'oggi, non permetteva

⁶⁵ Così R. PANETTA, *Privacy is not dead: It's hiring!*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, cit., p. 3 ss., spec. p. 11.

⁶⁶ Così R. PANETTA, *Privacy is not dead: It's hiring!*, cit., p. 12.

⁶⁷ Così G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 1; vedasi anche F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 369 ss., spec. p. 377.

ancora di considerare i dati come il perno del mercato⁶⁸. Dagli Anni '90 ad oggi, peraltro, si è verificata quella che è stata definita una «*data revolution*»⁶⁹, una rivoluzione che ha portato i dati a rappresentare la principale risorsa economica del mercato digitale e che ha introdotto tecnologie che permettono la circolazione, la raccolta e l'elaborazione in massa dei dati personali, in un sistema caratterizzato da una forte interconnessione tra gli operatori economici e tra questi e i consumatori, una «economia della Rete»⁷⁰ ove ogni azione, ogni attività anche inconsapevole dell'individuo produce dati che vengono assimilati ed elaborati automaticamente dagli operatori del mercato digitale e che sono destinati ad una circolazione globale. Diviene così decisamente più appropriato un modello normativo diverso, basato non già sullo scambio unidirezionale di dati, dall'interessato al titolare del trattamento, quanto piuttosto su una rete di «condivisione e cogestione di dati e informazioni, destinati fin dall'origine ad una circolazione globale»⁷¹. Una rete ove - come vedremo⁷² - il consenso dell'interessato non rappresenta più la principale garanzia di legittimità del trattamento, e ove la tutela dell'identità dell'individuo non rappresenta più il principale punto di riferimento della disciplina, ma al contrario essa si scontra con altre esigenze, segnatamente di carattere economico, parimenti meritevoli di tutela.

È in tale contesto, dunque, che si inserisce l'adozione del Regolamento Generale per la Protezione dei Dati n. 679/2016 (d'ora in avanti GDPR)⁷³, con il quale il Legislatore europeo dimostra una presa di coscienza significativa del mutamento sociale e tecnologico intercorso e ne riassume le peculiarità nel Considerando n. 6, ai sensi del quale «la portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale

⁶⁸ Basti pensare al fatto che se la Direttiva madre è del 1995, Google è stata fondata nel 1998, Facebook nel 2004 e Twitter nel 2006.

⁶⁹ R. PANETTA, *Privacy is not dead: It's hiring!*, cit., p. 8.

⁷⁰ Cfr. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 377.

⁷¹ Così G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 2.

⁷² Cfr. *infra* in questo stesso paragrafo (p. 35 ss).

⁷³ 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.

informazioni personali che li riguardano». Ebbene, la quasi totalità dei commentatori che hanno analizzato le novità normative introdotte con il GDPR⁷⁴, ha effettivamente riscontrato un innegabile cambio di rotta rispetto alla tradizione precedente, in forza del quale il Regolamento dovrebbe essere inteso «quale disciplina della circolazione dei dati personali piuttosto che quale disciplina di protezione della persona»⁷⁵. Infatti, il problema che il Legislatore europeo sembra essersi posto e il fenomeno che il Regolamento intende disciplinare non è, o non è più, la tutela della persona in quanto tale, quanto piuttosto la circolazione delle informazioni ad essa relative. Si è, cioè, verificato un mutamento nel *focus* della disciplina, dalle implicazioni personalistiche dei dati personali alla disciplina della loro circolazione; mutamento, questo, che emerge, prima ancora che dalle disposizioni di dettaglio, dai principi che regolano il diritto alla protezione dei dati personali e dal «senso

⁷⁴ Non essendo questa la sede per un'analisi di tutte le novità introdotte a livello di disciplina sostanziale di dettaglio, rinviamo alle principali opere collettanee che hanno analizzato la nuova disciplina: AA.VV., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, a cura di R. PANETTA, cit., *passim*; AA.VV., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. ZORZI GALGANO, cit., *passim*; AA.VV., *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. SICA - V. D'ANTONIO - G.M. RICCIO, Cedam, Milano, 2016, *passim*; AA.VV., *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. FINOCCHIARO, Zanichelli, Bologna, 2017, *passim*; AA.VV., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, a cura di L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*. Meritano poi di essere menzionati anche alcuni contributi individuali, che hanno delineato efficacemente il nuovo assetto normativo: V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., *passim*; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., *passim*; M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 165 ss.; A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 410 ss.; S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 513 ss.; ID., *I requisiti del consenso al trattamento dei dati*, Maggioli, Rimini, 2016, *passim*; G. F. AIELLO, *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona. Natura e limiti di un diritto fondamentale «disomogeneo» alla luce della nuova proposta di General Data Protection Regulation*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale.*, 2015, p. 421 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*; C. BISTOLFI - L. BOLOGNINI - E. PELINO, *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016, *passim*; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 1 ss., spec. p. 10, ove tra l'altro l'Autrice evidenzia come il nuovo Regolamento sia caratterizzato da un nuovo approccio al rischio, basato sul principio di *accountability*, in forza del quale «è il titolare del trattamento di dati personali a dover valutare le misure tecniche e organizzative da adottare sulla base della natura dei dati, dell'oggetto, delle finalità di trattamento». Evidenziano l'importanza del principio dell'*accountability* anche R. PANETTA, *Privacy is not dead: It's hiring!*, cit., p. 30 ss. e A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 144 ss., spec. p. 153 ss.

⁷⁵ Cfr. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 375.

complessivo del regolamento»⁷⁶.

Il primo dato essenziale in questa direzione è rappresentato, infatti, da una differenza contenuta già nel primo articolo del GDPR rispetto all'art. 1 della Direttiva (CE) 1995/46 e dunque nella sezione dedicata ai principi fondamentali della disciplina. L'art. 1 della Direttiva - in linea di piena continuità con la tradizione giuridica in materia⁷⁷ - concepiva infatti il diritto alla protezione dei dati personali come promanazione o espressione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata⁷⁸, con ciò dimostrando di adottare una concezione del diritto alla protezione dei dati personali ancora legata all'idea di riservatezza e, in generale, ad aspetti più strettamente "esistenziali" di tutela. Al contrario, l'art. 1 GDPR, pur riconoscendo la natura di diritto fondamentale della persona del diritto alla protezione dei dati personali, non contiene più alcun riferimento al diritto alla protezione della vita privata, né ad altro elemento che possa richiamare l'idea della riservatezza⁷⁹.

⁷⁶ F. PIRAINO, *ivi*, p. 376 ss., ove si afferma che «sotto il profilo dell'impostazione di fondo, rispetto alla dir. 95/46 il regolamento si attegga in maniera più accentuata come una disciplina della circolazione dei dati personali, pur sensibile alle possibili conseguenze del trattamento sull'interessato, piuttosto che come un ulteriore tappa del lungo e accidentato percorso del riconoscimento giuridico della centralità della persona». Tra i contributi che meglio evidenziano ed analizzano tale mutamento di prospettiva si segnalano, tra gli altri, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 689 ss.; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., *passim*; A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, cit., *passim*; J. HASKEL - S. WESTLAKE, *Capitalism without capital: the rise of the intangible economy*, Princeton University Press, Princeton, 2018, *passim*; F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 613 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, *passim*; N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela della privacy*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 35 ss.; A. RICCI, *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 586 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 1 ss.; M. OOSTVEEN - K. IRION, *The golden age of personal data: how to regulate an enabling fundamental right?*, in M. BAKHOUM - B. CONDE GALLEGO - M. O. MACKENRODT - G. SURBLYTE-NAMAVIČIENĖ (a cura di), *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law, towards a holistic approach?*, Springer, Berlino, 2018, p. 7 ss.; V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1 ss.; F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Milano, 2018, *passim*.

⁷⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, sez. I, par. 2, p. 18 ss.

⁷⁸ Si veda l'art. 1 della Direttiva 95/46/CE, ai sensi del quale «gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, 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».

⁷⁹ Si veda l'art. 1, par. 2, GDPR, ai sensi del quale «il presente regolamento protegge i diritti e le libertà

Non è mancato chi ha correttamente osservato come questa omissione non possa essere considerata come una insignificante differenza di stile normativo, ma come debba invece essere considerata una ben precisa presa di posizione del Legislatore europeo, laddove ha deciso di operare - in linea con quanto avvenuto con la Carta di Nizza - una «cesura netta tra la protezione dei dati e il rispetto della vita privata»⁸⁰, un taglio col passato e con la dimensione esclusivamente esistenziale del diritto alla protezione dei dati personali per fare spazio ad una sua concezione più moderna e attenta agli intervenuti mutamenti della società. Tale cesura, in particolare, sarebbe indicativa non già della volontà di sminuire l'importanza del diritto alla protezione dei dati personali, quanto piuttosto della presa di coscienza «dell'intervenuto sopravvento della dimensione economica dei dati, oggetto di sempre crescente mercificazione»⁸¹.

Una chiara conferma che il mutamento di approccio del Legislatore europeo si sia rivolto in questa precisa direzione proviene poi dalle altre disposizioni contenute nell'art. 1 GDPR. In particolare, il primo e il terzo paragrafo dell'articolo in commento⁸² chiariscono come l'intento di tutela legislativa non sia rappresentato unicamente dalla protezione della persona con riferimento ai dati personali, ma anche - se non soprattutto - dal principio della loro libera circolazione⁸³. In altri termini, il Regolamento, più della Direttiva⁸⁴, si mostra attento

fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali».

⁸⁰ A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 415.

⁸¹ C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 37.

⁸² Rispettivamente: art. 1, par. 1, GDPR, «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» e art. 1, par. 3, GDPR «la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali».

⁸³ Si veda, sul punto, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 113 ss.; ma anche F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 375 ss.

⁸⁴ Vero è che già con la Direttiva del 1995 il Legislatore comunitario aveva posto l'attenzione sulle esigenze di circolazione dei dati, ma - rileva C. IRTI - allora tali esigenze si giustificavano principalmente in un'ottica strumentale, in quanto la libera circolazione dei dati veniva concepita come funzionale alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali; oggi, invece, la libera circolazione dei dati ha perso quella connotazione strumentale che aveva in passato e viene considerata come un valore in sé e per sé, come uno degli obiettivi fondamentali che l'Unione deve perseguire (Così C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 38). Si veda altresì V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 1107, ove l'Autore evidenzia come il mutamento di *ratio* sia evincibile già dal confronto tra il Considerando n. 3 della Direttiva e il n. 4 del Regolamento, laddove appunto solo nel primo la libera circolazione dei dati è considerata come strumentale alla realizzazione del mercato interno.

e interessato anche ad aspetti più strettamente economici connessi ai dati personali e, in quest'ottica, ne intende promuovere la libera circolazione. Alla base di questo intento vi è, evidentemente, la presa di coscienza del Legislatore europeo dell'importanza economica che oggi i dati rivestono per l'intera economia globale, per un mercato che oramai non è più solo *data based*, cioè basato sui dati, ma un mercato nel quale i dati costituiscono una vera e propria risorsa, una merce, e come tali vengono scambiati⁸⁵.

Ovviamente, la presa di coscienza di questo mutamento economico-sociale e del valore economico rivestito dai dati personali non poteva comportare il disconoscimento della natura di diritto fondamentale della persona del diritto alla protezione dei dati personali, natura che rappresentava e rappresenta tutt'ora un caposaldo dell'impianto costituzionale europeo⁸⁶. Pertanto, il Legislatore europeo si è impegnato nell'individuare una soluzione che permettesse di conciliare la natura di diritto fondamentale della persona del diritto alla protezione dei dati personali con il riconosciuto valore economico degli stessi e - correlativamente - con l'importanza rappresentata dalla loro libera circolazione. L'approccio adottato dal Legislatore europeo è stato quello di operare - conformemente alla tradizione costituzionale dei Paesi europei⁸⁷ - un bilanciamento tra i molteplici interessi contrapposti, principalmente di natura personale ed economica⁸⁸. Non è mancato chi ha osservato come il GDPR abbia proprio spostato «il focus della disciplina dal “diritto alla protezione dei dati personali”, al necessario contemperamento di questo diritto, non più considerato una “prerogativa assoluta”, con gli altri diritti e interessi sottesi al trattamento e alla circolazione dei dati»⁸⁹.

Alcuni autori hanno evidenziato come espressione di questa tendenza sia la scelta, operata

⁸⁵ C. IRTI, *ibidem*; J. HASKEL - S. WESTLAKE, *Capitalism without capital: the rise of the intangible economy*, cit., *passim*; F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 624 ss.

⁸⁶ Conferma - criticandolo - l'approccio dell'Unione Europea, storicamente estremamente ancorato alla dimensione personalistica del diritto alla protezione dei dati personali, A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 12 ss.

⁸⁷ Sul punto, si veda V. ROPPO, *Il racconto della Legge. Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti*, Baldini&Castoldi, Milano, 2019, p. 200 ss.

⁸⁸ Particolarmente evocativo di questa dualità è il riferimento alle “due anime” del GDPR, contenuto nell'opera di Nadia Zorzi Galgano: cfr. N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela della privacy*, cit., p. 35 ss. Per una bibliografia essenziale sul bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti di rango fondamentale, si veda *supra*, in questo stesso paragrafo, nota 74, p. 30.

⁸⁹ Così C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 39 ss.

dal Legislatore europeo, di delineare all'interno del GDPR due modelli di trattamento dei dati parzialmente diversi a seconda del loro contenuto informativo⁹⁰. In particolare, per quanto riguarda, i dati c.d. "comuni" o "neutri", come ad esempio le mere preferenze commerciali, in quanto inadatti a rivelare le informazioni più intime e private della persona, la dimensione economica avrebbe preso «il sopravvento» nei processi di circolazione dei dati.

E così in effetti è stato, se solo si consideri come il Considerando n. 4 del GDPR afferma che «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»⁹¹. Non si può poi fare a meno di evidenziare come, tra i diritti fondamentali oggetto di bilanciamento, viene espressamente citata, nel Considerando n. 4, anche la "libertà d'impresa", con ciò confermando ulteriormente il già citato mutamento di approccio dell'Unione, da una protezione concentrata sugli aspetti meramente esistenziali ad una concentrata anche, se non soprattutto, su quelli economici sottesi alla libera circolazione dei dati personali, al punto che vi è chi ha ipotizzato addirittura l'esistenza di un vero e proprio nuovo «diritto a trattare i dati personali altrui»⁹² come una «seconda anima del GDPR»⁹³, un'altra faccia della medesima moneta, rappresentata dalla libera circolazione dei dati personali, contrapposta alla protezione dei dati personali. Inoltre, anche il richiamo alla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali, particolarmente evocativo dell'idea della "limitazione" per l'interprete italiano, deve sollecitare l'attenzione su tutti gli interessi in gioco⁹⁴ e dimostra ulteriormente come il sistema realizzato dal GDPR sia «indirizzato ad una disciplina che abbandona l'idea della protezione esclusiva, della "prerogativa assoluta", e intende coniugare l'esigenza di tutela della persona con la inevitabile realtà della

⁹⁰ Il riferimento è, *in primis*, ad A. THIENE, *Commento all'art. 9 (Trattamento di categorie particolari di dati personali) del Regolamento (UE) 2016/679 - I. Principi generali*, in R. D'ORAZIO - G. FINOCCHIARO - O. POLLICINO - G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 240 ss.

⁹¹ Cfr. Considerando n. 4 GDPR. Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali, si veda A. RICCI, *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 587 ss., il quale rileva come tale disciplina sia strumentale anche alla costruzione di un mercato unico europeo.

⁹² Vedasi F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., *passim*.

⁹³ Cfr. N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela della privacy*, cit., p. 35 ss.

⁹⁴ Cfr. A. RICCI, *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 596 ss.

circolazione dei dati personali»⁹⁵.

Esempio emblematico di questo approccio sono quelle disposizioni - per la verità presenti già nella Direttiva del 1996 - che, nell'individuare le basi giuridiche per un trattamento legittimo, non si limitano ad indicare il consenso dell'interessato, ma ad esso affiancano altre e diverse basi giuridiche, che dal consenso dell'interessato prescindono e che non costituiscono mere eccezioni di una regola generale, quanto piuttosto delle vere e proprie basi giuridiche alternative al consenso, dotate di pari dignità e destinate - in alcuni casi - anche a prevalere su di esso.

L'art. 6 GDPR, ad esempio, prevede, per i dati c.d. "neutri", sei diverse basi giuridiche per un trattamento legittimo, e solo una di queste è costituita dal consenso dell'interessato⁹⁶: in assenza di un consenso, o addirittura anche in presenza di una volontà contraria dell'interessato, infatti, il trattamento è comunque legittimo qualora sia necessario all'esecuzione di un contratto, all'adempimento di un obbligo di legge, per la salvaguardia degli interessi vitali di una persona, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, o addirittura per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi⁹⁷. A ben vedere, l'art. 6 GDPR prende in considerazione una considerevole varietà di interessi che possono venire in gioco e che, in un giudizio di bilanciamento che in quasi tutte le ipotesi viene già operato *ex ante* dal Legislatore europeo, finiscono per prevalere rispetto al diritto dell'interessato al controllo sui propri dati personali. Tra queste, figura addirittura il legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi. Non già, quindi, un diritto fondamentale della persona, astrattamente equiparabile a quello della protezione dei dati personali, quanto

⁹⁵ V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 1108.

⁹⁶ Peraltro, anche quando la liceità del trattamento si basa sul consenso dell'interessato, la disciplina dimostra un'attenzione maggiore alla circolazione dei dati piuttosto che alla tutela rigida della persona, allorché prevede che il trattamento eseguito per finalità diverse da quelle per le quali il consenso era stato originariamente espresso è comunque legittimo ove le diverse finalità siano comunque "compatibili" con quelle originarie (art. 6, par. 4, GDPR).

⁹⁷ Cfr. art. 6, par. 1, lett. a), GDPR: «il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) 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; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

piuttosto un interesse che viene qualificato solo come “legittimo” e che, pur necessitando di essere concretizzato - ruolo che in ultima istanza viene rimesso alla giurisprudenza -, certamente non necessita di rivestire carattere fondamentale o personale, ben potendo trattarsi di un interesse di carattere economico.

Ad un paradigma parzialmente diverso si ispira, invece, la disciplina, contenuta all’art. 9 GDPR, per il trattamento dei dati c.d. “particolari”, ovverosia quelli capaci di rivelare le informazioni più intime e private della vita di una persona, come l’origine razziale o etnica, le credenze religiose, le opinioni politiche, l’orientamento sessuale e così via. In particolare, una prima differenza rispetto al trattamento dei dati c.d. “neutri” attiene alla tecnica legislativa adottata. Infatti, l’art. 9, par. 1, GDPR statuisce come principio generale non già la libera circolazione dei dati particolari, bensì il divieto del loro trattamento. Si tratta quindi di una differenza che si pone a livello di enunciazione di principio, laddove per i dati comuni vige - al contrario - il principio opposto, sancito dall’art. 1, par. 3, GDPR, di libera circolazione dei dati personali. Senonché, l’enunciazione di principio, comunque indicativa di un segnale che il Legislatore ha voluto dare e dunque di un diverso approccio che deve muovere gli Stati membri nella produzione normativa e gli interpreti nell’attività ermeneutica, subisce comunque le deroghe di cui all’art. 9, par. 2, GDPR, il quale prevede delle eccezioni legali al divieto, in presenza delle quali il trattamento deve comunque ritenersi legittimo⁹⁸. Tali deroghe, alla luce del generale divieto di trattamento, non potranno che essere interpretate in maniera rigorosamente restrittiva e sempre in modo favorevole all’interessato⁹⁹. Tra queste deroghe, figura nuovamente il consenso dell’interessato (art. 9, par. 2, lett. a, GDPR) che però subisce una limitazione particolare, ovverosia esso non è idoneo a legittimare il trattamento dei dati particolari ogni qual volta «il diritto dell’Unione o degli Stati membri dispone che l’interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1». In altre parole, gli Stati membri e l’Unione possono prevedere, con riferimento a

⁹⁸ Cfr. A. THIENE, *Commento all’art. 9 (Trattamento di categorie particolari di dati personali) del Regolamento (UE) 2016/679 - I. Principi generali*, cit., p. 243, la quale qualifica le eccezioni legali al divieto «come cause di esclusione dell’antigiuridicità (...) di un comportamento in astratto vietato perché connotato da un’intrinseca carica lesiva». In particolare, l’Autrice, valorizzando il valore sistematico del divieto di cui all’art. 9, par. 1, GDPR, sostiene che «al centro della protezione accordata dall’art. 9 non ci sono i dati, intesi come beni suscettibili di appropriazione e di sfruttamento, ma la dignità della persona» e che il Legislatore europeo abbia voluto «escludere dai circuiti informativi e conoscitivi le informazioni che appartengono all’intimità sensibile» (p. 242 ss.).

⁹⁹ A. THIENE, *ibidem*.

specifiche categorie di dati particolari, o in presenza di determinate condizioni, che il divieto di trattamento non possa essere derogato nemmeno in presenza del consenso dell'interessato. In tutti questi casi, sarà necessario avvalersi, per poter comunque trattare i dati particolari, di una delle altre deroghe previste all'art. 9, par. 2, GDPR, generalmente ispirate ad un bilanciamento tra interessi individuali dell'interessato ed esigenze della collettività¹⁰⁰.

Ad ogni modo, nonostante il maggior rigore che sovrintende la circolazione dei dati particolari rispetto ai dati comuni, va evidenziato come, in entrambi i casi, salva l'eccezione cui si è appena accennato, il consenso dell'interessato deve ritenersi idoneo a legittimare il trattamento dei dati e dunque la loro circolazione su base volontaria.

Ad integrare il requisito della liceità del trattamento, concorrano poi anche altri elementi, individuati non già nel Capo I del GDPR, dedicato ai principi, bensì nei Capi III e IV, dedicati rispettivamente ai diritti dell'interessato e agli obblighi del titolare e del responsabile del trattamento, come ad esempio, l'obbligo di tenuta dei registri delle attività svolte (art. 30 GDPR); l'obbligo di adozione di misure di sicurezza (art. 32 GDPR); l'obbligo di notifica (art. 33 GDPR) e di comunicazione (art. 34 GDPR) di eventuali *data breaches*. In altri termini, anche in presenza di una base giuridica tra quelle indicate agli artt. 6 o 9 GDPR, il trattamento, per essere legittimo, deve seguire determinati canoni e criteri che, ancora una volta, prescindono dai poteri e dalle facoltà dell'interessato. Come correttamente osservato, tali disposizioni restituiscono l'immagine di una disciplina che attribuisce centralità alla prospettiva del titolare del trattamento piuttosto che a quella dell'interessato¹⁰¹ e confermano ulteriormente la stratificazione degli interessi in gioco.

Nella stessa direzione, di un bilanciamento tra interessi contrapposti, va poi la disposizione contenuta nell'art. 21, par. 1, GDPR, ai sensi della quale, se da un lato si prevede il diritto dell'interessato ad opporsi ad un trattamento eseguito ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. e) (ovverosia un trattamento «necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento») qualora

¹⁰⁰ Così, ad esempio, la deroga contenuta all'art. 9, par. 2, lett. b), GDPR, che ricollega la legittimità del trattamento ad esigenze connesse al diritto del lavoro, della sicurezza sociale e della protezione sociale; quella contenuta alla lettera d), che legittima il trattamento di dati particolari effettuato da fondazioni, associazioni o altri organismi senza scopo di lucro; quella contenuta alla lettera g), che legittima il trattamento di dati particolari necessario per motivi di interesse pubblico rilevante; e così via.

¹⁰¹ F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 377.

ricorrano «motivi connessi alla sua situazione particolare», dall'altro è altresì previsto che il titolare del trattamento si debba astenere salvo che ricorrano «motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria». Ancora una volta, dunque, il Legislatore europeo dimostra forte attenzione alla pluralità di interessi in gioco ed opera una valutazione di priorità e un bilanciamento.

In definitiva, quindi, il bilanciamento rappresenta la bussola orientativa non solo per l'interprete che si trovi ad analizzare o ad applicare le disposizioni del GDPR, ma ancora prima per i legislatori nazionali che si trovino a dover legiferare in tale materia. Bilanciamento come nuovo *focus* normativo in materia di protezione dei dati personali e una circolazione dei dati che diviene protagonista e che punta ad essere al contempo libera e protetta.

L'analisi che precede fornisce un tassello ulteriore nel processo volto all'indagine della natura dei dati personali. Si è, infatti, visto come i dati personali debbano essere qualificati come elementi della personalità, espressione dell'identità dell'individuo e strumenti attraverso il cui controllo si realizza il diritto all'autodeterminazione informativa della persona. Peraltro, se questa è la radice fondamentale dei dati personali, che ne connota l'essenza più profonda, è altresì vero che essi, col tempo, hanno innegabilmente assunto un valore economico centrale nel mercato europeo e globale, al punto da essere stati considerati "il nuovo petrolio". Un simile contesto, seppur non in grado di escludere la natura identitaria dei dati personali, quali elementi della personalità, incide certamente sulla loro peculiare connotazione, attribuendo ad essi, se così si può dire, una "doppia anima", un contenuto complesso, in parte attinente alla persona e in parte economico.

Tale "doppia anima" è ciò che ha favorito, da ultimo, l'approdo normativo di cui si parlerà nelle prossime pagine e che, per primo, ha legittimato a tutti gli effetti, ancorché attraverso terminologie volutamente ambigue, il fenomeno della c.d. "commercializzazione" dei dati personali e cioè del loro "scambio" con un servizio o un prodotto digitali.

4. La commercializzazione dei dati personali: la Direttiva (UE) 2019/770 e il "caso" dello scambio tra servizi/prodotti digitali e dati personali.

Dalla presa di coscienza del valore economico dei dati personali e del loro rilievo centrale nell'economia moderna, di cui si è parlato nel paragrafo precedente, alla previsione della possibilità che i dati personali vengano “contrattualizzati”¹⁰², utilizzati cioè come una sorta di corrispettivo, in cambio di un bene o un servizio, il passo è stato breve.

Infatti, il percorso di evoluzione normativa cominciato con la Direttiva madre e proseguito con il GDPR è culminato, sotto un certo punto di vista, con l'adozione della Direttiva (UE) 2019/770¹⁰³, la quale si colloca nell'ambito di una più articolata strategia per il mercato digitale e si propone di individuare i rimedi a disposizione del consumatore a fronte di un difetto di conformità che si manifesti nell'ambito dei contratti che la Direttiva definisce «di fornitura di contenuti¹⁰⁴ e di servizi¹⁰⁵ digitali». La Direttiva, dunque, non è deputata a disciplinare direttamente la materia della tutela dei dati personali, e non si sostituisce al GDPR, ma nondimeno incide su di essa nella misura in cui prevede - e in minima parte disciplina - una particolare operazione economica, ove i dati personali vengono in gioco come una sorta di “corrispettivo”¹⁰⁶, in quanto “forniti” dal consumatore in cambio di un contenuto o di un servizio digitali. In particolare, l'art. 3, par. 1, della Direttiva, nel

¹⁰² La felice espressione è di G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., *passim*.

¹⁰³ Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, (in G.U.U.E. del 22 maggio 2019, L. 136/1). Per una disamina delle novità introdotte dalla Direttiva, anche con specifico riferimento al tema della “contrattualizzazione” dei dati personali, si vedano, *ex multis*, G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO - V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 125 ss.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, p. 499 ss.; A. ADDANTE, *L'accesso ai dati personali quale corrispettivo di contenuti e servizi digitali*, in V. V. CUOCCI - F. P. LOPS - C. MOTTI (a cura di), *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 397 ss.; A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giustizia civile*, 2020, p. 889 ss.

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 2, n. 1, dir. (UE) 2019/770, per «contenuto digitale» devono intendersi «i dati prodotti e forniti in formato digitale» e quindi file audio, video, testi e giochi o altri software e applicazioni.

¹⁰⁵ Ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a) e b), dir. (UE) 2019/770, per «servizio digitale» devono intendersi tutte quelle attività che consentono al consumatore di «creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale» oppure quelle che consentono «la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati».

¹⁰⁶ Per il momento non è possibile sbilanciarsi sulla qualifica dei dati come “corrispettivo” in termini giuridici. Certamente, come si vedrà proseguendo nell'analisi, da un punto di vista economico essi costituiscono la “contropartita” per il fornitore del servizio digitale e tale “corrispettività” emerge chiaramente dal tenore della Direttiva nonostante le modifiche, di cui si darà atto, che sono intervenute tra la proposta di Direttiva e il testo finale della stessa. Il tema verrà ripreso ed approfondito *infra* (cfr. spec. Cap. II, sez. II, par. 3, p. 135 ss.).

disciplinare l'ambito di applicazione della stessa, prevede che essa si applichi sia al «contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo» (art. 3, par. 1, primo cpv., dir. (UE) 2019/770), sia «nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali [corsi aggiunti] all'operatore economico» (art. 3, par. 1, secondo cpv., dir. (UE) 2019/770).

Va precisato che, ancorché la Direttiva non sia chiarissima sul punto, la “fornitura” di dati personali da parte del consumatore deve essere intesa come consenso al loro trattamento e non come una sorta di alienazione degli stessi¹⁰⁷. Al di là dell'ambiguità dell'espressione “fornitura”, infatti, tale conclusione si appalesa evidente laddove si guardi a due elementi. In primo luogo, il fatto che la fornitura dei dati sarebbe di per sé inutile se non fosse propedeutica e funzionale ad un loro trattamento¹⁰⁸. Gli operatori del mercato digitale, infatti, nella maggior parte dei casi non hanno alcun interesse a conoscere i dati personali dei consumatori se non possono trattarli nelle modalità più varie: dall'ulteriore trasmissione, previo corrispettivo, di tali dati a terzi operatori del mercato, alla loro utilizzazione per finalità di marketing mirato e così via.

In secondo luogo, il fatto che l'art. 3, par. 1, secondo cpv., dir. (UE) 2019/770, allorché individua l'ambito di applicazione oggettivo della direttiva, esclude espressamente «il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano *trattati* esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale» dimostra come la “fornitura” sia funzionale a permettere all'operatore economico di trattare i suoi dati e, quindi, come la fornitura, più che un “trasferimento” di dati, integri un'autorizzazione, in definitiva un consenso, al loro trattamento. Pertanto, se il concetto di fornitura deve essere qui inteso come consenso al trattamento dei dati personali, ne consegue che il consenso rappresenta l'unica base giuridica astrattamente idonea a sorreggere l'operazione economica

¹⁰⁷ Correttamente diversi Autori hanno evidenziato come, nell'operazione descritta, più che i dati personali, ciò che diviene oggetto di scambio è la manifestazione del consenso al trattamento degli stessi: C. LANGHANKE - M. SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, in *Journal of european consumer and market law*, 6/2015, p. 218 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 69 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., *passim*. Sul punto si tornerà *infra* (cfr. Cap. II, sez. I, par. 3, p. 91 ss. e par. 4, p. 98 ss.).

¹⁰⁸ Cfr. G. Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., p. 170.

descritta dalla Direttiva e, per estensione, uno sfruttamento commerciale dei dati personali. In altri termini, esulano dal campo di indagine della Direttiva e del presente lavoro tutti i casi in cui un operatore del mercato digitale tratti i dati personali degli utenti in forza, non del loro esplicito consenso, ma di una qualsiasi altra base giuridica prevista dall'art. 6 GDPR¹⁰⁹. In questi ultimi casi, infatti, non viene in gioco la volontà del consumatore-interessato e, di conseguenza, nessun fenomeno di “commercializzazione” dei dati personali.

Precisato quanto sopra, il carattere dirompente della novità normativa è evidente: per la prima volta si apre alla possibilità non solo di una circolazione dei dati personali, ma di una loro circolazione su base apparentemente negoziale. Se, cioè, il GDPR si dimostrava consapevole dell'oggettiva importanza economica dei dati personali per il mercato e, in tale prospettiva, operando un bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti, ne consentiva il trattamento anche a prescindere dalla volontà dell'interessato, in ossequio cioè ad interessi di terzi soggetti, la Direttiva fa un passo ulteriore in direzione di una vera e propria loro commercializzazione. Essa, infatti, prevede la possibilità che il consenso al trattamento dei dati personali venga prestato nel contesto di un'operazione negoziale più complessa, finalizzata a realizzare di fatto uno scambio tra dati personali e servizi/prodotti digitali.

Va peraltro rilevato che il Legislatore europeo non si spinge sino al punto di parlare di scambio o di corrispettivo, né di contratto, ma si limita a prevedere il “caso” in cui l'operatore economico fornisce un contenuto digitale al consumatore e il consumatore fornisce dati personali all'operatore economico, non qualificando cioè tale dinamica come un “contratto” o come uno scambio, né la fornitura (*rectius*, la manifestazione del consenso al trattamento) come “controprestazione” e rimettendo al Legislatore nazionale l'arduo compito di sciogliere i nodi della vicenda, qualificando giuridicamente l'operazione economica descritta e applicandovi - di conseguenza - una specifica disciplina. La scelta terminologica

¹⁰⁹ L'interferenza, evidente, tra la disciplina introdotta dalla Direttiva (UE) 2019/770 e il GDPR viene risolta dalla prima a favore del secondo. L'art. 3, par. 8, della Direttiva, infatti, prevede che «il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1. In particolare, la presente direttiva fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo». La Direttiva, in altre parole, non intende sostituirsi al GDPR nell'individuazione delle basi giuridiche per un trattamento legittimo e, nel momento in cui prevede un meccanismo per il quale il fornitore di un servizio/contenuto digitale viene autorizzato al trattamento dei dati personali dell'utente di quel servizio/contenuto attraverso la manifestazione del consenso al trattamento, è chiaro che il trattamento sarà legittimo solo se e nella misura in cui quel consenso rispecchi le caratteristiche stringenti di cui al GDPR.

dell'espressione "caso" in luogo di "contratto", espressione quest'ultima che invece viene utilizzata nel primo capoverso dell'art. 3, par. 1, dir. (UE) 2019/770, allorché il corrispettivo è rappresentato da un prezzo e non dai dati personali, è figlia di un processo di revisione del testo originario contenuto nella proposta di Direttiva¹¹⁰. Inizialmente, infatti, era stato previsto che la Direttiva si applicasse 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» (corsivi aggiunti). In altri termini, la proposta di direttiva configurava i dati personali come una «controprestazione non pecuniaria atta a sorreggere sul piano causale la fornitura di servizi o contenuti digitali»¹¹¹.

Il richiamo alla giustificazione causale non pare privo di fondamento, laddove si consideri come il Legislatore europeo, nel momento in cui redigeva il testo della Direttiva, avesse bene in mente una specifica operazione economica che oramai da tempo si era ampiamente diffusa nella prassi commerciale e sulla quale si era soffermata l'attenzione degli studiosi¹¹². Ci si riferisce a quelle forme negoziali, già citate¹¹³, che avvengono principalmente online e che si caratterizzano per il fatto che il *provider* fornisce un servizio in forma apparentemente gratuita all'utente, il quale può usufruirne senza pagare alcun corrispettivo in denaro¹¹⁴. Si pensi ai servizi di *cloud storage*, di posta elettronica e ai *social network*. Tutti questi servizi vengono effettivamente forniti "gratuitamente", laddove con tale termine si intenda «senza corrispettivo in denaro»¹¹⁵, ma, a ben guardare, essi restituiscono un'onerosità mascherata in

¹¹⁰ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, COM(2015)634 final. Per un primo commento, vedasi G. RESTA - V. ZENOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 411 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali nella proposta di direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali*, in A. MANTELEO - D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 203 ss.

¹¹¹ Così G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 131.

¹¹² Si veda, ad esempio, S. F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 1087 ss., spec. p. 1097; M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al "door to door"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 234 ss.; A. M. GAMBINO, *I contratti di accesso ad Internet*, in C. PERLINGIERI - L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 191 ss.

¹¹³ Cfr. *supra*, Introduzione, p. 1 ss.

¹¹⁴ Cfr. M. NARCISO, *"Gratuitous" digital content contracts in EU consumer law*, in *Journal of european consumer and market law*, 6/2017, p. 198 ss.

¹¹⁵ C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura

quanto «tutti questi servizi sono remunerati adeguatamente - sebbene in maniera opaca - attraverso il flusso dei dati personali connesso alla singola transazione o alla serie di transazioni rese possibili dall'attivazione del servizio»¹¹⁶. L'utilità che il *provider* ottiene dal consumatore, infatti, è rappresentata dalla conoscenza dei dati personali degli utenti e dalla possibilità di trattare tali dati per finalità di marketing. In questo modo, la maggior parte dei fornitori del mercato digitale è in grado di fornire servizi “gratuiti” ai consumatori, ricavando un guadagno altrove, attraverso la commercializzazione dei dati che i consumatori rilasciano aderendo e utilizzando il servizio. In altri termini, l'assenza di un corrispettivo in denaro non rende necessariamente tali servizi gratuiti e proprio per questo nella proposta di Direttiva il Legislatore eurounitario - con un approccio fortemente realista - aveva configurato l'operazione economica come un vero e proprio contratto e in particolare come un contratto oneroso a prestazioni corrispettive, la cui causa risiedeva appunto nello scambio tra il servizio/prodotto digitale e la controprestazione non pecuniaria rappresentata dalla “fornitura” di dati personali¹¹⁷.

Senonché, l'uso di tali espressioni, e in particolare del concetto di controprestazione con riferimento alla fornitura dei dati, suscitò forte preoccupazione nel Garante europeo per la protezione dei dati personali, il quale condannò con forza la scelta terminologica e il significato che essa implicava¹¹⁸, ovverosia la riduzione dei dati personali alla mera condizione di “merce” di scambio, il che era fortemente contrario ai principi ispiratori della materia e alla concezione del diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona: «i diritti fondamentali, come il diritto alla protezione dei dati personali, non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali

di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 669 ss., parla di «*non monetary transactions*» (spec. p. 680 ss.).

¹¹⁶ Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 129. Nello stesso senso anche C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 90. *Contra*: F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 108 ss.; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 631 ss., i quali, facendo leva sull'assenza di un corrispettivo in denaro e di obblighi di prestazione in capo ai *provider* dei *social network*, hanno sostenuto la gratuità del relativo contratto.

¹¹⁷ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., p. 507.

¹¹⁸ Si veda il parere emesso da EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, disponibile online all'indirizzo https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf.

non possono essere considerati una mera merce»¹¹⁹. La paura del Garante era che i dati potessero essere qualificati come beni liberamente commerciabili e, soprattutto, liberamente alienabili dal proprio titolare, in forte contraddizione con la natura inalienabile dei diritti fondamentali della persona. La restrizione imposta dal Garante appare figlia di un'impostazione rigidamente personalistica che, come si è visto, era oramai stata superata dal GDPR a favore di un approccio maggiormente orientato al mercato e alla libera circolazione dei dati, basato sul bilanciamento tra interessi ed esigenze contrapposte¹²⁰.

Ad ogni modo, il Legislatore europeo tenne conto delle critiche del Garante e, nella versione definitiva della Direttiva, espunse completamente il riferimento al concetto di “controprestazione” e sostituì il termine “contratto” con il termine “caso”, andando così a configurare un'operazione economica in cui il consenso al trattamento dei dati personali e la fornitura del servizio digitale sembrano semplicemente coesistere, senza che l'uno venga eseguito necessariamente in cambio dell'altro¹²¹. Peraltro, si può notare fin da ora il carattere fittizio e artificiale della ricostruzione, laddove oblitera quello che è l'elemento caratterizzante la fattispecie economica, e che era invece ben individuato nella proposta di Direttiva: il fatto che l'operatore economico per null'altro motivo fornisce il servizio/prodotto digitale se non per, e a condizione di, ottenere la possibilità di trattare i dati personali dell'utente¹²². Ad ogni modo, si deve dubitare che le modifiche al testo normativo abbiano avuto un effetto davvero sostanziale, nel senso di indirizzare in una determinata direzione la qualificazione della fattispecie¹²³. Piuttosto, si deve ritenere che esse siano il frutto di un approccio rinunciativo del Legislatore, che siano state finalizzate cioè ad evitare

¹¹⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *ibidem*.

¹²⁰ Cfr., per una critica ad un'impostazione rigidamente personalistica, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., *passim*.

¹²¹ Ciò che ha portato parte degli studiosi della “contrattualizzazione” dei dati personali a configurare il fenomeno come un'ipotesi di collegamento negoziale tra due negozi giuridici autonomi. Cfr., tra tutti, C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., spec. p. 505. Sul punto torneremo più approfonditamente *infra* Cap. II, sez. I, par. 5, p. 102 ss.

¹²² Lo stesso Considerando n. 24 della Direttiva (UE) 2019/770 dimostra di essere consapevole di ciò, allorché riconosce che «la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico». La causa dell'operazione economica è sostanzialmente la medesima, cambia solamente la tipologia di corrispettivo.

¹²³ Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 132, ove l'Autore afferma che «sarebbe ingenuo ritenere che il *lifting* testuale così realizzato abbia trasformato la sostanza del modello regolatorio iscritto nella direttiva 2019/770/UE», in quanto essa, più che «voler legittimare e far proprio un modello di pura circolazione di mercato dei dati personali», intende individuare «il perimetro di applicabilità della direttiva e dei rimedi da questa forgiati».

che fosse il Legislatore europeo a prendere una posizione decisa in un senso piuttosto che in un altro e che si sia preferito adottare un testo normativo più generico, rimettendo l'arduo compito di qualificare la fattispecie ai legislatori nazionali.

Senonché, il Legislatore italiano¹²⁴ non si è arrischiato a fare ciò, ma si è limitato a modificare il Codice del consumo inserendo le disposizioni di dettaglio contenute nella Direttiva e rimettendo così in ultima analisi agli interpreti il compito di qualificare la fattispecie e individuarne un regime giuridico generale, da applicare per tutte le questioni che la disciplina europea non regola. Quella del Legislatore italiano è stata a tutti gli effetti un'occasione sprecata.

Il silenzio del Legislatore nazionale ed europeo impone pertanto al giurista di porsi le domande in merito alla legittimità e all'effettiva qualificazione di dette operazioni economiche. Una simile riflessione non può che partire dalle conclusioni precedentemente raggiunte sulla natura dei dati personali, ovverosia sulla loro concezione quali elementi della personalità, pur connotati da un rilevante valore economico. In altri termini, prima ancora che chiedersi se l'operazione economica delineata rappresenti un contratto, e di che tipo, bisogna comprendere se la natura dei dati personali, quali "beni personalissimi", costituisca un ostacolo alla loro commercializzazione o se invece la componente patrimoniale, insita nei dati personali, sia in grado di legittimare una commercializzazione di entità che pur sempre vengono qualificate come attributi della personalità e che in definitiva ricevono dunque la tutela e la disciplina tipiche dei diritti della personalità. Nelle prossime pagine si tenterà dunque di dare risposta a questo interrogativo ripercorrendo le origini, in Germania, della categoria dei diritti della personalità, il loro sviluppo e il loro recepimento nell'ordinamento giuridico italiano, e si concluderà analizzando l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha contrassegnato il tema della commercializzazione del nome e dell'immagine, i quali rappresentano, da un certo punto di vista, gli antesignani analogici dei dati personali e che dunque possono rappresentare, ancorché limitatamente, la base di partenza per una riflessione che ci condurrà ad individuare infine quale possa essere la disciplina giuridica delle operazioni di scambio che si sono sin qui delineate.

¹²⁴ Per una disamina del recepimento della direttiva in Italia e in altri Stati membri, si veda G. VERSACI, *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della Direttiva 2019/770/Ue in una prospettiva comparata*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2022, p. 207 ss.

Sezione II

Dalla teoria dell'indisponibilità dei diritti della personalità alla commercializzazione degli attributi immateriali della persona.

1. Il falso mito dell'indisponibilità dei diritti della personalità. Premesse e delimitazione del campo d'indagine.

Dall'analisi condotta sino a questo momento in merito alla natura dei dati personali, si è potuto concludere che essi, al pari di altri elementi evocativi dell'identità di una persona, quali potrebbero essere il nome o l'immagine, costituiscono attributi della personalità dell'individuo. Si è altresì visto che i dati personali sono suscettibili di acquistare notevole valore economico e che essi rappresentano, oggi, un'innegabile risorsa per il mercato interno dell'Unione europea, al punto che la normativa di settore ha, dapprima, ridotto il primato della persona a vantaggio di interessi terzi, anche economici, per poi aprire - senza peraltro entrare nel dettaglio delle modalità - alla possibilità di una loro commercializzazione, rimettendo infine al Legislatore nazionale e agli interpreti il compito di qualificare e disciplinare tali operazioni negoziali. Per giungere a tale obiettivo, peraltro, è necessario anteporre allo studio delle modalità con cui si potrebbe realizzare tale commercializzazione un'analisi, a monte, dell'effettiva possibilità, nel nostro ordinamento, di disporre economicamente dei diritti della personalità in generale e del diritto alla protezione dei dati personali in particolare.

Ebbene, una simile analisi non può che partire dall'osservazione che la persona è coinvolta in un continuo processo di «giuridificazione»¹²⁵, intendendosi con tale espressione quel processo che ha portato la persona ad acquisire sempre più rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico, a partire dall'elaborazione del concetto di capacità giuridica, sino

¹²⁵ Così S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa di dati personali*, Ledizioni, Torino, 2018, p. 9 ss., secondo la quale «tale espressione indica le modalità con (e i limiti entro) cui il diritto prende in considerazione la persona e, di converso, la persona acquista rilevanza per il diritto». Il riferimento è all'espressione utilizzata da S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 179 ss.; cfr. altresì G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, p. 359 ss.

al riconoscimento dei diritti della personalità, oggi qualificati, come vedremo, come diritti fondamentali dell'uomo, inviolabili e inalienabili. La teorizzazione della categoria dei diritti della personalità, in particolare, ha portato il fenomeno della giuridificazione della persona a svilupparsi secondo due direttive distinte¹²⁶: da un lato la tutela dei valori attinenti alla persona, come la vita e l'integrità fisica, o l'identità personale e la riservatezza, qualificati come diritti fondamentali dell'uomo ai sensi dell'art. 2 Cost.; dall'altro, la regolamentazione delle possibilità e delle modalità di commercializzazione di quegli attributi, materiali e immateriali, che costituiscono estrinsecazione dei predetti valori, rispettivamente il corpo umano o il nome e l'immagine. Quando si parla di commercializzazione dei diritti della personalità, infatti, ciò che diviene oggetto di scambio, e che circola, più che il diritto-valore di cui il soggetto dispone, è l'estrinsecazione oggettiva di quel valore, l'attributo della persona. In questo senso, la commercializzazione dell'attributo materiale costituito dal corpo umano coinvolge valori come la vita e l'integrità fisica; la commercializzazione di attributi immateriali come il nome e l'immagine coinvolge valori come l'identità personale e la riservatezza di un soggetto¹²⁷; la commercializzazione dei dati personali, infine, coinvolge valori quali la riservatezza e l'identità personale, ma anche l'autodeterminazione dell'individuo e la sua libertà.

Il fenomeno per il quale gli attributi, materiali e immateriali della persona, vengono commercializzati, e cioè tendenzialmente ceduti in cambio di un corrispettivo o comunque immessi nel mercato¹²⁸, viene tradizionalmente definito come «*commodification* della personalità»¹²⁹ ed è stato considerato come «uno dei fenomeni più pervasivi e rilevanti dell'esperienza giuridica contemporanea»¹³⁰.

¹²⁶ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

¹²⁷ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile. Uno studio comparato*, Jovene, Napoli, 1985, p. 348, ove l'Autore afferma che nome e immagine sono valori strumentali alla tutela, a seconda dei casi, dell'identità personale, della riservatezza, dell'onore, della personalità.

¹²⁸ Per la verità, come vedremo, le forme di commercializzazione sono le più varie e si traducono in negozi atipici che ricalcano, più che lo schema tipico della compravendita, quello del negozio derivativo-costitutivo, con il quale l'attributo della persona non viene "alienato", ma vengono piuttosto concessi diritti su di esso che limitano il diritto della personalità del titolare, cfr. Cap. II, sez. I, par. 1, p. 75 ss.

¹²⁹ Il termine, usato ampiamente nell'ambito dei diritti della personalità e soprattutto dei dati personali, indica l'attitudine di una determinata entità ad essere concettualizzata, nonché scambiata, secondo logiche e dinamiche tipicamente mercantili, cfr. M. J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard law review*, 100(8)/1987, p. 1849 ss.

¹³⁰ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 2, ove l'Autore evidenzia altresì come tale fenomeno sia storicamente caratterizzato dal problema della «interferenza, sempre maggiore, tra la

Ebbene, da contraltare all'esperienza pratica vi sono le impostazioni teoriche tradizionali¹³¹, per le quali i diritti della personalità sono diritti "non patrimoniali", in quanto gli interessi protetti da questa categoria sarebbero unicamente "ideali"; "personalissimi", in quanto diritti afferenti alla persona, alla sua identità, agli elementi evocativi della sua personalità e, in definitiva, alla sua dignità¹³²; e, per tale ultimo motivo, "indisponibili"¹³³, intrasmissibili, irrinunciabili e imprescrittibili"¹³⁴. In via generale, secondo la dottrina tradizionale tali diritti si configurerebbero come diritti a struttura difensiva e privi di contenuto patrimoniale¹³⁵.

A condividere una simile impostazione, ne discenderebbe che quelli che abbiamo chiamato elementi evocativi dell'identità, o attributi immateriali della persona, suscettibili di oggettivazione, non possano, proprio in quanto referente oggettivo dei diritti della personalità, essere suscettibili di una *commodification* e di una commercializzazione, ovvero una circolazione secondo modelli tipicamente commerciali.

Senonché, l'esperienza della giurisprudenza italiana in ordine alla circolazione commerciale del nome e dell'immagine¹³⁶, nonché ancor prima l'analisi delle circostanze e delle esigenze

sfera della persona e le logiche patrimoniali, la quale finisce per sovrapporre – sino a confondere – i confini tra soggetto e oggetto ed apre spazi crescenti al ruolo del contratto e dell'autonomia privata».

¹³¹ Tra tutti, si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile, vol. I, La norma giuridica. I soggetti*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002, *passim*.

¹³² È noto come il valore della dignità, soprattutto a partire dal Secondo dopoguerra, con l'introduzione delle Costituzioni moderne, sia divenuto punto di riferimento di ogni riflessione inerente alla tutela e allo sviluppo della persona, a partire dalla tutela dell'integrità fisica sino all'espressione della sua personalità.

¹³³ Sull'indisponibilità, in particolare, si vedano A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, *passim*; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004, *passim*.

¹³⁴ Per una declinazione di questi principi al caso specifico del diritto al nome: F. MACIOCE, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1984, p. 40: «anche il diritto al nome, come gli altri diritti della personalità, è caratterizzato dal requisito della non patrimonialità, il quale è diretta conseguenza della natura non patrimoniale dei beni inerenti alla persona e del corrispondente interesse»; C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. I, La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 192: «nel diritto privato il diritto al nome si configura come un diritto assoluto della personalità, indisponibile e non patrimoniale»; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 428: «in quanto è un diritto della personalità, al diritto al nome spetta l'attributo della non patrimonialità. Ed invero, l'identità personale, che costituisce il suo oggetto, è un bene personale, non contenente in sé stesso una immediata utilità d'ordine economico; invece, vi è immediatamente insita una utilità di natura non patrimoniale, squisitamente morale».

¹³⁵ Ciò peraltro non significa che il titolare di tali diritti non possa autorizzare interferenze da parte di terzi, ma che tale "autorizzazione" appunto come tale deve essere qualificata. Il consenso, in altri termini, deve essere qualificato come scriminante di un illecito, come consenso dell'avente diritto, privo di qualsivoglia valore negoziale e come tale sempre revocabile: cfr. P. VERCELLONE, voce *Personalità (Diritti della)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, p. 810 ss.

¹³⁶ Il nome e l'immagine costituiscono esempi emblematici di elementi evocativi dell'identità di una persona suscettibili di essere oggettivati e di acquisire valore economico, al pari dei dati personali, pur mantenendo un nucleo identitario strettamente connesso all'identità della persona.

che portarono alla nascita della categoria dei diritti della personalità, non possono che far ripensare la categoria secondo termini nettamente diversi, in contrasto con la lettura tradizionale che ne vorrebbe la totale estraneità a logiche di mercato¹³⁷.

La presente analisi, peraltro, muoverà e tratterà principalmente dei diritti afferenti agli attributi immateriali della persona, non anche a quelli corporali¹³⁸. La ragione è duplice. Da un lato, infatti, i dati personali, su cui si concentra il presente studio, non possono che essere ricondotti alla prima categoria, in quanto informazioni e dunque privi dell'elemento fisico che caratterizza i beni corporali. In secondo luogo, poi, in quanto il tema relativo alla commercializzazione degli attributi corporali dell'uomo è connotato da problematiche (non solo giuridiche, ma anche morali, etiche, filosofiche, sociali e politiche)¹³⁹ e dunque da soluzioni ordinamentali¹⁴⁰ per molti aspetti diverse da quelle che caratterizzano invece gli attributi immateriali.

¹³⁷ Illuminante e fondamentale, sul punto, è l'opera di G. RESTA, *op. ult. cit.*, ove l'Autore ripercorre, in ottica anche comparatistica, la storia della nascita e dell'evoluzione dei diritti della personalità per arrivare a confutare l'assunto tradizionale della loro natura extrapatrimoniale e della loro estraneità a dinamiche commerciali. Si vedrà in prosieguo come la concezione attuale dei diritti della personalità sia figlia dell'elaborazione svolta dalla dottrina tedesca di fine Ottocento e come questa abbia influenzato la dottrina italiana importando un significativo mutamento di approccio alla materia di tutela della persona, originariamente improntato su un modello tipicamente proprietario. Infine, si osserverà come l'avvento della Costituzione e l'elaborazione del principio di dignità influenzarono la materia al punto da farle perdere la connotazione patrimoniale che essa ha sempre avuto.

¹³⁸ La distinzione tra attributi immateriali della personalità, come il nome, l'immagine o le opere dell'ingegno, e attributi corporali, sostanzialmente il corpo umano in tutte le sue componenti, che si deve principalmente all'elaborazione dottrinale di matrice francese, viene adottata da più parti anche dalla dottrina italiana: si veda A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 133 ss.; S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 20 ss., p. 80 ss.; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 278 ss.

¹³⁹ Si consideri, per tacere di questioni più complesse, come la disposizione sul proprio corpo, comportandone o potendone comportare una menomazione, sia socialmente più disapprovata della disposizione di attributi come il nome o l'immagine. Per una riflessione più generale, cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., spec. cap. VII, *Ipotesi sul corpo "giuridificato"*, p. 179 ss.

¹⁴⁰ Cfr. G. FERRANDO, *Biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 761 ss.; D. MESSINETTI, *Principio di gratuità ed atti di disposizione del proprio corpo*, in A. BELVEDERE - C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2001, *passim*, ove si evidenzia una tendenza costante degli ordinamenti europei e dell'Unione stessa a vietare gli atti di disposizione del proprio corpo, specialmente se a titolo oneroso. Più in generale, vi è una serie di indici normativi, sia nell'ordinamento nazionale che in quello unionale e internazionale, dai quali si evince come il principio di fondo in questa specifica materia sia il divieto della mercificazione del corpo umano: si vedano ad esempio l'art. 5 c.c.; l'art. 3, par. 2, punto 3, della Carta di Nizza; l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997.

2. *Dalle origini dei diritti della personalità all'epoca moderna: la tradizione italo-francese ottocentesca e l'approccio proprietario.*

La disciplina dei diritti della personalità contenuta nel Codice civile del 1942 si ispira in larga parte al modello tedesco¹⁴¹. È infatti noto che la categoria dei diritti della personalità, come modello di tutela civile della persona, nasce e si sviluppa proprio grazie al pensiero e alle riflessioni che i giuristi d'Oltralpe dedicarono alla materia della tutela della persona a partire dalla seconda metà dell'Ottocento¹⁴². È dunque attraverso il confronto e lo studio del pensiero tedesco che tale categoria si radicò anche nella cultura giuridica italiana, comportando un significativo mutamento di approccio alla disciplina di tutela della persona.

Durante tutto l'Ottocento, l'approccio giuridico adottato dai giuristi italiani in questa materia era concettualmente diverso e si basava sul modello elaborato dalla cultura giuridica francese e formalizzato nel *Code Napoléon* del 1804, dal quale notoriamente deriva il Codice civile italiano del 1865¹⁴³. L'intero immaginario giuridico dell'epoca era dominato dall'idea della proprietà, di una proprietà però non più rigidamente ancorata agli schemi romanistici di un diritto sulle cose, quanto piuttosto di una proprietà espressione della libertà e dell'autonomia dell'individuo¹⁴⁴. Si trattava, dunque, di una concezione della proprietà estremamente elastica e non formalizzata, che permetteva così di garantire una tutela non solo agli interessi patrimoniali della persona, ma anche a quelli di carattere più ideale e astratto, interessi non patrimoniali come la riservatezza, l'onore e la reputazione¹⁴⁵. Il *Code* francese, infatti, si caratterizzava per aver superato la distinzione - risalente al diritto romano - tra *res corporales* e *res incorporales*, il che aveva permesso di estendere la disciplina del diritto di proprietà e

¹⁴¹ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano del 4-6 giugno 1992*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 99 ss.

¹⁴² Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto delle discipline privatistiche.*, sez. civ., vol. XIII, Utet, Torino, 1995, p. 430 ss.

¹⁴³ Per un approfondimento sulle derivazioni francesi dei codici italiani precedenti al Codice del 1942, si veda V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile. Uno studio comparato*, cit., p. 85 ss.

¹⁴⁴ Cfr. G. VIGNALI (a cura di), *Commentario del codice civile italiano*, vol. I, Stabilimento tipografico Prete, Napoli, 1878, p. 52 s., secondo cui «la proprietà è la libertà applicata alle cose, come la libertà è la proprietà applicata alle persone» (così riportato da G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 34). Si veda altresì L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 427 ss.

¹⁴⁵ Cfr. altresì D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 355 ss., spec. p. 356, ove l'Autore rileva l'attitudine del diritto di proprietà a garantire una «reazione contro ogni forma di invasione della sfera individuale».

dei diritti reali in generale anche a queste ultime, che ne erano invece tradizionalmente estranee¹⁴⁶. Così, vennero assoggettati al diritto di proprietà, e al modello dominicale in generale, tutti i segni distintivi della persona, dal nome e l'immagine sino al marchio, alla ditta e all'insegna, ma anche valori più propriamente "ideali" e privi di valore economico, ma comunque attinenti alla persona, come riservatezza, onore e reputazione. L'intera materia della protezione della persona, quindi, dai profili patrimoniali a quelli non patrimoniali, dagli attributi immateriali della persona sino a valori quali l'onore e la reputazione, era in definitiva affrontata attraverso un'ottica proprietaria, caratterizzata cioè dall'uso dominante del modello dominicale¹⁴⁷.

Questo contesto giuridico, ma anche culturale, era poi ulteriormente caratterizzato dalla presenza di un apparato rimediale molto efficace contro le aggressioni al patrimonio e alla persona, rappresentato principalmente da strumenti come le *astreintes* e dall'assenza di preclusioni dogmatiche alla risarcibilità dei danni non patrimoniali¹⁴⁸.

La convergenza di questi due elementi rese Italia e Francia un terreno poco fertile per la maturazione di nuove idee e nuove forme di protezione della persona. Non si percepiva, infatti, l'esigenza di elaborare una categoria unitaria per la protezione degli interessi della persona, in quanto questi erano già sufficientemente tutelati dalle regole della tradizione francese. Una simile condizione giustificò quindi il disinteresse e il disimpegno della dottrina italiana nell'elaborazione della categoria dei diritti della personalità, mentre i dibattiti su di essa dilagavano in Germania, ove - come vedremo - la Pandettistica era rimasta strettamente ancorata alla tradizione romanistica del diritto di proprietà.

¹⁴⁶ A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in A. PIZZORUSSO - S. FERRERI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Le fonti scritte*, vol. I, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1998, p. 405 ss.; G. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 1137 ss.

¹⁴⁷ Cfr., S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 54; cfr. altresì G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 35, il quale riporta che la commistione e la sovrapposizione delle logiche della proprietà e della personalità emerge anche dalla Relazione alla legge sarda sul marchio del 12 marzo 1855: «se si ammette che ognuno è padrone di sé stesso, del suo nome, di tutti i valori ai quali ha dato un'esistenza, bisogna pure ammettere che ognuno è padrone della sua reputazione e dei vantaggi che questa può procurargli. La reputazione, quando è acquistata con mezzi legittimi [...] è la più incontestabile e la più sacra delle proprietà».

¹⁴⁸ Cfr. G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 30 ss., ove l'Autore accenna al «carattere aperto» dell'art. 1382 del *Code civil*, che aveva permesso alla giurisprudenza francese di applicare le regole risarcitorie anche alle vicende relative al nome e all'immagine, nonché in generale ai «pregiudizi morali» e alla sfera più prettamente ideale della persona.

3. (Segue) *L'elaborazione della categoria dei diritti della personalità nella Germania dell'Ottocento.*

Guardando alla storia di come è nata e si è sviluppata in Germania la categoria dei diritti della personalità, saltano agli occhi alcuni elementi del tutto peculiari che, col tempo, si sono scoloriti fino a perdere di consistenza, ma che all'origine dell'elaborazione dogmatica costituivano pilastro fondamentale della categoria.

In particolare, si può notare come la riflessione dei giuristi dell'epoca non si sia limitata a quei "valori" che oggi definiamo diritti della personalità fisica e morale, come il diritto alla vita e all'integrità fisica, il diritto all'onore e alla dignità, ma si sia estesa anche agli attributi immateriali della persona (come il nome e l'immagine) e a quelli che oggi rientrano nella categoria dei c.d. "beni immateriali" e che sono disciplinati dalla proprietà intellettuale, nelle sue forme del diritto d'autore e del diritto industriale, come marchi e brevetti, ma anche invenzioni e opere dell'ingegno. In altri termini, la categoria si presentava non solo molto eterogenea, ricomprendendo entità e valori molto diversi tra loro, ma anche del tutto priva di quel carattere di "non patrimonialità" che avrebbe invece assunto col tempo e che avrebbe portato a sancirne l'indisponibilità¹⁴⁹.

La ragione della trattazione unitaria di figure così diverse tra loro e soprattutto della presenza, che oggi potrebbe apparire incongrua, dei beni immateriali o comunque di entità dotate di un carattere tipicamente patrimoniale, va individuata nelle ragioni socioeconomiche che fecero da contesto all'elaborazione teorica e che, per la verità, ne costituiscono la prima causa di sviluppo. La giustapposizione, infatti, non era casuale, ma funzionale a fornire legittimazione e inquadramento a tutte quelle nuove entità economiche, la cui attribuzione era fortemente controversa sul piano politico ed economico, figlie della rivoluzione industriale e perciò estranee alla tradizione romanistica¹⁵⁰.

Fino ad allora, la tutela della persona, si pensi principalmente all'onore, tutelato contro illeciti quali ingiuria e diffamazione, ma anche agli attributi immateriali come nome e immagine¹⁵¹,

¹⁴⁹ Sul punto, e per la ricostruzione che segue, si veda principalmente G. RESTA, *op. ult. cit., passim*, spec. p. 41 ss.

¹⁵⁰ La rivoluzione industriale aveva infatti portato alla nascita e all'enorme diffusione di nuove forme di ricchezza immateriale, come i segni distintivi dell'impresa e le opere dell'ingegno, di cui ci si poneva il problema delle modalità di appropriazione e sfruttamento: cfr. G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 46 ss.

¹⁵¹ Anche e soprattutto il nome era tutelato, o meglio regolato, da norme pubblicistiche, amministrative in

avveniva attraverso norme di carattere meramente pubblicistico, principalmente dunque penali e amministrative. Si riteneva, cioè, che prima della commissione dell'illecito - o in sua assenza - non esistesse alcun diritto soggettivo, il quale sorgeva - in funzione risarcitoria - solo nel momento in cui fosse stato commesso un illecito, come una diffamazione o un'ingiuria. Giammai avrebbe potuto il privato decidere dell'utilizzo del proprio nome o della propria immagine, ad esempio, se questo avveniva nel rispetto delle regole pubblicistiche finalizzate all'identificazione delle persone e nel rispetto della reputazione o dell'onore della persona stessa. La tutela era, infatti, funzionale non già a garantire interessi di stampo privatistico o economico della persona, che la stessa avrebbe potuto far valere nei confronti di un altro consociato, quanto piuttosto a sanzionare eventuali condotte contrarie agli interessi pubblici. La disciplina, in altri termini, perseguiva interessi pubblicistici o, come sono stati definiti, "meta-individuali", come la legalità, l'ordine pubblico e l'identificabilità delle persone, nonché la sicurezza e certezza dei traffici giuridici¹⁵².

Ebbene, con l'avvento della rivoluzione industriale e dei nuovi beni immateriali l'approccio era destinato a mutare. La tutela pubblicistica, infatti, non poteva più rappresentare un valido modello di riferimento per la regolamentazione degli interessi afferenti alla persona, che stavano via via acquisendo un enorme valore economico e, conseguentemente, una rilevanza privatistica nettamente superiore al passato. Alla privatizzazione degli interessi protetti, o meglio all'emersione di nuovi interessi privati, doveva necessariamente accompagnarsi una diversa concettualizzazione, incentrata sugli schemi civilistici tradizionali e segnatamente quelli del diritto soggettivo. Il problema si poneva soprattutto per quei beni che stavano assumendo un grande valore economico come i segni distintivi e le opere dell'ingegno, ove gli interessi in gioco mal si conciliavano con una tutela meramente pubblicistica, ed era al contrario necessario ricorrere a schemi tipicamente privatistici. Ma individuare la strada giusta da intraprendere non era facile in quanto la soluzione del diritto di proprietà, secondo

primis, funzionali ad interessi pubblici come la corretta identificazione della persona da parte dello Stato, che ne imponevano, ad esempio, l'immodificabilità. Cfr., G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 512, ove l'Autore riporta questa tendenza con riferimento specifico all'identità e a tutte le sue estrinsecazioni; v. altresì L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 98 ss., il quale specifica come i principali interessi che perseguiva la tutela degli elementi identificativi della persona erano quelli dell'identificazione a fini fiscali e di sicurezza; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 6 ss.

¹⁵² Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 66 ss.

il modello francese, non era perseguibile. Tale soluzione non poteva essere perseguita dai giuristi della Pandettistica in quanto - come accennato in precedenza -, essi erano strettamente legati alla tradizione giuridica romanistica, la quale contrapponeva alle *res corporales* le *res incorporales*, e adottavano quindi una nozione tecnico-giuridica del diritto di proprietà che non ammetteva il suo esercizio su beni immateriali¹⁵³.

L'ostilità verso il dogma proprietario non poté che condurre i giuristi tedeschi verso l'altra opzione dell'alternativa, l'altro pilastro delle teorie del diritto naturale, che contrapponevano la proprietà alla personalità.

La prima elaborazione di una teoria generale dei diritti della personalità la si deve al tedesco Karl Gareis e si basa su di una nozione duplice di personalità: una statica ed una dinamica. La prima atteneva ai segni distintivi della persona, alle caratteristiche fisiche ed intellettuali di ciascun soggetto, ciò che in definitiva lo identificava e rappresentava all'esterno (si pensi ai classici esempi del nome e dell'immagine, ma venivano ricompresi anche la ditta, l'insegna e il marchio, beni di stampo tipicamente industriale). La personalità dinamica, invece, atteneva ai prodotti dell'attività creativa dell'individuo, come i disegni e in generale ogni opera dell'ingegno. Secondo quest'ultima concezione, la persona non veniva considerata solo come mera sommatoria di una serie di indici, di elementi identificativi, ma anche come "autore". Anticipando di quasi un secolo l'elaborazione, ad opera della giurisprudenza tedesca, del concetto di autodeterminazione¹⁵⁴, la persona cominciò ad essere concepita, e tutelata, non solo per ciò che era, ma anche per ciò che la sua personalità era in grado di creare. Le creazioni della persona, infatti, venivano concepite come espressione della sua personalità e in quanto tali meritevoli della medesima protezione degli attributi fisici o intellettuali che la identificavano. Conseguentemente, il contenuto del diritto della personalità venne individuato non solo nella protezione della propria persona, ma anche nella facoltà di sfruttare in esclusiva le proprie qualità personali, vedendo riconosciuti nei confronti dei terzi tutti i risultati della propria attività. Si era cioè venuto a creare un «diritto di privativa», che si traduceva in una posizione di esclusiva e in un monopolio economico dell'individuo sul prodotto della propria attività creativa, concetto in grado di ricomprendere

¹⁵³ G. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, cit., p. 1137 ss.

¹⁵⁴ Cfr. *supra* Cap. I, sez. I, par. 2, p. 18 ss.

ogni bene immateriale nato con la rivoluzione industriale, dal marchio sino alle invenzioni¹⁵⁵. L'elaborazione teorica di Gareis fu poi proseguita e completata prima dal giurista Otto von Gierke e infine da Josef Kohler. Il loro pensiero sviluppa ed evolve quello originario di Gareis e conduce la categoria dei diritti della personalità a quello che fu infine l'assetto nel quale la ricevette la dottrina italiana. In particolare, se il pensiero di Gierke si pone in linea di totale continuità con quello di Gareis e si caratterizza per una costruzione ancora unitaria della categoria, è con la riflessione di Kohler che si ebbe un'innovazione decisiva, nella misura in cui egli «contrappone ai diritti che hanno ad oggetto i “beni della personalità”, fisici e incorporali, quelli che insistono su “beni immateriali” esterni alla persona e suscettibili di oggettivazione»¹⁵⁶. Nella prima categoria rientravano valori come integrità fisica, onore, dignità, ma anche estrinsecazioni della persona quali nome e immagine (si tratta di quelli che oggi rientrano tradizionalmente nel concetto di diritti della personalità). Nella seconda categoria rientravano entità quali le opere dell'ingegno e le invenzioni, sostanzialmente l'odierna proprietà intellettuale. Il *discrimen*, peraltro, secondo Kohler, non era dato dal diverso referente oggettivo della protezione, quanto piuttosto dal diverso grado di commerciabilità dello stesso. Se, cioè, i “beni immateriali” sono liberamente alienabili, non così i beni della personalità, i quali sarebbero appunto “inalienabili”. Ma si badi bene, inalienabilità non significa, nel pensiero dell'Autore, incommerciabilità, assenza di patrimonialità o illiceità di una loro deduzione contrattuale, ma solo impossibilità di un distacco definitivo di tali “beni” dalla sfera soggettiva del loro titolare, laddove al contrario essi possono essere oggetto di circolazione giuridica e oggetto di convenzione, attraverso contratti come la licenza d'uso del nome o dell'immagine.

4. La costituzionalizzazione dei diritti della personalità e la nascita del dogma dell'indisponibilità.

¹⁵⁵ Cfr. G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 96 ss., ove l'Autore rileva che il concetto di personalità dinamica fu «l'anello di congiunzione» che permise di accomunare in un'unica categoria giuridica, coerentemente con le esigenze economiche che ne avevano segnato la nascita, sia prerogative personali che economiche. La teoria elaborata da Gareis permise cioè di concepire il diritto d'autore e le prerogative dello stesso sull'opera come espressione del diritto della personalità in forza del legame di natura personale intercorrente tra autore e risultato creativo, al pari di quanto avveniva tra individuo e valori quali l'onore, la reputazione il nome e l'immagine. In definitiva i diritti della personalità nacquero sì per proteggere i valori più strettamente “ideali” della persona, ma anche per garantire lo sfruttamento economico dei prodotti creativi della propria personalità.

¹⁵⁶ Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 105.

Le riflessioni elaborate dalla Scuola pandettistica tedesca si diffusero ben presto in tutti i circoli giuridici dei Paesi limitrofi, primi tra tutti Italia e Francia, ove i giuristi si trovarono di fronte ad una elaborazione concettuale che ripensava completamente categorie e dogmi che, in quei contesti, erano oramai consolidati sul modello dominicale. Il prestigio di cui godeva la Pandettistica non permise alle correnti dottrinali tradizionali di ignorare la categoria di nuova emersione, ma impose una riflessione, a partire dalla legittimità della stessa¹⁵⁷.

In un primo momento, la dottrina italiana fu restia ad adottare la categoria di nuova concezione dei diritti della personalità. Ancorata com'era allo stilema proprietario, non concepiva la possibilità di una situazione giuridica in cui soggetto e oggetto coincidessero. In altri termini, avversava l'idea di uno *ius in se ipsum*, di un diritto che l'uomo potesse esercitare su se stesso, in quanto si sosteneva la necessaria separazione tra il titolare del diritto e il riferimento oggettivo su cui esso veniva esercitato¹⁵⁸.

Col tempo, però, non si poté ignorare la profondità della categoria dei diritti della personalità e, soprattutto, la sua attitudine a fornire uno «schema concettuale unitario per inquadrare e dare un volto dogmatico ad una pluralità di questioni applicative già presenti e dibattute nelle singole esperienze giuridiche»¹⁵⁹, nonché ad una serie di interessi (quelli della personalità) che non ricevevano protezione dogmatica unitaria. Il passaggio da un modello all'altro però non avvenne in maniera acritica, ma fu al contrario caratterizzato da un adattamento del modello tedesco alla cultura giuridica italiana. Le logiche proprietarie, infatti, non vennero abbandonate completamente, ma continuarono ad applicarsi, in maniera più convinta e

¹⁵⁷ Il prestigio della dottrina tedesca è affermato da più parti. Si veda, ad esempio, G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Bari, 2000, spec. p. 150 ss.

¹⁵⁸ Il principale ed autorevole giurista italiano che avversò - peraltro solo inizialmente - la categoria dello *ius in se ipsum* fu Adolfo Ravà, il quale contestava l'inammissibilità logica e giuridica della categoria del diritto «sulla propria persona»: cfr. A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXI, 1901, p. 1 ss. La critica espressa da Adolfo Ravà dev'essere per la verità ricondotta a Friedrich Carl von Savigny, il quale concepiva il diritto soggettivo come «la relazione tra un soggetto e un oggetto rispetto al quale il primo manifesta il proprio potere di volontà» (così S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 12, ove tra l'altro si rileva come tale concezione escludesse lo *ius in se ipsum* proprio per l'impossibilità di concepire il soggetto come «riferimento oggettivo di un diritto»). L'esito estremo di questa assimilazione, infatti, secondo l'Autore sarebbe stata la legittimazione addirittura di un diritto al suicidio. Per un approfondimento, cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1037 ss.).

¹⁵⁹ Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 22.

consapevole, ai segni distintivi dell'impresa e a tutte quelle nuove entità che erano emerse durante la rivoluzione industriale (sostanzialmente i beni afferenti al diritto d'autore e al diritto industriale)¹⁶⁰ e che lo stesso Kohler aveva distinto dagli elementi della personalità in senso stretto, sia fisici che incorporali¹⁶¹. Per quanto riguarda, invece, i diritti sui c.d. "beni personalissimi", essi da un lato vennero modulati sui diritti reali e sulla proprietà in particolare. Da questa, infatti, essi mutuaronò la struttura e alcuni caratteri tipici come l'assolutezza e l'imprescrittibilità, nonché la logica di fondo che rimase pur sempre la «logica di appartenenza» tipica dei diritti assoluti¹⁶². Dall'altro, però, il passaggio da un modello all'altro comportò che la natura di tali diritti si annacquasse parzialmente, perdendo quella forte connotazione patrimoniale che aveva avuto in origine e trasformando il concetto di inalienabilità elaborato da Kohler in una generica e generale nozione di indisponibilità del diritto, intesa come incommerciabilità, cioè come divieto o impossibilità di una loro deduzione contrattuale.

Le ragioni di questo mutamento sono plurime, ma sono da ravvisarsi principalmente in quello che può essere definito un processo di "costituzionalizzazione" del diritto privato in generale e della materia dei diritti della personalità in particolare, che portò - come vedremo - a ritenere tali diritti del tutto privi del carattere di patrimonialità richiesto per gli scambi commerciali¹⁶³, nonché a ritenere del tutto "indegna"¹⁶⁴ - e per ciò illecita - una qualsiasi mercificazione dei diritti della personalità o delle estrinsecazioni, materiali e immateriali, della persona.

¹⁶⁰ Cfr. G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959, *passim*.

¹⁶¹ La distinzione di Kohler, si ricordi, atteneva solamente ad un diverso grado di commerciabilità dei beni "esterni" alla persona rispetto a quelli "interni", laddove solo i primi potevano essere alienati definitivamente, mentre i primi erano comunque suscettibili di circolazione commerciale ma non di alienazione.

¹⁶² Parla di logica di appartenenza G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 118, il quale in particolare rileva come il diritto di proprietà e i diritti della personalità siano in larga parte «fungibili», laddove invece «il vero elemento di discriminazione è costituito dal diverso regime di circolazione: nella sua applicazione più coerente lo schema proprietario presuppone l'alienabilità della relativa posizione d'interesse; i diritti della personalità, per contro, si definiscono come categoria unitaria proprio in ragione dell'assunto dell'inalienabilità». Si vedano anche G. B. FERRI, *Persona e privacy*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1983, p. 39 ss., spec. p. 279 ss.; ID., *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 51 ss.

¹⁶³ Ci si riferisce alle disposizioni di cui agli artt. 1174 e 1321 c.c., le quali richiedono, rispettivamente per le obbligazioni e il contratto, il carattere della patrimonialità. Sul punto si vedano le riflessioni che saranno fatte *infra* Cap. I, sez. II, par. 5, p. 60 ss.

¹⁶⁴ L'espressione è letterale e si riferisce al principio di dignità, concepito come *summa* dei valori attinenti alla persona e come ostacolo alla sua stessa commercializzazione.

L'esperienza dei regimi totalitari, in Italia e in Germania, ebbe, infatti, un effetto dirompente nell'evoluzione del dibattito e dell'elaborazione della categoria dei diritti della personalità. Il diffuso sentimento popolare di riscatto e di reazione ai regimi totalitari inflù in modo significativo sull'evoluzione della categoria in questione. Gli orrori della guerra e delle segregazioni razziali, infatti, ingenerarono negli intellettuali e nei giuristi del Secondo dopoguerra un sentimento di rivalse e un desiderio di reazione che «contribuirono a rivestire di un elevato valore simbolico la questione della protezione della persona e dei suoi interessi fondamentali»¹⁶⁵. La protezione della persona, attraverso il valore della libertà e - soprattutto - della dignità, divenne obiettivo primario della cultura giuridica moderna. Nel tentativo di fornire protezione costituzionale ai diritti della personalità e in generale alla tutela della persona, l'art. 2 della Costituzione venne invocato per attribuire fondamento normativo e rango costituzionale ai diritti della personalità¹⁶⁶. Il principio di dignità, in particolare, venne utilizzato non solo per ricavare da esso tutti i diritti della personalità che il contesto socioeconomico avesse prodotto successivamente, ma più in generale per delineare un unico diritto della personalità di cui i vari interessi afferenti alla persona avrebbero costituito singole specificazioni. Così, i diritti fondamentali dell'uomo, la cui matrice primordiale venne individuata nel principio di dignità umana, elaborato dalla giurisprudenza in netta contrapposizione con la disumanizzazione provocata dalla guerra, permisero alla categoria dei diritti della personalità di acquisire un rilievo costituzionale e una protezione incondizionata, anche contro lo stesso titolare¹⁶⁷.

Tale processo di costruzione pretoria della categoria comportò una commistione tra i diritti della personalità e i diritti inviolabili dell'uomo. I diritti della personalità vennero concepiti come funzionali a tutelare interessi fondamentali dell'individuo, quali l'onore, la riservatezza e l'identità personale, ma anche la libertà e la dignità della persona, valori esplicitamente protetti dalla Costituzione¹⁶⁸. Ebbene, tale commistione tra diritti della personalità e valori e

¹⁶⁵ G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 183.

¹⁶⁶ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 14 ss.

¹⁶⁷ Emblematico in tal senso il caso del "lancio del nano", passato alle cronache come tipico caso di conflitto tra la dignità dell'uomo e la sua volontà di mercificare il proprio corpo, ove si voleva far prevalere la prima a discapito della seconda: cfr. Cons. Etat, Ass., 27 ottobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, in *Dalloz*, 1996, Jur., p. 177 ss.

¹⁶⁸ La commistione emerge già dalla manualistica più tradizionale, si vedano, *ex multis*: M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, 21^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 121 ss.; F. BOCCHINI - E. QUADRI, *Diritto privato*, 10^a ed., Giappichelli, Torino, 2024, p. 301 ss.; V. ROPPO, *Diritto privato*, 9^a ed., Giappichelli,

diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo ha portato all'attuale idea dell'indisponibilità dei diritti della personalità. In altri termini, «l'invioleabilità dei secondi [*id est*: diritti fondamentali] si traduce nell'indisponibilità dei primi [*id est*: diritti della personalità]»¹⁶⁹. La stretta connessione instaurata tra l'art. 2 della Costituzione italiana, la clausola di protezione della dignità umana e i diritti della personalità, ha comportato dunque uno spostamento del *focus* di tutela sulla sola componente ideale di questi ultimi, «legittimando una visione alquanto riduttiva delle funzioni assolte da tali situazioni soggettive e lasciando nell'ombra le pur importanti ricadute patrimoniali della tutela da esse assicurata»¹⁷⁰. La costituzionalizzazione dei diritti della personalità, in definitiva, ha prodotto la perdita della loro connotazione patrimoniale. Da qui, l'idea di una "indisponibilità" dei diritti della personalità intesa come incommerciabilità degli attributi, materiali o immateriali, della persona e, come vedremo, l'idea che una loro commercializzazione sarebbe stata, oltre che impossibile, illecita in quanto lesiva della dignità dell'uomo.

5. Il superamento del dogma dell'indisponibilità. Verso la commercializzazione degli attributi immateriali della personalità.

Esaminando più a fondo il dogma dell'indisponibilità dei diritti della personalità¹⁷¹, si può notare come le ragioni che venivano tradizionalmente addotte a suo fondamento possano essere ricondotte sostanzialmente a due filoni argomentativi, entrambi figli di quel processo di costituzionalizzazione di cui si è parlato nelle pagine precedenti.

Una prima argomentazione faceva leva sull'idea, da ricondursi alla natura "personalissima" (cioè alla loro inerenza alla persona e alla natura dell'essere umano) che tali diritti andavano assumendo, che non fosse concepibile alcuna separazione tra la persona e gli attributi, materiali o immateriali, della personalità. In altri termini, posto che gli attributi della

Torino, 2024, p. 172 ss.; P. ZATTI - V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 19ª ed., Cedam, Padova, 2022, p. 164 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 50ª ed., Cedam, Padova, 2022, p. 309 ss.

¹⁶⁹ S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 50.

¹⁷⁰ Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 188 ss.

¹⁷¹ Hanno tradizionalmente sostenuto l'indisponibilità dei diritti della personalità, ad esempio, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1961, spec. p. 91 ss.; ID., *I diritti della personalità*, cit., p. 428 ss.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 1986, spec. p. 297 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., *passim*.

personalità afferivano strettamente alla persona, costituendone una sua parte integrante o una sua espressione, non potevano da essa separarsi, né giuridicamente né, ancor prima, logicamente e dunque di essi non si poteva disporre. Il concetto di disposizione, infatti, si diceva che «suggerisce una facoltà di separazione dell'oggetto del diritto dal soggetto che ne è titolare, la quale sembra incompatibile già sul piano logico col concetto dei diritti della persona»¹⁷².

Senonché, tale argomentazione si basava su di un equivoco di fondo, ovverosia sull'idea che l'unica forma di disposizione dei diritti della personalità fosse l'alienazione definitiva dell'entità oggetto di disposizione. Tale argomentazione era figlia di un retaggio del passato, ove l'accostamento tra tutela della persona e il modello dominicale era molto accentuata, ove il diritto di proprietà rappresentava l'archetipo della tutela della persona e ove - di conseguenza - il potere di disposizione si traduceva sostanzialmente nell'alienazione, nel trasferimento definitivo del diritto e nella perdita delle utilità oggetto di disposizione¹⁷³. Tale concezione dell'indisponibilità, peraltro, era probabilmente dovuta anche all'assenza, in un primo momento storico, di una grande varietà di negozi giuridici sugli attributi della personalità e alla loro tendenziale strutturazione sul modello della compravendita. Senonché, nonostante la declamazione a livello teorico e dottrinale di indisponibilità, la prassi ha visto, col tempo, l'emergere di numerose fattispecie di *commodification* della personalità, dal *merchandising*¹⁷⁴ alla sponsorizzazione¹⁷⁵, dall'*endorsement*¹⁷⁶ al *testimonial*¹⁷⁷. Fattispecie modellate su uno schema diverso da quello tipicamente dominicale della compravendita e caratterizzate tendenzialmente dall'assunzione di un obbligo da parte del titolare del diritto della personalità¹⁷⁸ o dalla costituzione di un diritto in capo alla

¹⁷² A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., p. 136. Nello stesso senso si esprimevano molti altri Autori, tra cui si veda G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3^a ed., Jovene, Napoli, 1913, p. 85 ss; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, ora in ID., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 13 ss.

¹⁷³ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 53.

¹⁷⁴ Cfr. S. GATTI, *Il merchandising e la sua disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1989, p. 121 ss.

¹⁷⁵ Cfr. G. VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giustizia civile*, 2001, p. 3 ss.

¹⁷⁶ Cfr. S. DELL'ARTE, *Il contratto di endorsement*, in *I contratti*, 2007, p. 89 ss.

¹⁷⁷ Cfr. G. SAVORANI, *La notorietà della persona: da interesse protetto a bene giuridico*, Cedam, Padova, 2000, p. 212 ss.

¹⁷⁸ Tipico esempio è l'obbligo di sopportare che altri esercitino le facoltà tipiche del titolare del diritto, segnatamente le facoltà di sfruttamento economico dello stesso. Cfr. Cass. civ., 17 febbraio 2004, n. 3014, ove la Corte ha chiarito come, con tali negozi, non si disponga dei diritti della personalità *tout court*, ma solo del

controparte attraverso lo schema del negozio derivativo-costitutivo, ove alla controparte viene attribuito un diritto nuovo che limita quello del titolare, il quale però non perde il proprio diritto o le utilità sulle quali lo esercita.

In altri termini, si può notare come la pratica commerciale abbia dimostrato che esistano delle alternative allo schema tipico della compravendita, attraverso le quali è possibile “disporre” del diritto della personalità senza necessariamente procedere ad una sua alienazione o ad una dismissione definitiva degli attributi della personalità. In conclusione, il carattere strettamente personale degli attributi della personalità e la loro inerenza alla persona non possono essere d’ostacolo alla disponibilità intesa come commerciabilità degli attributi immateriali della persona: «l’affermazione dell’indisponibilità del diritto della personalità, intesa come impossibilità di separare oggetto e soggetto, non impedisce la configurazione di un simile contratto, posto che con esso non si trasferisce alcunché»¹⁷⁹.

Solo apparentemente più solida è quella ricostruzione che negherebbe la disponibilità dei diritti della personalità sulla base dell’assunto - storicamente inaccurato - del loro carattere “non patrimoniale”¹⁸⁰.

Come detto, l’idea della dimensione puramente morale dei diritti della personalità si era radicata con l’avvento delle Costituzioni moderne e con lo sviluppo del principio di dignità, che avevano spostato l’attenzione sulla sola componente “ideale” di tali diritti, trascurando totalmente quella patrimoniale. Dalla componente esclusivamente ideale e non patrimoniale dei diritti della personalità, dunque, se ne ricavò l’incommerciabilità argomentando a partire dagli artt. 1174 e 1321 c.c., i quali richiedono espressamente che la prestazione oggetto dell’obbligazione o il rapporto giuridico regolato dal contratto abbiano il carattere della “patrimonialità”. In altri termini, non sarebbe possibile immaginare né un contratto con cui si attribuiscono ad altri - ad esempio nella forma dell’acquisto derivativo-costitutivo - diritti e facoltà che spetterebbero al titolare, né assumere obbligazioni che abbiano ad oggetto un

loro esercizio.

¹⁷⁹ S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 63.

¹⁸⁰ La non patrimonialità dei diritti della personalità, da cui la loro incommerciabilità, è un’idea presente nella gran parte degli Autori della tradizione giuridica italiana: si vedano, *ex multis*, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 7 ss; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 53 ss., secondo il quale «ciò che è interiore alla persona, proprio per questa interiorità, sfugge ai rapporti, e ai diritti, patrimoniali: non può considerarsi bene economico, patrimoniale, perché la sua stessa personalità lo colloca al di fuori di quella destinazione cui sono sottoposti gli oggetti del mondo esteriore».

attributo della persona. Si trattava, dunque, di un'evoluzione dell'approccio alla categoria, di un approccio dimentico delle origini della categoria stessa e delle esigenze economiche per rispondere alle quali essa era sorta. Infatti, si è visto come i giuristi della Pandettistica elaborarono la categoria dei diritti della personalità per far fronte a bisogni di carattere prettamente economico, consistenti nella necessità di stabilire le modalità di appropriazione e di sfruttamento dei nuovi beni immateriali nati con la rivoluzione industriale, come le invenzioni e le altre opere dell'ingegno.

Affermare, dunque, acriticamente, che i diritti della personalità siano privi di rilievo patrimoniale appare contro-fattuale e antistorico. Piuttosto, bisogna indagare che cosa intenda con "patrimonialità" il Codice civile allorquando prevede tale carattere come requisito fondamentale sia per il contratto che per le obbligazioni e dunque in generale per ogni forma di commercializzazione. Senza avere la pretesa di ricostruire qui l'intera dogmatica sul tema della patrimonialità delle obbligazioni e del contratto, se ne possono riassumere i tratti salienti.

È innanzitutto evidente che, perché l'elemento della patrimonialità possa effettivamente avere un'efficacia nel senso di impedire la commercializzazione degli attributi della personalità, si deve necessariamente sostenere che il requisito abbia carattere precettivo e non già meramente descrittivo. Se, infatti, il requisito avesse valore meramente descrittivo della realtà, è evidente che avrebbe valore patrimoniale ogni entità cui le parti avessero dato questo valore, con ciò privando di fatto di qualsiasi potere limitativo il requisito della patrimonialità. In altri termini, secondo questa accezione, sono le parti stesse, con la loro pattuizione, ad attribuire carattere patrimoniale all'attributo della personalità commercializzato, con ciò superando ogni ostacolo alla commercializzazione degli stessi per un'ipotetica e astratta assenza di patrimonialità¹⁸¹. Il discorso non cambierebbe di molto se si guardasse, come alcuni sostengono si debba fare¹⁸², alla generalità del mercato e degli

¹⁸¹ Peraltro, la nozione descrittiva di patrimonialità sembra essere quella adottata dal Legislatore, se si guarda alla Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro "*Delle obbligazioni*" del Codice civile, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia del 5 febbraio 1941, n. 557: «ha valore patrimoniale anche la prestazione che lo riceva dalla natura della controprestazione ovvero dalla valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene la clausola penale». Il che permetterebbe di considerare già risolto - positivamente - il problema dell'ammissibilità della commercializzazione degli attributi della personalità.

¹⁸² Si veda, ad esempio, M. BARCELLONA, *Attribuzioni normative e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 607 ss., spec. p. 676 ss., secondo cui «il potere di obbligarsi è giuridicamente limitato a quanto può assumere rilevanza economica, ma l'assunzione di rilevanza economica è dal sistema fatta

scambi commerciali. Si tratterebbe pur sempre di una nozione “descrittiva” di patrimonialità, che guarda alla realtà concreta di ciò che avviene nel mercato più che all’astratta commerciabilità, e la situazione non cambierebbe perché, come abbiamo visto con riferimento ai dati personali¹⁸³, la realtà degli scambi commerciali di oggi dimostra che gli attributi della persona hanno effettivamente assunto un enorme valore economico per gli operatori del mercato, il che attribuisce loro un’oggettiva rilevanza patrimoniale. È evidente, dunque, che una simile lettura finirebbe per privare il requisito della patrimonialità di qualsiasi valore precettivo, limitativo degli accordi sugli attributi della personalità, in quanto si limiterebbe a «registrare che cosa avviene sul mercato»¹⁸⁴. Di conseguenza, l’unico modo per poter attribuire al carattere della patrimonialità davvero tale efficacia sarebbe quello di ritenere che il Legislatore abbia voluto intendere qualcosa di più e di diverso quando ha introdotto tale requisito.

Per poter dare valore precettivo al requisito della patrimonialità bisognerebbe necessariamente ritenere che il Legislatore non abbia voluto definire “patrimoniale” ciò che effettivamente viene scambiato nel mercato, ma ciò che è *ammesso* che venga scambiato, ciò che è il Legislatore ad aver dotato di valore patrimoniale o che tutt’al più egli consenta che venga colorato di patrimonialità dalle parti. In altri termini, se “patrimoniale” non è ciò cui le parti danno valore, è tale ciò che il Legislatore ritiene dotato di tale valore e, di conseguenza, lecito commerciare. La scelta del Legislatore, peraltro, non può essere aprioristica, ma deve necessariamente fondarsi su una valutazione di ciò che - nella società - viene riconosciuto come patrimoniale e il cui scambio venga accettato come conforme alla «sensibilità economica» della collettività¹⁸⁵. In altri termini, secondo questa accezione (che

dipendere non dalla mera idoneità della prestazione a soddisfare un qualche bisogno bensì unicamente dalla circostanza che essa si presenti attualmente come “offerta” e si giustapponga ad una potenziale “domanda”».

¹⁸³ Cfr. *supra*, Cap. I, sez. I, par. 4, p. 38 ss. Ma si vedrà *infra* che, ancora prima dei dati personali, la commercializzazione di attributi quali nome e immagine era ampiamente diffusa (cfr. Cap. I, sez. II, par. 6, p. 67 ss.).

¹⁸⁴ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 71: «in ogni caso, la nozione fattuale di patrimonialità ha un contenuto meramente descrittivo senza porre un limite invalicabile all’autonomia delle parti. Intendere in tale senso la nozione di patrimonialità preclude dunque qualsiasi serio tentativo di ricavarne l’indisponibilità dai diritti della personalità, in quanto essa si limita a registrare che cosa avviene sul mercato. Se sul mercato sono effettivamente presenti scambi in termini economici di attributi della persona, allora si tratta di prestazioni suscettibili di una valutazione economica e, pertanto, sicuramente patrimoniali. In altre parole, intesa in senso fattuale, la non patrimonialità non può mai giustificare l’indisponibilità dei diritti della persona».

¹⁸⁵ Così B. INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 249 ss., spec. p. 253 ove l’Autore sostiene che la patrimonialità consiste nel fatto che «tale pattuizione non risulti almeno estranea alla sensibilità

come si è visto è l'unica che potrebbe in astratto portare ad una limitazione dei negozi dispositivi dei diritti della personalità), l'assenza di patrimonialità deriva da una valutazione di "disapprovazione sociale" di quel tipo di commercializzazione e porta, come conseguenza, ad una declaratoria di illiceità del negozio giuridico sottostante¹⁸⁶. Più precisamente, il requisito della patrimonialità finisce per scolorire in quello della liceità del negozio giuridico e, segnatamente, della specifica operazione negoziale realizzata. In definitiva, l'assenza di patrimonialità finisce per tradursi nell'illiceità della causa del negozio posto in essere e il requisito della patrimonialità diviene «un requisito di liceità dello scambio economico»¹⁸⁷.

Esclusa la causa di illiceità per contrarietà a norme imperative, che nel nostro ordinamento impediscono la commercializzazione dei soli attributi corporali della persona¹⁸⁸, e non anche di quelli immateriali, l'assenza di patrimonialità non può dunque che essere ricondotta ad un'ipotesi di illiceità del negozio per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume.

Nel chiedersi quali siano i principi di ordine pubblico o buon costume che impedirebbero la commercializzazione degli attributi immateriali della persona, non si può che tornare logicamente a quella che è stata individuata come la causa prima e principale dello scolorimento della natura patrimoniale dei diritti della personalità, ovvero sia la

economica generalmente avvertita nell'ambiente in cui l'obbligazione è sorta».

¹⁸⁶ Illuminanti, al riguardo, le argomentazioni di R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Utet, Torino, 2016, p. 974 ss.: «orbene, normalmente dove c'è contratto c'è scambio: dunque la prestazione dedotta in contratto ha, in concreto, formato oggetto di una valutazione economica. Per colpirla con una declaratoria di incommerciabilità, il giudice dovrebbe dire che le parti l'hanno valutata economicamente, e che però questa valutazione economica non è concepibile. E che significa questa impensabilità di una valutazione che però è una realtà, cioè è di fatto avvenuta? Può significare soltanto che gli altri membri della comunità giuridica non avrebbero effettuato la valutazione. Il giudice sa che gli altri non avrebbero effettuato la valutazione solo quando questi altri disapprovano il commercio di quella prestazione, ossia lo trovano repugnante; il che equivale a dire che quello scambio è giudicato contrario a regole di convenienza. [...] La non patrimonialità, ossia la non commercialità, della prestazione, sta a significare che non è opportuno (non già che non si può) negoziare la prestazione. Una regola deontica, fissata da uno standard sociale si oppone a ciò che potrebbe avvenire di fatto (e, secondo noi, assomiglia tanto al buon costume)».

¹⁸⁷ Così S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 72. Si veda anche V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 9 ss., il quale nega la possibilità di un negozio giuridico su «valori non commerciabili», i quali sono quei negozi ove «la disapprovazione deriva dalla previsione di un corrispettivo economico in cambio della prestazione non patrimoniale».

¹⁸⁸ Si è detto, all'inizio di questa sezione (Cfr. *supra*, Cap. I, sez. II, par. 1, p. 47 ss.), che l'attenzione si sarebbe rivolta ai soli attributi immateriali della persona e non anche a quelli materiali. Tra le ragioni, oltre al *focus* di questo lavoro su quella particolare ipotesi di attributi immateriali rappresentata dai dati personali, vi era appunto la presenza di norme imperative che vietano espressamente la commercializzazione degli attributi corporali della persona (vedasi l'art. 5 c.c.; l'art. 3, par. 2, punto 3, della Carta di Nizza; l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina).

costituzionalizzazione degli stessi e il richiamo al principio di dignità come matrice primordiale di ogni diritto della personalità. In altri termini, in un momento storico in cui si andava affermando il principio della dignità della persona come fonte di ogni diritto della personalità dell'individuo e nel quale di conseguenza andava assumendo sempre più valore la dimensione esistenziale dei diritti della personalità, una commercializzazione degli stessi, una riduzione degli attributi della persona a mera merce di scambio, evocava l'idea di una mercificazione della persona stessa e non poteva che essere considerata come lesiva dell'onore, del decoro, della reputazione e in definitiva della dignità della persona¹⁸⁹. È in questo che quindi starebbe l'illiceità dei negozi giuridici aventi ad oggetto gli attributi immateriali della persona, nel fatto che la loro commercializzazione sarebbe lesiva della dignità della persona.

Senonché, tale concezione non solo è figlia, come si è visto, di un approccio che dimentica le origini storiche della categoria dei diritti della personalità, ma evita altresì di valorizzare l'esperienza della prassi che invece, come ora vedremo, ha conosciuto un'innumerabile quantità di negozi giuridici - alcuni addirittura tipizzati dal Legislatore - che hanno ad oggetto la notorietà della persona in diverse forme e che dimostrano come essa sia socialmente accettata e commercialmente diffusa¹⁹⁰.

L'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema della commercializzazione degli attributi immateriali della persona può essere utile a dare atto di come questi negozi si siano

¹⁸⁹ Emblematiche, in questo senso, sono alcune pronunce della giurisprudenza italiana che, all'indomani della Costituzione, condannarono lo sfruttamento non autorizzato degli altrui attributi della personalità in quanto appunto lesivi del "decoro" della persona: cfr. Trib. Milano, 12 aprile 1956, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, 2, c. 572 ss., secondo cui «l'asservimento dell'immagine alla speculazione pubblicitaria, ingenerando inevitabilmente nei lettori l'opinione che la persona ritratta abbia accondisceso a lucroso commercio delle proprie sembianze, involge per ciò stesso una menomazione del decoro»; Trib. Torino, 7 aprile 1954, in *Rivista di diritto commerciale*, 1955, II, p. 187 ss., con nota di P. VERCELLONE, *In tema di diritto all'immagine*, ove la Corte afferma che l'idea che un soggetto abbia «accondisceso a fare commercio delle proprie sembianze» potrebbe apparire «poco dignitoso o decoroso o addirittura ingiurioso». Vero è che questa pronuncia era relativa ad un caso di pubblicazione *non autorizzata* dell'immagine altrui, ma cionondimeno essa restituisce l'immagine della concezione che allora si aveva della commercializzazione degli attributi della persona.

¹⁹⁰ Per una panoramica di tutti i fenomeni di sfruttamento della «notorietà», intesa come concetto che ricomprende ogni entità immateriale che ne possa rappresentare una declinazione, dal nome all'immagine, dalla voce ai dati personali, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 1 ss.; L. MARCHEGANI, *Il diritto sulla propria notorietà*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 191 ss.; G. RESTA, «Cosi' è (se vi ap-pare)»: *identificabilità della persona celebre e sfruttamento economico della notorietà*, nota a Cass. civ., sez. I, 12 marzo 1997, n. 2223, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 544 ss.; G. SAVORANI, *La notorietà della persona: da interesse protetto a bene giuridico*, cit., *passim*.

diffusi sempre di più nel corso del Novecento e di come la giurisprudenza sia stata costretta a prendere atto della loro diffusione, dell'accettazione sociale, nonché della loro importanza economico-commerciale, fino ad arrivare alla fine del Secolo scorso a riconoscerne definitivamente la legittimità. Esempio emblematico è rappresentato dal diritto al nome e all'immagine, che costituiscono i principali archetipi della commercializzazione degli attributi immateriali della personalità.

6. (Segue) *L'evoluzione della prassi sociale. Una comparazione col diritto al nome e all'immagine.*

L'evoluzione della giurisprudenza in materia di commercializzazione del diritto al nome è strettamente legata all'interpretazione delle poche disposizioni normative in materia, segnatamente gli artt. 6, 7, e 8 c.c. In particolare, ciò che principalmente dimostra l'evoluzione avvenuta nel contesto socioeconomico di riferimento è il diverso modo con cui i giudici hanno storicamente interpretato il concetto di "pregiudizio" contenuto all'art. 7 c.c. e posto come requisito per poter esperire l'azione inibitoria contro colui che indebitamente faccia uso del nome altrui. In particolare, si può notare come l'espressione abbia assunto, col tempo, tre diversi significati, via via sempre più caratterizzati da una connotazione patrimoniale, di pari passo con la sempre maggiore diffusione dei negozi dispositivi del nome (soprattutto da parte delle persone note) e con la conseguente consapevolezza da parte dei giudici dell'approvazione sociale del fenomeno della mercificazione del nome.

Una prima accezione risentiva ancora della matrice pubblicistica dell'istituto¹⁹¹. Così, il pregiudizio veniva identificato esclusivamente con il pericolo di confusione identitaria tra due soggetti, data dall'illegittima assunzione del nome altrui da parte di un terzo soggetto¹⁹². Questa accezione, quindi, impediva di esperire l'azione inibitoria nel caso in cui, ad esempio, il nome di una persona venisse impiegato, senza il consenso del titolare, come marchio, per

¹⁹¹ Cfr. quanto detto *supra* (Cap. I, sez. I, par. 1, p. 9 ss.) in merito alle origini della tutela degli elementi identificativi della persona, i quali inizialmente avevano una funzione esclusivamente di identificazione del cittadino a fini di polizia o tributari.

¹⁹² Si rinvia a G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 131 per alcuni riferimenti giurisprudenziali della prima metà del Novecento, in cui le azioni inibitorie a tutela del nome vennero rigettate per assenza di "confondibilità" tra il titolare del nome e il soggetto di fantasia al quale esso era stato attribuito. Tra tutte, si veda Cass., 7 ottobre 1961, n. 2049, in *Il diritto d'autore*, 1962, p. 94 ss.

pubblicizzare un prodotto da immettere nel commercio. Posto che in tali casi non vi era possibilità di confusione tra un “soggetto” ed un “prodotto”, la tutela rischiava di rimanere inapplicabile¹⁹³.

Per far fronte ai limiti sopra accennati di un’interpretazione strettamente ancorata al solo parametro della “confondibilità” tra persone, con l’avvento della Costituzione si abbandonò l’approccio pubblicistico per fare spazio ad una interpretazione costituzionalmente orientata, che desse dignità e valore al legame tra il nome e l’identità personale, diritto fondamentale riconosciuto appunto dalla Carta costituzionale¹⁹⁴. In quest’ottica, non ci si limitò più a tutelare il soggetto contro i casi di usurpazione del proprio nome, ma anche contro tutti i casi di “infedele rappresentazione” della persona, ove con tale espressione ci si riferisce non solo e non tanto al suo aspetto esteriore, quanto piuttosto alla sua personalità, alle sue ideologie, ai suoi orientamenti politici e così via, a quella concezione “dinamica” di personalità che abbiamo visto essere alla base della nascita del concetto di autodeterminazione¹⁹⁵. In questa accezione, il diritto al nome venne protetto anche contro utilizzi dello stesso che, al di là di un’eventuale usurpazione, avessero recato offesa alla reputazione o all’onore del titolare del nome, quali ad esempio l’associazione del medesimo a prodotti o attività contrarie alle sue ideologie¹⁹⁶. Questa interpretazione manifestava quindi una visione dei diritti della personalità ancora fortemente ancorata ad una concezione meramente “difensiva”, totalmente incentrata sulla tutela dei diritti fondamentali della persona e quindi del tutto priva di connotati patrimoniali. Tuttavia, essa permetteva una prima applicazione alle ipotesi di

¹⁹³ Si veda F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano, I, Dottrine generali*, Athenaeum Edizioni Universitarie, Roma, 1921, p. 575, così come riportato da G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 131 ss.: «l’azione di nome tutela l’individualità del soggetto contro scambi e confusioni con altre persone. Questo pericolo non si avvera nel caso che il terzo si serva del nome altrui per designare una cosa, un prodotto industriale, un sigaro, una cipria, il suo cane».

¹⁹⁴ Cfr. G. PONZANELLI, *Alcune novità in tema di diritto al nome*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 2, c. 373 ss., ove l’Autore si sofferma sull’evoluzione dell’interpretazione del diritto al nome alla luce dell’avvento della Costituzione.

¹⁹⁵ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, cit., p. 134 ss.; M. AMMENDOLA, *Lo sfruttamento commerciale della notorietà civile di nomi e di segni*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9, ove l’Autore afferma che il pregiudizio può consistere «anche in una non corretta rappresentazione dell’individuo, ossia in una alterazione degli elementi che contribuiscono all’identificazione della sua personalità».

¹⁹⁶ Emblematica in tal senso è la già citata (Cfr. Cap. I, sez. I, par. 1, nota 25, p. 16) sentenza della Corte di Cassazione n. 3769/1985, ove il nome dell’oncologo Veronesi era stato associato, per finalità pubblicitarie, ad una nota marca di sigarette. L’azione inibitoria del medico venne accolta in quanto si ritenne che l’utilizzo commerciale del suo nome, di per sé legittimo, fosse stato effettuato con modalità lesive della sua identità personale, reputazione e personalità.

utilizzo del nome altrui a fini di marketing, ogni qual volta tale utilizzo fosse risultato appunto lesivo dell'onore, della personalità o di altri valori fondamentali della persona¹⁹⁷. Peraltro, già questa seconda fase della storia del diritto al nome mostra quanto iniziassero a diffondersi fenomeni di marketing basati sull'utilizzo del nome di persone note per promuovere la vendita di determinati prodotti. In altri termini, si iniziava a prendere coscienza del possibile valore economico del nome, perlomeno delle persone famose¹⁹⁸.

Il passaggio successivo, stante il continuo aumentare di rilevanza dei fenomeni di sfruttamento commerciale del nome altrui, fu quello di riconoscere come il "pregiudizio" di cui all'art. 7 c.c. dovesse necessariamente essere interpretato come un pregiudizio anche di natura economica, consistente nella «impossibilità di sfruttare al meglio le proprie generalità, nell'ordine composto prima dal nome e poi dal cognome, per farsi pubblicità»¹⁹⁹. Più precisamente, il pregiudizio sarebbe consistito nella lesione del «contenuto economico delle possibilità di sfruttamento del nome»²⁰⁰. L'esito fu dunque quello, a partire dagli anni Novanta, di considerare come pregiudizio ogni sfruttamento non consentito del nome altrui, per l'intrinseca lesione del diritto di sfruttamento economico da parte del titolare²⁰¹.

Ancor più significativa è l'esperienza del diritto all'immagine, che come il nome si

¹⁹⁷ M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 178 ss., il quale, del pari, nega che la protezione accordata al nome possa estendersi anche al «sacrificio di aspettative di guadagno»; al contrario, la protezione verrebbe accordata «solo se e nella misura in cui tale identificazione sia messa a repentaglio dalla possibilità che al soggetto in questione venga erroneamente attribuita la paternità di atti, attività, prestazioni ed opere altrui cui egli sia, invece, estraneo». Nello stesso senso M. AMMENDOLA, *Lo sfruttamento commerciale della notorietà civile di nomi e di segni*, cit., p. 9 ss.

¹⁹⁸ Indicazioni analoghe pervengono dal formante legislativo, ove già nel 1942 il Legislatore si era reso conto del valore patrimoniale che il nome stava assumendo ed aveva adottato il r.d. 21 giugno 1942, n. 929, che permetteva la registrazione del nome come marchio e il suo utilizzo per fini promozionali, con l'unico limite di non ledere la reputazione o l'onore della persona cui il nome si riferiva. In un primo momento, peraltro, non vi era distinzione tra nomi noti e non, con l'effetto di instaurare un regime di "libera appropriabilità" dei nomi, anche notori. Successivamente, dopo le critiche ricevute da parte della dottrina (tra tutti, si veda F. MACIOCE, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, cit., p. 112 ss.), il Legislatore emendò la norma prevedendo una riserva di registrazione del marchio a favore del titolare di un nome "notorio". Sul punto, cfr. M. AMMENDOLA, *Lo sfruttamento commerciale della notorietà civile di nomi e di segni*, cit., p. 13 ss.

¹⁹⁹ Così A. VITERBO, *La tutela dei nomi a dominio come tutela del diritto al nome*, nota a margine di Trib. Torino, 23 dicembre 2000, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 539 ss.

²⁰⁰ Così Trib. Milano, ord. 24 giugno 1995, in *Annuali italiani del diritto d'autore*, 1996, p. 541 ss.

²⁰¹ Oggi la maggior parte della dottrina riconosce come il diritto al nome abbia anche un contenuto di carattere patrimoniale: si veda tra tutti G. RESTA, *op. ult. cit., passim*; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri*, cit., p. 20 ss.

caratterizza tanto per un valore ideale²⁰², quanto per una rilevanza patrimoniale²⁰³. Più di quanto accadde col diritto al nome, l'immagine venne percepita fin da subito come una potenziale fonte di guadagno economico e già all'inizio del secolo scorso la giurisprudenza si trovò a confrontarsi con il fenomeno, invalso nella prassi, della pubblicazione del ritratto a scopo di lucro²⁰⁴. Ciò dimostra come fosse già allora radicato nel sentire comune il valore economico che l'immagine poteva costituire per il suo titolare. Non solo, è anche l'analisi del sistema di rimedi, elaborato dalla giurisprudenza per il caso di sfruttamento non autorizzato dell'altrui immagine, che dimostra ulteriormente come fossero già allora apprezzate le potenzialità economiche che l'immagine poteva manifestare per il suo titolare²⁰⁵. Un primo strumento consistette nel ritenere applicabile il rimedio inibitorio a tutte le ipotesi di sfruttamento non autorizzato dell'immagine altrui, a prescindere da un "pregiudizio" di carattere personale (ad esempio alla reputazione o alla riservatezza)²⁰⁶ e con l'unica eccezione dell'esistenza di un interesse di carattere pubblico alla diffusione dell'immagine²⁰⁷. In definitiva, un rimedio «subordinato unicamente alla sussistenza di

²⁰² Il valore dell'immagine come attributo della personalità, al pari del nome, non è in discussione: cfr. ad esempio M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1982, p. 177, il quale afferma che l'immagine «si configura come segno distintivo essenziale, volto a rappresentare le sembianze, l'aspetto fisico del soggetto, ma anche come espressione, modo d'essere della personalità nel suo complesso».

²⁰³ Cfr. P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Utet, Torino, 1959, p. 7 ss., ora in P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e rights of publicity*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 1163 ss., il quale sostiene che "immagine" e "ritratto", espressioni evocative rispettivamente della componente ideale e di quella patrimoniale del diritto, abbiano il medesimo significato.

²⁰⁴ Cfr., ad esempio, Trib. Roma, 23 dicembre 1903, in *Giurisprudenza italiana*, 1904, I, 2, c. 475 ss. relativa ad un caso in cui l'immagine di un minore era stata sfruttata per pubblicizzare un prodotto farmaceutico senza il consenso dei genitori dell'effigiato.

²⁰⁵ Cfr. G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 146, il quale evidenzia come fin da subito vennero ideate delle tecniche di tutela - di creazione puramente giurisprudenziale - finalizzate ad assicurare al titolare del diritto una «posizione di esclusiva», una sorta cioè di diritto di sfruttamento esclusivo della propria immagine.

²⁰⁶ Cfr. App. Milano, 1-11 luglio 1936, in *Il diritto d'autore*, 1937, p. 64: «ove non concorrano le condizioni per le quali la legge autorizza la pubblicazione del ritratto anche senza il consenso dell'effigiato (scopi scientifici, didattici, culturali, avvenimenti di interesse pubblico) questo consenso è sempre necessario anche se la pubblicazione non sia moralmente offensiva per il titolare del diritto d'immagine. La lesione del diritto sta cioè nel fatto della pubblicazione del ritratto senza il consenso dell'effigiato essendo il diritto di negare il consenso consacrato nella legge».

²⁰⁷ Cfr. App. Genova, 15 aprile - 15 maggio 1936, in *Il diritto d'autore*, 1937, p. 70 ss., ove era stata considerata illecita la diffusione non autorizzata dell'immagine di una modella che aveva partecipato ad una sfilata di "Miss Italia", in quanto la stessa non era stata considerata di rilevanza pubblica. Ma si veda soprattutto Cass., sez. un., 31 gennaio 1959, n. 295, in *Foro it.*, 1959, I, c. 200, con nota di A. DE CUPIS, ove la Corte, nel superare la diatriba sulla diversità di trattamento riservato alle persone note rispetto a quelle ignote (diatriba sorta a seguito della promulgazione della L. 22 aprile 1941, n. 633 che pareva configurare lo *status* di "persona

un'interferenza non autorizzata nella sfera protetta»²⁰⁸ e funzionale alla protezione di interessi anche economici del titolare.

L'importanza del profilo economico emerge poi con maggior forza laddove si guardi al secondo strumento adottato dalla giurisprudenza a tutela del diritto all'immagine: il rimedio risarcitorio. Quest'ultimo, infatti, veniva modulato dalla giurisprudenza in modo tale da risponderne ad uno schema in realtà sostanzialmente restitutorio²⁰⁹, ove il danno veniva tendenzialmente configurato come lucro cessante ed identificato nel c.d. "prezzo del consenso"²¹⁰, ovvero sia nel prezzo che l'effigiato avrebbe astrattamente potuto ricevere se la pubblicazione della sua immagine fosse avvenuta dietro pagamento di un compenso in denaro²¹¹. In questo modo, attribuendo cioè al danno subito una colorazione fortemente economica, la giurisprudenza dimostrava di riconoscere apertamente come l'immagine avesse una forte componente patrimoniale oltre che ideale, della quale era necessario tenere conto. In definitiva, i meccanismi applicati dalla giurisprudenza restituivano un «modello di tutela notevolmente più articolato e non limitato unicamente alla funzione di garanzia degli interessi non patrimoniali del soggetto», un sistema che «non si risolve unicamente in una

nota" come causa di libera diffusione dell'altrui immagine) a favore di una uniformità di trattamento, ribadisce altresì che «quando la riproduzione, esposizione o pubblicazione dell'immagine avvenga per uno scopo che non sia quello legittimo di soddisfare l'esigenza di informazione nei suoi vari aspetti, [...] cade necessariamente la giustificazione alla pubblicazione, ed opera in pieno il divieto generale di cui agli art. 10 c. civ. e 96 della legge sul diritto d'autore».

²⁰⁸ G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 147.

²⁰⁹ Evidenza come dietro l'apparenza di un rimedio risarcitorio si nasconda un meccanismo restitutorio riconducibile al sistema dell'arricchimento senza causa, ad esempio, P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da) *Trattato di diritto comparato*, vol. VI, Utet, Torino, 1997, p. 94 ss.

²¹⁰ Sul significato di tale espressione si veda A. BARENGHI, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, p. 575 ss.; G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 157, che definisce come «prezzo del consenso» il «valore di mercato del bene illecitamente appropriato dall'offensore»; S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 89, definisce il «prezzo del consenso» come «il corrispettivo che il soggetto leso avrebbe ottenuto nel caso in cui avesse autorizzato lo sfruttamento degli attributi della propria persona».

²¹¹ Cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet, Torino, 1959, p. 19 ss., ove l'Autore identifica il danno nel «pregiudizio dell'astratta possibilità di pubblicare con frutto»; P. SIRENA, *Lo sfruttamento commerciale abusivo dell'immagine altrui*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Annali 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 307 ss., spec. p. 318, ove l'Autore rileva la tendenza della giurisprudenza a liquidare il danno astrattamente, sulla base del prezzo che ipoteticamente l'effigiato avrebbe ricevuto se avesse diffuso sul mercato la propria immagine. In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Cass. civ., 16 aprile 1991, n. 4031; Cass. civ., 11 ottobre 1997, n. 9880; Cass. civ., 6 febbraio 1993, n. 1503, in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 229 ss., con nota di F. CAPEGGI, *Ma non «gli è tutto da rifare»*, ove si evidenzia come nelle ipotesi di sfruttamento non autorizzato dell'immagine altrui può «presumersi un danno di natura patrimoniale, ricollegabile alla impossibilità di offrire il proprio ritratto per la pubblicità, una volta che a tal fine sia stato da altro utilizzato, ovvero al ridursi del valore commerciale (che è di norma proporzionale alla rarità d'uso) dell'immagine».

tutela in chiave difensiva dei valori della dignità umana, ma è giuridicamente costruito come vero e proprio monopolio di sfruttamento, protetto sia nei riflessi personali sia in quelli patrimoniali»²¹².

Dal riconoscimento del valore patrimoniale di attributi immateriali della persona quali il nome e l'immagine, al riconoscimento della legittimità e della validità di negozi con cui veniva realizzata la loro commercializzazione, il passo fu breve.

Riconoscere infatti che lo sfruttamento non consentito dell'altrui immagine o nome dava luogo a danni patrimoniali, in particolare commisurati al prezzo che il titolare avrebbe ricavato se avesse concesso tale sfruttamento dietro pagamento (oppure, per il caso del nome, commisurati al «contenuto economico delle possibilità di sfruttamento del nome»²¹³), sottintende - di necessità - la conclusione per cui sia lecito e legittimo concedere ad altri, e dietro pagamento, lo sfruttamento della propria immagine. In altri termini, se danno *ingiusto* consiste nell'essere stati privati della possibilità di ottenere un compenso dalla commercializzazione del proprio nome o della propria immagine, ciò non può che significare che tale commercializzazione è *giusta*, ovvero sia lecita, e non già contraria a principi di ordine pubblico o buon costume.

Se tali idee, per un primo momento, rimasero di sfondo, un sottinteso che costituiva premessa non esplicitata nelle iniziali pronunce giurisprudenziali di risarcimento del danno o di inibitoria, col tempo - sdoganata formalmente dalla società la normalità della commercializzazione del nome e dell'immagine - venne abbandonata anche quest'ultima remora e si arrivò infine al riconoscimento esplicito della legittimità dei negozi con cui veniva realizzata la commercializzazione perlomeno del nome e dell'immagine²¹⁴. In definitiva, veniva infine superato dalla giurisprudenza l'ostacolo rappresentato dai principi di ordine pubblico e buon costume alla commercializzazione degli attributi immateriali della

²¹² G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 150 e p. 163.

²¹³ Cfr. *supra*, Cap. I, sez. II, par. 6, nota 200, p. 69.

²¹⁴ Tra tutte le pronunce, si veda Cass. civ., 16 aprile 1991, n. 4031: «il consenso alla divulgazione del proprio ritratto, almeno per quanto riguarda una certa categoria di persone, si concreta, normalmente, in un vero e proprio negozio avente per oggetto un *patti* in funzione di una controprestazione a carattere patrimoniale. Codesti negozi sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Salve le ipotesi di pubblicazione del ritratto in circostanze tali per cui possa profilarsi una lesione al decoro o alla reputazione (si tratta in questi casi di beni non patrimoniali del tutto indisponibili sicché relativamente ad essi si potrebbe parlare solo di consenso dell'avente diritto, sempre revocabile), non è più in discussione la compatibilità di negozi aventi per oggetto l'utilizzazione altrui di un proprio ritratto con i principi del buon costume». Cfr. altresì Cass. civ., 11 ottobre 1997, n. 9880; Cass. civ., 10 novembre 1979, n. 5790.

persona, i quali venivano definitivamente considerati leciti, nel limite in cui non violassero, nel singolo caso concreto, il nucleo irriducibile di valori della persona riconducibili al principio di dignità. In altri termini, nella visione della giurisprudenza, la dignità cominciò a rappresentare non più un ostacolo *tout court* alla commercializzazione degli attributi della personalità, quanto piuttosto il limite ultimo e invalicabile posto a tutela dei valori della persona.

7. La commercializzazione degli attributi immateriali della personalità. Prime considerazioni conclusive.

L'analisi svolta sinora permette di trarre alcune conclusioni sul tema della commercializzazione degli attributi della personalità in generale e dei dati personali in particolare.

Valorizzando un approccio filologico alla categoria dei diritti della personalità, nonché attento alla prassi commerciale, non si può che riconoscere l'oggettivo ed intrinseco valore patrimoniale che i diritti della personalità hanno avuto nella loro storia e che hanno tutt'oggi. Non si può più, cioè, sostenere che la commercializzazione dei diritti della personalità sia illecita in quanto contraria alla concezione moderna di dignità o, più in generale, che non sia ammissibile in quanto tali diritti (o attributi) sarebbero privi di valore patrimoniale nel mercato odierno. Entrambe le affermazioni sono oggettivamente anacronistiche e irrispettose di una storia profonda e sfaccettata che tutto è fuorché priva di attinenza con gli aspetti patrimoniali della persona.

Peraltro, prendere coscienza della tradizionale rilevanza economica dei diritti della personalità, nonché del rilievo che nella prassi hanno assunto le forme di commercializzazione degli stessi, non può e non deve far perdere di vista il valore "fondamentale" degli interessi in gioco e la natura comunque anche personale dei beni coinvolti, che qui non si intende sottovalutare. È in quest'ottica che bisogna dunque recuperare il principio di dignità e la sua funzione limitativa dell'autonomia negoziale. Appare infatti molto più coerente con l'evoluzione della società moderna e della concezione dei diritti fondamentali dell'uomo ritenere che questi ultimi fungano non già da divieto *tout court* della contrattualizzazione, quanto piuttosto da limite che non può essere oltrepassato,

a pena di illiceità del contratto. Piuttosto cioè che vietare la contrattualizzazione degli attributi immateriali della persona, appare più coerente ammetterla in via generale, salvo poi verificare, caso per caso, guardando anche alle modalità della commercializzazione o alla sua estensione, se quest'ultima sia in concreto lesiva dell'onore, del decoro o della reputazione dell'individuo²¹⁵. In altri termini, il concetto di dignità dev'essere rivalutato come «limite di ordine pubblico alla contrattualizzazione dei diritti della personalità», ovvero sia come parametro che non impedisce la deduzione negoziale di un attributo immateriale della persona, ma che è volto ad evitare che tale deduzione venga spinta al punto da ledere quel «nucleo irriducibile di valori essenziali dell'individuo, oggi identificato nella ambivalente nozione di dignità»²¹⁶. Emblematica in tal senso, come si è visto, è stata l'evoluzione della giurisprudenza sul tema della commercializzazione del diritto al nome e all'immagine, attributi immateriali della persona che, vista la loro immediata assonanza con i dati personali, permettono di essere guardati con spirito analogico e comparativo.

In conclusione, si può quindi affermare che le origini storiche dell'istituto dei diritti della personalità, nonché la storia della sua evoluzione nell'ordinamento giuridico italiano, letta anche attraverso le pronunce giurisprudenziali che l'hanno accompagnata, dimostrano come i diritti della personalità non solo abbiano effettivamente anche una forte componente patrimoniale (oggettivata in quelli che abbiamo chiamato attributi immateriali della persona), ma anche come essi siano, non già alienabili, ma liberamente disponibili, con l'unico limite rappresentato da quel nucleo irriducibile di diritti fondamentali dell'uomo, riconducibile alla dignità della persona, che non può essere leso, a pena di illiceità del singolo negozio.

Questa concezione vale per tutti gli attributi immateriali della persona, dal nome

²¹⁵ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, cit., spec. p. 97 ss. e p. 364 ss.

²¹⁶ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 92, p. 105, ma anche p. 91: «sostenere che la commercializzazione degli attributi immateriali della persona sia di per sé illecita significa contrastare non solo una ampia e diffusa prassi sociale, ma anche una concezione che, esplicitamente o implicitamente, è largamente fatta propria dagli operatori giuridici. Questo tuttavia non significa che ogni commercializzazione di tali attributi sia lecita: è chiaro che anche in questo campo operano i consueti limiti di liceità. In altri termini, dire che non è illecita la deduzione in contratto dei diritti della personalità non significa escludere tali contratti dal vaglio di liceità. Si tratta allora di approfondire quale sia il limite all'autonomia privata oltre il quale tali contratti sono illeciti». Si veda altresì V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 545 ss., spec. p. 568 ss. La posizione assunta nel testo è coerente con quelle che saranno le conclusioni cui si perverrà nel prosieguo, ove, riflettendo sulla possibilità di condizionare la prestazione di un servizio alla manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali, si opererà per la soluzione che ammette tale possibilità con i limiti rappresentati dal fatto che il servizio offerto non deve essere né essenziale, né infungibile (cfr. Cap. II, sez. I, par. 6, p. 105 ss.).

all'immagine, dalla voce ai dati personali.

Infatti, alla luce di quanto rilevato in merito al diritto alla protezione dei dati personali²¹⁷ e ai valori per la tutela dei quali esso è nato, ovverosia la riservatezza e l'identità intesa nella sua accezione più dinamica come diritto all'autodeterminazione, non si può fare a meno di cogliere un parallelismo tra i dati personali da una parte e il nome e l'immagine dall'altra. Tanto gli uni quanto gli altri, infatti, sono attributi immateriali della persona e costituiscono in particolare informazioni su di essa che sono in grado di identificarla e che, se commercializzati, mettono in pericolo valori quali l'identità e la riservatezza. La tutela, tanto degli uni quanto degli altri, è cioè "strumentale" alla protezione dei medesimi valori. Ecco allora che la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sulla commercializzazione del nome e dell'immagine acquista un doppio valore, sia per dimostrare come la prassi economica abbia col tempo sdoganato la commercializzazione degli attributi della persona in generale, la quale dunque non può certo essere considerata come di per sé contraria alla dignità umana, sia anche per rafforzare la convinzione della legittimità della commercializzazione, nello specifico, anche dei dati personali che tante analogie presentano con il nome e l'immagine.

Si può dunque sostenere, alla fine di questa disamina, come la natura di "attributi immateriali della persona" dei dati personali e di "diritto della personalità" del diritto alla loro protezione non siano di ostacolo ad una circolazione dei dati personali su base negoziale e dunque ad una loro commercializzazione. Piuttosto, la natura inviolabile del diritto alla protezione dei dati personali implicherà la necessità che tale commercializzazione avvenga secondo logiche e dinamiche rispettose di quel nucleo irriducibile di valori che tale diritto mira a proteggere. Tale protezione, cioè, non deve avvenire attraverso il divieto della commercializzazione, ma attraverso la previsione di uno specifico «regime di disciplina idoneo ad assicurare un'adeguata protezione agli interessi coinvolti»²¹⁸. È dunque sull'individuazione delle modalità della commercializzazione, necessarie a garantire tale protezione, che si incentrerà il prossimo capitolo.

²¹⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, sez. I, par. 1, p. 9 ss. e par. 2, p. 18 ss., ove si è ricostruita la storia della nascita del diritto alla protezione dei dati personali come evoluzione dei diritti alla riservatezza e all'identità personale.

²¹⁸ Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 11, nonché p. 119, ove l'Autore ribadisce che «se un'attività dispositiva risulta pertanto perfettamente configurabile, la particolare natura degli interessi coinvolti reagisce in misura sostanziale sul regime dell'atto e del rapporto conseguente».

CAPITOLO SECONDO

La commercializzazione dei dati personali. Verso una ricostruzione giuridica del fenomeno.

Sezione I

Il ruolo del consenso nel mercato dei dati personali.

- 1. Il ruolo del consenso nella commercializzazione dei diritti della personalità c.d. “tradizionali” e gli elementi di specificità della commercializzazione dei dati personali.*

Dall'analisi della storia dei diritti della personalità, nonché dall'esperienza giurisprudenziale in materia di commercializzazione del nome e dell'immagine, si è potuto constatare come, ad oggi, non vi possano più essere dubbi sulla legittimità e dunque sulla liceità di operazioni economiche nelle quali si verifichi una commercializzazione degli attributi della persona, tra cui i dati personali. Piuttosto - si è osservato -, le esigenze di tutela della persona devono essere soddisfatte mediante il ricorso a discipline specifiche, meccanismi di tutela peculiari, che tengano conto dell'importanza e specificità dei valori coinvolti. In altre parole, la natura inviolabile di tali diritti impone che i negozi con i quali si dispone degli attributi immateriali della persona - astrattamente legittimi - siano caratterizzati da una disciplina maggiormente garantistica rispetto a quella ordinaria dei negozi giuridici e ciò in ossequio al precetto costituzionale di tutela dei diritti fondamentali della persona di cui all'art. 2 Cost.

È in questa direzione che si muovono quelle correnti dottrinali che, seppur con forme e soluzioni differenti, hanno però tutte visto nell'atto di assenso allo sfruttamento degli attributi immateriali della propria personalità la chiave di volta del sistema, capace - se correttamente declinato - di garantire quella tutela richiesta dal carattere fondamentale, e dalla natura

personale, dei diritti oggetto di disposizione¹. Si è tentato cioè di declinare l'atto di assenso in maniera tale da conciliare le logiche economiche dello scambio con la protezione dei diritti fondamentali della persona, così da coordinare efficacemente le esigenze di autonomia privata con quelle di protezione della persona.

Nell'assenza quasi totale di una disciplina legale generale sui contratti aventi ad oggetto gli attributi immateriali della personalità, il primo dogma graniticamente affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza² è stato quello della revocabilità *ad nutum* del consenso. Secondo una delle ricostruzioni più articolate in materia, la revocabilità *ad nutum* del consenso discenderebbe dal carattere fondamentale dei diritti di cui si dispone e dalla conseguente incoercibilità del loro esercizio, il quale deve rimanere completamente libero - anche da vincoli autoimposti - a pena di ledere i principi di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione³.

Tale dogma, peraltro, è stato adottato non solo per i casi di «consenso scriminante», ovverosia di un consenso meramente autorizzativo di una condotta lesiva e prestato in assenza di un corrispettivo⁴, ma anche per i casi in cui il consenso è incardinato in una dinamica contrattuale e va ad integrare un accordo finalizzato a concedere - dietro corrispettivo - il diritto di disporre degli attributi immateriali della propria persona. In tali ultimi casi, peraltro,

¹ Si occupano del tema, *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952, p. 78 ss. e G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Maggioli, Padova, 2001, p. 155 ss., i quali ritengono che il consenso, nell'ambito dei contratti di sfruttamento della propria personalità, configuri una rinuncia preventiva all'esercizio degli strumenti di tutela che l'ordinamento mette a disposizione contro le altrui lesioni.

² Cfr., da ultimo, Cass. civ., 29 gennaio 2016, n. 1748.

³ Così, ad esempio, A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 54, secondo cui «una generale regola di revocabilità del consenso non solo appare coerente con la natura personale del diritto all'immagine ma, a nostro avviso, discende dalla disciplina del consenso dell'avente diritto [...] e/o, comunque, dai principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost.»; ma si veda anche F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, 4^a ed., Cedam, Padova, p. 181 ss.; A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1991, p. 913 ss. Con specifico riferimento ai dati personali, si veda D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 339 ss., spec. p. 358, secondo il quale la revoca del consenso sarebbe espressione della libertà di autodeterminazione, «finalizzata alla costruzione di un nuovo assetto dell'identità personale del soggetto».

⁴ Si vedano le riflessioni in ambito di consenso ai trattamenti medici, ove il consenso non rappresenta la prestazione oggetto del contratto, ma una vera e propria autorizzazione, necessaria all'esecuzione della prestazione medica: cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 949 ss. Ma si vedano altresì le ipotesi della c.d. «liberatoria», ovverosia di autorizzazioni - concesse senza un corrispettivo - di condotte che, altrimenti, sarebbero state illecite (l'esempio tipico è quello della liberatoria alla riproduzione della propria immagine in fotografie o filmati): cfr. S. LONGHINI, *Se la partecipazione ad un programma televisivo possa valere come consenso implicito alla diffusione della propria immagine*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 399 ss.

parte della dottrina ha ritenuto che sia necessario contemperare le esigenze di tutela della persona e di libertà dell'esercizio del proprio diritto con quelle tipicamente negoziali di tutela dell'affidamento della controparte contrattuale e di certezza e sicurezza dei traffici giuridici. Così, si è storicamente previsto che alla revoca del consenso, che sia stato prestato in una dinamica contrattuale (come possono essere i contratti di sponsorizzazione, *merchandising* e in generale quelli con cui si attribuisce la possibilità di sfruttare economicamente il proprio nome o la propria immagine), debba conseguire perlomeno un indennizzo a favore della controparte contrattuale, se non addirittura un risarcimento⁵.

Peraltro, l'indennizzo non è sufficiente a contemperare le diverse esigenze in gioco. La revoca *ad nutum*, infatti, non solo contrasta con il principio di cui all'art. 1372 c.c.⁶, secondo cui *pacta sunt servanda*, ma soprattutto è di ostacolo all'effettiva circolazione negoziale degli attributi immateriali della personalità, precludendo la possibilità di dare vita ad assetti di interessi stabili e affidabili⁷. In tal modo, cioè, la tutela della persona rischierebbe di trasformarsi in un sistema illiberale di protezione del soggetto da sé stesso. Così, sarebbe preferibile, come suggeriscono alcuni Autori⁸, estendere in via analogica a queste fattispecie la disciplina prevista dal Codice civile (artt. 2575 ss. c.c., spec. art. 2582 c.c.) e dalla Legge sul diritto d'autore (art. 142, Legge 22 aprile 1941, n. 633) per la revoca del consenso alla diffusione dell'opera. In particolare, ai sensi delle norme citate, il ritiro dell'opera dal commercio da parte del suo autore può avvenire anche qualora siano stati trasferiti i diritti di sfruttamento patrimoniale della stessa, ma in tal caso il ritiro, che si configura come un recesso dal contratto, dovrà avvenire previo indennizzo e sarà subordinato a "gravi ragioni morali", e dunque ad una giusta causa di recesso. Allo stesso modo, nella materia più generale

⁵ Cfr., tra tutti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 181, il quale parla di un «consenso sempre revocabile, in linea di principio (come nei casi del consenso al prelievo del sangue e simili), salvo l'altrui diritto al risarcimento del danno nel caso di revoca del consenso affatto giustificata e capricciosa».

⁶ Vero è che l'art. 1373 c.c. prevede la possibilità di un recesso dal contratto, ma trattasi di un'eccezione alla regola generale, che in quanto tale può applicarsi solo ai casi espressamente previsti dalla legge.

⁷ Cfr. C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 385, ove l'Autore sottolinea che «il modello del consenso revocabile [...] fornisce una soluzione che non tiene conto del principio di certezza dei traffici giuridici, frutto di un'impostazione sfuggente in merito al rapporto tra autodeterminazione e responsabilità. [...] Il rigetto della tesi della revocabilità *ad nutum* lascia comunque scoperto il problema dell'integrazione dell'identità del disponente all'interno dei rapporti patrimoniali e della loro disciplina. Un nodo che non può dirsi sciolto in virtù dell'astratta ed aprioristica delimitazione degli effetti del contratto al solo "profilo" patrimoniale della tutela giuridica».

⁸ Cfr., su tutti, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 300 ss.

dei contratti con cui si dispone degli attributi della personalità, sarebbe possibile recedere dal contratto solo per giustificati motivi e solo previo indennizzo della controparte contrattuale. Per quanto attiene, invece, alla struttura e agli effetti del consenso, si può notare in dottrina una varietà di posizioni. Secondo l'impostazione più tradizionale, che rigetta la tesi del contratto ad effetti reali per via della difficoltà di concepire un distacco definitivo degli attributi della personalità dal loro titolare, i negozi con cui si dispone dei diritti della personalità sarebbero contratti con effetti obbligatori, ove oggetto dell'obbligazione gravante sul titolare del diritto della personalità sarebbe un *patis*, ovverosia sopportare l'altrui sfruttamento dei propri attributi della personalità e astenersi dall'azionare i rimedi previsti a tutela della propria personalità⁹. Altra parte della dottrina, invece, ha inteso riconoscere al contratto in questione efficacia reale e, più precisamente, effetti traslativi della componente patrimoniale del diritto della personalità¹⁰, ovvero effetti derivativo-costitutivi che si concretizzerebbero nella costituzione, in capo all'avente causa, di un diritto nuovo e qualitativamente differente che non estingue, ma limita quello del disponente¹¹.

Peraltro, che si riconoscano al contratto effetti obbligatori o reali, nelle due varianti del contratto traslativo o costitutivo, rimane comunque ferma la concezione del consenso di cui si discorre come *in uno* con il consenso che è atto a concludere il contratto ai sensi dell'art. 1326 c.c. In altre parole, con un'unica manifestazione di volontà, il titolare del diritto conclude il contratto (a effetti reali o obbligatori che siano) e attribuisce alla controparte la possibilità di disporre economicamente dell'attributo della personalità. Quest'ultima possibilità, dunque, si può dire che sia l'effetto diretto ed immediato non già del consenso in quanto atto unilaterale, quanto piuttosto del contratto che preveda, come contenuto, l'attribuzione alla controparte del diritto allo sfruttamento economico dell'attributo della personalità di cui trattasi¹². Ecco perché si è detto che la revoca del consenso, in questi casi,

⁹ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 545 ss.; G. SAVORANI, *La notorietà della persona: da interesse protetto a bene giuridico*, Cedam, Padova, 2000, p. 204.

¹⁰ In questo senso, minoritario, C. SCONAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 1 ss., spec. p. 37 ss., secondo il quale oggetto del trasferimento non sarebbe il diritto della personalità nella sua interezza, ma il diritto patrimoniale di sfruttamento dell'attributo della personalità. Secondo l'Autore si verificherebbe, cioè, una successione a titolo particolare nella componente patrimoniale del diritto della personalità.

¹¹ Cfr., in questo senso, C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 212.

¹² Cfr., in questo senso, C. ANGIOLINI, *ibidem*. In senso contrario si esprime parte della giurisprudenza

implica il recesso dal contratto, perché ciò che si revoca è quel medesimo consenso che ha perfezionato la fattispecie contrattuale.

In conclusione, dunque, si è visto come l'elaborazione in merito ai contratti aventi ad oggetto i diritti della personalità abbia tradizionalmente concentrato la sua attenzione sull'atto di assenso all'altrui esercizio delle prerogative afferenti all'attributo della personalità di cui si dispone, prevedendo che tale atto di assenso debba essere sempre revocabile (nei limiti anzidetti). Si è poi visto come la dottrina sia variamente orientata nell'attribuire a tale consenso effetti reali (rispettivamente traslativi o costitutivi) oppure obbligatori, dimostrando così di concepire il consenso di cui si discorre *in uno* con il consenso che è atto a concludere il contratto ai sensi dell'art. 1326 c.c.

Come ora vedremo, però, le considerazioni svolte con riferimento alle fattispecie tradizionali di commercializzazione dei diritti della personalità non possono applicarsi *tout court* al fenomeno che si sta analizzando, di commercializzazione dei dati personali, e ciò per tre ordini di ragioni: in primo luogo vi osta la peculiare natura dei dati personali, i quali, rispetto alla generalità degli attributi della personalità, presentano un elevato valore collettivo che incide variamente sull'autonomia privata del singolo¹³; in secondo luogo, vi osta la diversità strutturale dei negozi aventi ad oggetto gli attributi della personalità, per così dire, tradizionali, rispetto a quelli aventi ad oggetto i dati personali, i quali divergono tra loro per finalità e «prestazione caratteristica»¹⁴; infine, e soprattutto, vi osta il fatto che i dati personali sono fatti oggetto di una disciplina europea inderogabile che riguarda soprattutto il consenso al trattamento dei dati personali e che impedisce di riportare in questa materia l'intera riflessione - sopra riassunta - circa i caratteri del consenso e gli effetti del contratto dispositivo dei diritti della personalità.

recente, che qualifica il consenso come «negozio unilaterale, avente ad oggetto l'esercizio del diritto all'immagine e, benché inserito in una fattispecie contrattuale, rimane distinto ed autonomo rispetto alla pattuizione e può sempre essere revocato» (così, ad esempio, Cass. civ., 29 gennaio 2016, n. 1748). Tuttavia, questa giurisprudenza afferma un principio senza interrogarsi, come invece faremo noi con riferimento alla commercializzazione dei dati personali, sulla natura e sull'interazione del consenso - autonomo - all'uso dell'altrui immagine con il consenso contrattuale (si rinvia, per l'argomento, a Cap. II, sez. I, par. 3, p. 89 ss.).

¹³ Sull'importanza attribuita dal GDPR agli interessi della collettività si veda, *ex multis*, A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 410 ss.; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 375 ss.

¹⁴ Cfr., sul punto, specialmente S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa di dati personali*, Ledizioni, Torino, 2018, *passim*, spec. p. 46.

Ebbene, sotto il primo profilo, può rilevarsi come, nella disciplina dei dati personali dettata a livello europeo, vi sia una particolare attenzione attribuita alla collettività e ad interessi terzi rispetto a quelli dell'interessato che invece è del tutto assente nel campo degli attributi più tradizionali della personalità, ove invece si tende a garantire la persona sopra e prima di ogni altro interesse - economico - eventualmente confliggente. Si è già parlato abbondantemente¹⁵ della tendenza del GDPR al bilanciamento di interessi e allo spostamento del *focus* di disciplina dalla tutela dell'interessato alla libera circolazione dei dati. Il bilanciamento operato dal Legislatore europeo, peraltro, si connota per il fatto che vede contrapporsi da un lato l'interesse economico - dei terzi, della collettività, dell'economia europea - alla libera circolazione dei dati, e dall'altro l'interesse meramente personalistico dell'individuo a che tale circolazione avvenga nel rispetto dei suoi diritti fondamentali, in maniera non lesiva della sua personalità e dei diritti ad essa correlati. Il GDPR non attribuisce al singolo diritti patrimoniali di sfruttamento economico dei dati personali e sostituisce alla tecnica di conformazione di una sfera di appartenenza la tecnica del bilanciamento di interessi¹⁶. Il rilievo sociale dei dati personali, rispetto agli interessi individuali, è altresì avvalorato dai meccanismi che sovrintendono la loro circolazione. Se, infatti, attributi più tradizionali come il nome e l'immagine possono circolare esclusivamente in forza del consenso del titolare¹⁷, altrettanto non può dirsi per i dati personali, ove il consenso dell'interessato rappresenta unicamente *una* delle basi giuridiche legittimanti il trattamento (e dunque la circolazione dei dati), avente addirittura carattere residuale. Come si è visto in precedenza¹⁸, infatti, il GDPR affianca al consenso altre cinque ipotesi legittimanti il trattamento dei dati altrui, tra le quali figurano non solo interessi pubblici, ma anche privati, come il legittimo interesse (anche economico) di terzi soggetti. Tutto ciò dimostra come, nell'ambito della commercializzazione dei dati personali, lo spazio riconosciuto all'autonomia privata sia

¹⁵ Cfr. *supra*, Cap. I, sez. I, par. 3, p. 26 ss.

¹⁶ Si veda, sul punto, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa di dati personali*, cit., p. 37 ss., ove si rileva come «il fenomeno in questione non è stato disciplinato al fine di attribuire nuove risorse economiche tra i consociati, ma al solo fine di prescrivere norme imperative di condotta rispetto ad una certa attività, il trattamento dei dati personali».

¹⁷ Salvo l'eccezione rappresentata dall'art. 97 della Legge n. 633 del 1941, ai sensi del quale la pubblicazione di nome e immagine senza il consenso del titolare è lecita qualora connessa ad esigenze di pubblica informazione. Tali esigenze, peraltro, debbono considerarsi esclusivamente pubblicistiche ed eccezionali e non possono mai coincidere con interessi commerciali di chi diffonde l'immagine.

¹⁸ Cfr. *supra* Cap. I, sez. I, par. 3, p. 26 ss.

notevolmente più ristretto di quanto non sia invece nel campo delle fattispecie più tradizionali, a vantaggio di un maggiore controllo sociale¹⁹.

Il secondo profilo di differenziazione tra i dati personali e i negozi con cui si dispone di essi da una parte, e le fattispecie più tradizionali di commercializzazione degli attributi immateriali della persona dall'altra, attiene ad un aspetto più strettamente socio-economico, che però non manca di avere riflessi importanti sulla loro configurazione giuridica.

A differenza del nome o dell'immagine di una persona nota, che possono acquisire un valore molto elevato anche considerati singolarmente, lo stesso non può dirsi per i dati personali, i quali, singolarmente considerati, hanno un valore economico quasi nullo²⁰, posto che ciò che interessa agli operatori del mercato è avere a disposizione una massa di dati da cui inferire comportamenti abituali o svolgere indagini di mercato. All'operatore economico, quindi, non interessa acquisire determinati dati di una singola e specifica persona (come invece nelle fattispecie c.d. tradizionali), quanto piuttosto raccogliere una massa di dati da utilizzare utilmente, indipendentemente da chi siano gli interessati. Questo rilievo costituisce un elemento di spiccata differenza rispetto a quanto avviene nelle fattispecie tradizionali, ove l'identità della controparte rileva notevolmente e il singolo elemento evocativo della sua identità può acquisire un valore economico enorme²¹, ed influisce altresì profondamente sul contenuto e sulla struttura della fattispecie economico-sociale.

Per comprendere al meglio la diversità socioeconomica delle fattispecie, un'attenta dottrina ha fatto ricorso alla nozione della c.d. «prestazione caratteristica», che andrebbe a «distinguere e caratterizzare, sul piano dell'oggetto, i singoli negozi»²². In particolare, nelle

¹⁹ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 44 ss., ove l'Autore evidenzia il ruolo che, in tale materia, hanno le autorità pubbliche e afferma che «il trattamento si connota come attività di rilevanza non solo privatistica». Per un'analisi delle differenze del modello di tutela dei dati personali rispetto ai tradizionali diritti della personalità, si veda anche S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 621 ss.

²⁰ Uno studio interessante in argomento è quello contenuto in G. MALGIERI - B. CUSTERS, *Pricing privacy - the right to know the value of your personal data*, in *Computer law & security review*, 34/2017, p. 289 ss.

²¹ Si pensi ai contratti ove sportivi o attori famosi sponsorizzano orologi, profumi o altri prodotti.

²² Così S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 46. La nozione di «prestazione caratteristica», che l'Autrice precisa venire utilizzata «non per fondare una distinzione dogmatica rigorosa, ma unicamente come supporto descrittivo di fattispecie che si differenziano in primo luogo a livello sociale», è nota per rappresentare nell'ambito del diritto internazionale privato uno dei tipici criteri di collegamento utili ad individuare la legge applicabile ad un determinato rapporto. Per un approfondimento, si veda U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 513 ss.

fattispecie più tradizionali la prestazione caratteristica del contratto è rappresentata proprio dal permettere alla controparte lo sfruttamento degli attributi immateriali della persona, prestazione caratteristica che trova solitamente il suo corrispettivo in una prestazione tipicamente fungibile qual è il pagamento di una somma di denaro. In questa forma contrattuale, la parte che viene autorizzata allo sfruttamento degli attributi della persona è, come si diceva sopra, interessata ad ottenere la possibilità di sfruttare uno specifico elemento della personalità di un altrettanto specifica controparte contrattuale. Nei contratti di *sponsorizzazione* e *merchandising*, ad esempio, l'impresa commerciale è interessata a sfruttare l'immagine di uno specifico sportivo e per ottenere tale possibilità è disposta a corrispondere un prezzo. In definitiva, «il consenso della persona all'utilizzo dei propri attributi immateriali entra nell'oggetto del contratto, è da esso inscindibile e senza di esso il contratto sarebbe del tutto snaturato»²³.

Diversamente, nelle fattispecie oggetto della presente trattazione, non sembra potersi affermare che la prestazione caratteristica sia costituita dal consenso al trattamento dei dati personali, quanto piuttosto dall'erogazione del bene o servizio digitale. Una simile affermazione deriva dalla considerazione, *in primis*, del ruolo marginale che il singolo consumatore e i suoi specifici dati rivestono nella fattispecie in esame. Come si è rilevato, infatti, l'operatore del mercato digitale non ha interesse a sfruttare uno specifico elemento della personalità, uno specifico dato personale, di una specifica persona esattamente individuata, ma ha interesse a raccogliere una massa di informazioni, indipendentemente dall'identità specifica dei soggetti cui si riferiscono. L'interesse dell'impresa, quindi, non è quello di sfruttare *un* dato personale, ma raccoglierne il maggior numero possibile, per poi trattarli in massa e inferire da essi delle abitudini commerciali della generalità dei consumatori. In altre parole, la prestazione del consumatore²⁴, di acconsentire al trattamento dei propri dati personali, è prestazione fungibile, sostituibile con quella di altri consumatori o con il pagamento di un prezzo in denaro. Viceversa, la prestazione che non può mancare, e la cui assenza snaturerebbe il negozio, è la fornitura dell'esatto servizio desiderato dal

²³ Così rileva S. THOBANI, *ibidem*, la quale prosegue rilevando che «non è neppure immaginabile, ad esempio, un contratto di merchandising senza il consenso della persona nota alla diffusione della propria immagine».

²⁴ Per il momento, il termine “prestazione” viene utilizzato in senso a-tecnico, meramente descrittivo. Per l'individuazione della natura di tale “prestazione” si rinvia ai paragrafi successivi (cfr. spec. Cap. II, sez. II, par. 2, p. 122 ss.).

consumatore, che per acquistarlo è disposto ad acconsentire al trattamento dei propri dati personali. Il consenso al trattamento dei dati personali, in definitiva, rappresenta - da un punto di vista economico - niente di più che un corrispettivo per l'erogazione del servizio acquistato. Riprova di ciò è data dal fatto che molto spesso questa fattispecie si caratterizza per la concessione al consumatore di un'alternativa tra il pagamento del servizio fornito attraverso la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, ovvero attraverso il pagamento di una somma di denaro²⁵.

Infine, il terzo profilo di differenziazione delle fattispecie tradizionali di commercializzazione degli attributi immateriali della persona rispetto a quelle più moderne di scambio tra dati personali e servizi digitali attiene all'esistenza di una specifica e rigorosa disciplina europea, inderogabile, relativa al trattamento dei dati personali e in particolare al consenso al loro trattamento. Il GDPR, infatti, detta rigorosamente la disciplina del trattamento dei dati personali individuando solo sei basi giuridiche che lo possano legittimare. Tra queste figura appunto il consenso, il quale viene connotato da diversi requisiti di legittimità. Nelle prossime pagine analizzeremo la natura del consenso al trattamento per comprendere per cosa si caratterizzi e in cosa si distingua dal consenso negoziale tradizionalmente inteso, ovvero sia dal consenso alla conclusione di un contratto. L'analisi permetterà altresì di individuare quale possa essere la struttura del negozio giuridico di "scambio di dati personali contro servizi digitali".

2. La struttura del consenso al trattamento dei dati personali: il superamento del dibattito sulla natura negoziale o non negoziale.

Nelle pagine precedenti si è chiarito che il fenomeno di circolazione commerciale dei dati personali presenta notevoli peculiarità rispetto alla circolazione degli attributi più "tradizionali" della persona. Tra queste, certamente di rilievo appare quella relativa alla presenza di una disciplina, dettagliata e inderogabile, del consenso al trattamento dei dati

²⁵ Moltissimi sono gli esempi di questa pratica. Recentemente, diversi quotidiani online e altri siti web hanno adottato questo *business model*, per cui al consumatore è data la possibilità di pagare un prezzo o, in alternativa, di prestare il consenso al trattamento dei dati personali. Lo stesso Comitato Europeo per la Protezione dei Dati si è di recente interrogato, a riprova dell'elevata ricorrenza del fenomeno, sulla legittimità di questa pratica, definita di "*pay or consent*" (si rinvia, sul punto, a Cap. II, sez. I, par 6, nota 132, p. 115).

personali. Ragionando di consenso al trattamento dei dati personali, un profilo che è stato a lungo oggetto di dibattito, già a partire dalla prima normativa nazionale in materia di trattamento dei dati personali (la l. n. 675/1996, che recepiva la c.d. “Direttiva madre” in materia di trattamento dei dati personali), è quello concernente la sua natura, se negoziale o meno,²⁶ dibattito che peraltro costituiva la trasposizione *in subiecta materia* del medesimo dibattito che aveva interessato illustri giuristi con riferimento alla figura - di teoria generale - del consenso dell’avente diritto²⁷.

Con specifico riferimento al trattamento dei dati personali, vi era chi faceva discendere la natura negoziale del consenso da considerazioni tendenzialmente «pre-giuridiche», aderenti al sostrato reale²⁸, quale ad esempio il fatto che l’atto del consenso ha oggettivamente un’incidenza nella sfera giuridica di chi lo concede, incidenza che non può che essere determinata da un «atto di volontà» del soggetto; o ancora da un’idea di «appartenenza» per cui i dati personali appunto apparrebbero al soggetto «senza che sia necessario stabilire se il titolo sia proprietario o meno» e che ciò sarebbe «sufficiente per configurare l’atto di cui si discute come atto di disposizione» e dunque negoziale²⁹. Ancora, vi è stato chi ha ricavato la natura negoziale del consenso a partire dalla concezione dei dati personali come veri e propri “beni giuridici” «cedibili, trasferibili e scambiabili»³⁰. Sulla base di queste considerazioni si sosteneva la natura negoziale del consenso al trattamento dei dati personali e la sua attitudine a realizzare, autonomamente, un fenomeno attributivo di utilità nei confronti della controparte, fenomeno che poi veniva variamente declinato in termini traslativi o costitutivi³¹.

²⁶ Per una ricostruzione dell’intero dibattito dottrinale si veda F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, Giuffrè, Milano, 2018, *passim*, ove l’Autore attualizza il dibattito tradizionale alla nuova disciplina sul trattamento dei dati personali introdotta con il GDPR.

²⁷ Per la tesi negoziale, si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 79 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 299. Per la tesi non negoziale si veda, tra tutti, D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 403.

²⁸ Così le definisce G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 82.

²⁹ Così G. OPPO, *Sul consenso dell’interessato*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 124.

³⁰ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 159 ss., spec. p. 168 ss.

³¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 308; V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, *ivi*, p. 117.

Quanti sostenevano la natura non negoziale³², invece, ragionavano a partire dalla negazione della natura di beni giuridici dei dati personali e dalla conseguente impossibilità di una loro circolazione tramite meccanismi tipici della circolazione dei beni³³. In particolare, veniva valorizzata, in tale contesto, la concezione del consenso al trattamento quale esercizio del diritto di autodeterminazione dell'individuo, e la protezione dei dati come diritto fondamentale, per farne discendere la negazione della natura negoziale a favore della natura di autorizzazione dell'atto di assenso, il quale veniva perciò concepito come funzionale a rimuovere «quel dovere di astensione che garantisce in generale la persona»³⁴.

Tale ricostruzione, che, per quanto ineccepibile, si fondava sulla natura personale dei dati e del diritto alla loro protezione, ad alcuni è sembrata trascurare i profili economici insiti nel trattamento e nella circolazione dei dati personali e l'importanza che essi rivestono nell'economia moderna. Più recentemente, dunque, vi è chi - con considerazioni che prendono le mosse dall'evoluzione patrimoniale che ha caratterizzato la concezione moderna dei dati personali³⁵ - ha riproposto, come in passato avevano fatto altri, la tesi della natura

³² Il massimo esponente della natura non negoziale del consenso al trattamento dei dati personali è stato D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 339 ss. Ma si veda altresì S. PATTI, Sub art. 11, *Consenso*, in C. M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 365 ss., nonché ID., *Commento all'art. 23*, in C. M. BIANCA - F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, I, Cedam, Padova, 2007, p. 541 ss., ove l'Autore attribuisce al consenso al trattamento «l'effetto di far venire meno il carattere dell'antigiuridicità che altrimenti presenterebbe l'attività di trattamento dati personali»; A. FICI - E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 506 ss. Anche se con sfumature differenti, hanno sostenuto la natura e la funzione autorizzativa del consenso anche S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2019., p. 993 ss., che rileva il carattere non patrimoniale dei dati personali e l'impossibilità di una loro dismissione definitiva; ma vedasi anche F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 42, ove si parla del consenso come di un «atto autorizzatorio di tipo integrativo».

³³ Cfr. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., *passim*.

³⁴ Cfr. D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 350 ss., ove si rileva che «in quanto ha la funzione di conformare la sfera personale di identità individuale, tale potere produce un effetto autorizzativo in ordine alle relazioni conoscitive permesse» e che «in quanto il fine che l'esercizio del potere tende a realizzare è costituito dalla costruzione della propria sfera personale di identità, si dovrà convenire che, dal punto di vista degli effetti che esso esplica, l'atto non ha natura negoziale. (...) Mancando, pertanto, ogni aspetto di relazionalità, è chiaro che non sussiste il presupposto che è necessario perché si possa riconoscere ai comportamenti soggettivi un contenuto dispositivo di carattere negoziale». Sulla concezione del consenso al trattamento quale esercizio dell'autodeterminazione informativa dell'individuo si tornerà *infra*, Cap. II, sez. I, par. 3, p. 91 ss.

³⁵ Evoluzione di cui si è dato atto nel capitolo precedente. Vedasi in particolare Cap. I, sez. I, par. 3, p. 26 ss. e par. 4, p. 37 ss., ove si è evidenziato come l'Unione europea, negli anni, abbia via via preso sempre più consapevolezza del valore patrimoniale dei dati personali e dell'importanza che essi hanno assunto

negoziale del consenso al trattamento, rilevando come l'acquisito valore patrimoniale dei dati personali, unitamente alla considerazione del fatto che questi vengono correntemente scambiati - di fatto - nei mercati digitali, imponga di affiancare alle tutele tipiche dei diritti della personalità - e dunque della responsabilità extracontrattuale - quelle tipiche dell'ambito contrattuale³⁶. Altrimenti, valorizzando cioè solo la natura personale dei dati, il rischio sarebbe quello di negare ogni possibilità di commercializzazione dei dati stessi³⁷.

Le osservazioni, pur essendo persuasive e apprezzabili nell'intento di estendere all'interessato le tutele tipiche dell'ambito contrattuale, nonché di legittimare la commercializzazione degli attributi della persona che di fatto avviene quotidianamente, non tengono conto del fatto che si possono raggiungere i medesimi obiettivi di tutela e di politica del diritto senza necessariamente invocare la natura negoziale del consenso³⁸. Infatti, come è stato rilevato, la natura non negoziale del consenso al trattamento non esclude in radice il fenomeno della commercializzazione dei dati personali, il quale può comunque avvenire attraverso meccanismi leggermente più complessi, ove la complessità è funzionale alla tutela degli interessi della persona che vengono in gioco³⁹.

nell'economia digitale, al punto che il GDPR sancisce un generale principio di libera circolazione dei dati.

³⁶ Così V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 689 ss., spec. p. 702, il quale osserva che «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?». Si veda altresì V. RICCIUTO, *Il consenso negoziale nella circolazione dei dati personali*, in A. M. PINELLI (a cura di), *La circolazione dei dati personali. Persona, contratto e mercato*, Pacini Giuridica, Roma, 2023, p. 65 ss.

³⁷ Cfr. V. RICCIUTO, *op. ult. cit.*, p. 68: «sviluppate nelle sue coerenti conseguenze, le ricostruzioni attraverso le quali si tenta di «salvare» il profilo personalistico (sottraendolo alla ricostruzione in chiave di consenso contrattuale) rischierebbero di rendere gli attributi della persona le sole «utilità» che circolano, senza che questa possa beneficiare, in cambio, di alcuna controprestazione da parte dell'impresa fornitrice».

³⁸ Per la verità, nemmeno Messinetti trascurava tali profili e anzi sosteneva la possibilità che il consenso autorizzativo venisse affiancato da quelli che lui definiva «dispositivi di alleanza», ovvero «dispositivi con i quali il consenso del soggetto viene eventualmente a collegarsi attraverso specifiche e mirate tecniche consensuali (anche contrattuali) che vanno tenute distinte dalle tecniche in cui si concretizza lo stesso consenso alla raccolta e diffusione dei dati personali»: D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 365. In altre parole, Messinetti dimostrava già allora di ritenere compatibile la circolazione giuridica - ed economica - dei dati personali con la natura non negoziale del consenso al trattamento.

³⁹ Si veda, ad esempio, F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., p. 44, ove l'Autore rileva come «tale impostazione [e cioè l'impostazione che nega valore negoziale al consenso al trattamento], si noti, non impedisce la possibilità di individuare ipotesi di "commercializzazione" dei dati personali, che vanno però

Piuttosto, la natura negoziale o meno del consenso, avrebbe dovuto incidere sulla disciplina ad esso applicabile. In estrema sintesi, optare per la natura negoziale avrebbe comportato l'estensione all'atto di assenso dell'intera disciplina codicistica sul negozio giuridico e, in particolare, quella relativa ai casi di invalidità dettata nello specifico per il contratto. Viceversa, optare per la natura non negoziale avrebbe comportato la possibilità di ritenere invalido il consenso «soltanto nelle ipotesi di mancanza, da parte dell'interessato, della volontà di manifestare l'atto di consenso sulla base dei presupposti specifici richiesti dalla legge»⁴⁰.

Ecco allora che, chiarito come la natura, negoziale o meno, del consenso non influisce sull'astratta commerciabilità dei dati personali, la dottrina più recente - e più attenta all'evoluzione normativa in atto nell'Unione europea - ha cominciato a rendersi conto del fatto che il tema deve essere affrontato in un'altra prospettiva⁴¹. Si è infatti rilevato come, a fronte dell'adozione del GDPR, il quale contiene una disciplina del consenso molto invasiva e vincolante, a cominciare dai suoi requisiti di validità⁴², «ciò che interessa non è tanto stabilire la natura contrattuale o meno del consenso al trattamento, per la cui regolamentazione non ci sarebbe in ogni caso bisogno di ricorrere alla disciplina generale sul contratto, quanto partire dalla disciplina dettata dal Legislatore speciale, rispetto a cui il problema della qualificazione rimane a margine»⁴³. Si è cioè notato come, a fronte di una disciplina europea che non è più «filtrata» dal diritto nazionale, ma che è direttamente

inquadrate diversamente, sotto il profilo giuridico, ammettendo un consenso contrattuale ontologicamente distinto rispetto a quello reso in materia di protezione dei dati personali, anche se ad esso funzionalmente collegato».

⁴⁰ Così C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 75.

⁴¹ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 256, secondo il quale «la peculiare natura delle situazioni coinvolte osta, comunque, all'automatica applicazione della disciplina generale del negozio giuridico (*rectius*: del contratto) ed impone di ricostruirne il regime non già in via deduttiva [...], bensì in via induttiva, tramite il ricorso all'analogia o mediante il metodo della riduzione teleologica». Piuttosto, secondo l'Autore, le principali questioni concernenti la disciplina applicabile al consenso dovrebbero essere risolte «secondo una prospettiva di tipo funzionalistico». Nello stesso senso si esprime S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 639, il quale rileva come la qualificazione negoziale o meno del consenso non sia dirimente ai fini della qualificazione contrattuale o extracontrattuale della responsabilità dell'eventuale illecito.

⁴² Ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 11, GDPR, il consenso è valido solo ove «libero, specifico, informato, ed inequivocabile». Su tali requisiti, e in particolare su quello di libertà, si tornerà più approfonditamente *infra* (cfr. Cap. II, sez. I, par. 3, p. 91 ss. e par. 4, p. 98 ss.). Per un'analisi approfondita dei singoli requisiti si rinvia a S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli, Rimini, 2016, *passim*.

⁴³ Così S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 117 ss.

applicabile e che ha «l'ambizione di essere del tutto autonoma», non ha più senso tentare di incardinare a tutti i costi l'istituto del consenso al trattamento nell'alveo di categorie tipiche del diritto nazionale⁴⁴.

Piuttosto che interrogarsi sulla natura negoziale o non negoziale del consenso al trattamento dei dati personali, ciò che assume maggiore rilievo è la sua attitudine o meno a collocarsi in una fattispecie bilaterale, come può essere il contratto, o se invece esso configuri un atto unilaterale (negoziale o meno) insuscettibile di dare vita, tramite la combinazione con altro atto unilaterale di assenso, ad un negozio giuridico bilaterale⁴⁵. In altri termini, posto che la normativa europea fornisce già di per sé una disciplina dettagliata del consenso al trattamento, ciò che ci si deve domandare - nell'ottica di individuare una disciplina del fenomeno di commercializzazione dei dati globalmente considerato e non già del singolo atto di consenso - è se tale consenso possa ritenersi sufficiente a dar vita ad un fenomeno di «circolazione giuridica» tipicamente contrattuale dei dati personali o se invece esso debba essere affiancato da un vero e proprio negozio giuridico atto a limitarne od estenderne gli effetti secondo le dinamiche tipiche dell'autonomia negoziale e - per l'appunto - della circolazione giuridica⁴⁶. In definitiva, ci si deve chiedere, e ci si è chiesti, se il consenso al trattamento dei dati personali coincida con il consenso alla conclusione del contratto (con il quale, ad esempio, si definisca il complessivo regolamento contrattuale che fa da cornice allo scambio di dati) o se invece debba rimanere da esso distinto.

Orbene, indirizzata in questi termini la ricerca, la scelta - lo si anticipa fin da ora - non potrà che ricadere sulla seconda opzione dell'alternativa, e ciò alla luce di una pluralità di argomentazioni invero difficilmente superabili, relative tanto alla concezione del consenso

⁴⁴ Così, G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2022, p. 1130 ss., spec. p. 1149.

⁴⁵ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, cit., p. 58, ove l'Autrice rileva come il punto cruciale sia comprendere, con riferimento all'atto di assenso, «se si tratti di un atto unilaterale o di un contratto», posto che infatti «nel nostro ordinamento è invece ampiamente irrilevante se il consenso dell'avente diritto costituisca atto negoziale o meno». Le discussioni in merito, infatti, «possono farsi risalire al dibattito sviluppatosi sul punto in Germania, ove la disciplina legislativa del negozio giuridico conferisce rilevanza pratica alla questione». Sul punto si veda altresì H. BEVERLEY-SMITH - A. OHLY - A. LUCAS-SCHLOETTER, *Privacy, property and personality. Civil law perspectives on commercial appropriation*, Cambridge, 2005, p. 134 ss.

⁴⁶ Cfr. in questo senso D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 365, ove si rileva altresì che «l'autorizzazione, se indispensabile, tuttavia non è elemento costitutivo della circolazione» e che i c.d. «dispositivi di alleanza si rendono necessari al fine di creare i presupposti di una circolazione giuridica che il consenso autorizzativo in sé non è idoneo ad istituire».

come esercizio di autodeterminazione dell'individuo, quanto - e correlativamente - ai requisiti di validità del consenso richiesti dal GDPR.

3. (Segue) Il consenso al trattamento dei dati personali come atto unilaterale autonomo e distinto dal “consenso contrattuale”.

L'analisi circa la struttura, unilaterale o bilaterale, del consenso al trattamento dei dati personali, non può che partire dalla definizione di consenso contenuta nell'art. 4, par. 1, n. 11, GDPR, secondo cui con tale espressione si intende «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata, ed inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento». Inoltre, ai sensi dell'art. 7, par. 3, GDPR, il consenso deve poter essere revocato da colui che lo ha prestato in qualsiasi momento e con la stessa facilità con cui è stato prestato.

Secondo l'interpretazione storicamente adottata dal Garante italiano per la protezione dei dati personali, tale manifestazione di volontà deve essere intesa a tutti gli effetti come espressione o esercizio del diritto all'autodeterminazione dell'individuo⁴⁷. Tale ricostruzione discende direttamente dall'analisi circa la nascita dei dati personali e del diritto alla loro protezione. Come si è avuto modo di esporre⁴⁸, il diritto alla protezione dei dati personali nasce come evoluzione dei diritti alla riservatezza e all'identità personale, ed è funzionale a tutelare la libertà di autodeterminazione dell'individuo, minacciata, nel nuovo contesto tecnologico, dai pericoli - di discriminazione, influenza e controllo - connessi alla circolazione incontrollata dei dati personali. In questo contesto, ove la libertà degli individui di creare una propria identità e personalità è costantemente a rischio, si è sviluppata la concezione oramai dominante che qualifica il consenso al trattamento dei dati personali, in forza della funzione di controllo che esso esprime sulla circolazione dei dati, come esercizio del diritto

⁴⁷ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, provv. del 28 maggio, 1997, in *Foro it.*, 1997, III, c. 317: «l'atto mediante il quale il soggetto autorizza il trattamento dei propri dati personali, il consenso informato, non equivale ad un atto di disposizione, ma è e resta un atto mediante il quale il soggetto manifesta il potere di autodeterminarsi rispetto alla divulgazione e all'utilizzo da parte di terzi di informazioni che riguardano la sua sfera più personale e che va qualificato quale “diritto all'autodeterminazione informativa”».

⁴⁸ Cfr. Cap. I, sez. I, par. 2, p. 18 ss.

all'autodeterminazione informativa⁴⁹. Attraverso il consenso, infatti, si controlla la circolazione dei dati, ci si pone al riparo da potenziali distorsioni della realtà e si costruisce - anche verso l'esterno - la propria identità.

È a partire da questo assunto - di per sé incontrovertibile - che la dottrina più attenta - e come vedremo anche la giurisprudenza più recente - fa discendere l'impossibilità di considerare come ontologicamente unitari il consenso al trattamento e il consenso alla conclusione del contratto. In particolare, tale concezione attribuisce al consenso al trattamento finalità e scopi nettamente diversi da quelli tipici di un consenso che possiamo definire «contrattuale»: finalità di autodeterminazione, di creazione della propria identità e personalità, il primo; finalità di realizzazione di interessi comuni, il secondo⁵⁰. La finalità peculiare del consenso al trattamento, consistente nella «costruzione della propria sfera personale di identità», e dunque l'assenza in esso di «ogni aspetto di relazionalità», impone cioè di ricostruire il consenso come «atto a struttura unilaterale»⁵¹. In altre parole, il consenso al trattamento dei dati personali è stato plasmato dalla tradizione giuridico-culturale europea come mezzo per permettere all'individuo di costruire, in piena autonomia, la propria identità e personalità, come mezzo per realizzare sé stessi, e, in quanto tale, come decisione «libera e autoreferenziale»⁵², incompatibile pertanto con logiche bilaterali finalizzate alla creazione di un assetto di interessi comune, come sono quelle tipiche del contratto. Alle stesse conclusioni, poi, giunge quella dottrina che qualifica il consenso come espressione non già

⁴⁹ Cfr., su tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, in *Il corriere giuridico*, 1997, p. 915 ss. Ma si veda anche G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO - V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto*, 2018, p. 125 ss., spec. p. 144, per il quale appunto «il consenso costituisce un atto a struttura unilaterale (...), il quale funzionalmente realizza l'esercizio del diritto di "autodeterminazione informativa"».

⁵⁰ Così F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali"*, cit., p. 39

⁵¹ Così D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 354. Si veda anche p. 351 ss., ove l'Autore valorizza la concezione del consenso quale esercizio di autodeterminazione per sostenere la duplicità dei momenti in cui si realizza la circolazione negoziale dei dati personali: «un primo momento è quello in cui il consenso si pone come condizione di accesso nella sfera di intimità personale. Questo effetto rappresenta la conseguenza legata al potere di autodeterminazione per il fatto del suo stesso esercizio. In altri termini, non può logicamente immaginarsi l'esercizio del potere autodeterminativo del soggetto che non produca questo effetto. Un secondo momento, invece, è quello in cui il consenso rappresenta la fonte della regola che conforma la fattispecie circolatoria, determinandone i circuiti concreti. È, precisamente, sotto questo profilo, che va analizzato come dispositivo negoziale».

⁵² Cfr. R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 97: «la regola della circolazione dei dati è frutto di una scelta libera e autoreferenziale del titolare dei dati medesimi».

della generale libertà di autodeterminazione dell'individuo, ma del più specifico diritto alla protezione dei dati personali, quale «controllo sull'*an* del trattamento», il quale è privo di elementi di relazionalità e «si ascrive al solo interessato»⁵³.

Nella stessa direzione si muovono gli arresti più recenti della giurisprudenza di legittimità⁵⁴, la quale, valorizzando la concezione del consenso al trattamento come espressione di autodeterminazione informativa e una correlata interpretazione restrittiva del requisito di “libertà”⁵⁵ e “specificità”, è giunta ad escludere che il consenso al trattamento dei dati personali possa essere considerato «il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali»⁵⁶, e cioè il c.d. «consenso contrattuale», così arrivando a paragonare piuttosto il consenso al trattamento, anche qualora venga prestato nell'ambito di un meccanismo circolatorio “commerciale”, al «consenso informato» prestato in occasione di prestazioni sanitarie⁵⁷.

La concezione del consenso al trattamento quale esercizio del diritto all'autodeterminazione informativa impone necessariamente di ritenere che esso debba potersi manifestare al riparo da qualsiasi condizionamento o pressione, anche minime, che possano influenzarlo, a pena di violare il diritto fondamentale all'autodeterminazione. La stessa idea dell'autodeterminazione, infatti, implica l'assenza di qualsiasi condizionamento esterno e

⁵³ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 158: «sebbene sia innegabile che il consenso al trattamento venga prestato a seguito di una richiesta del futuro titolare, il quale solitamente predispose unilateralmente anche la dichiarazione del consenso, tali circostanze risultano essere insufficienti per inferire la natura bilaterale dell'operazione negoziale. Il trattamento dei dati personali, infatti, non si presenta come l'oggetto di un accordo tra due soggetti (interessato e titolare). Il consenso in questione, piuttosto, fungendo da controllo sull'*an* del trattamento, costituisce un atto di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali, che chiaramente si ascrive al solo interessato».

⁵⁴ Ci si riferisce, in particolare, alla celebre sentenza n. 17278 del 2 luglio 2018 della Corte di Cassazione che si può consultare in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1175 ss., con nota di F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*; ma si veda anche il commento di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 533 ss.

⁵⁵ Sull'esatta portata che la stessa Corte attribuisce alla nozione di “libertà” del consenso si tornerà *infra*, Cap. II, sez. I, par. 4, p. 98 ss.

⁵⁶ «Ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e di volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati» (così Cass. civ. n. 17278/2018).

⁵⁷ «Può dunque dirsi che il consenso in questione debba essere ricondotto alla nozione di “consenso informato”, nozione ampiamente impiegata in taluni settori - basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie - in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole» (così Cass. civ. n. 17278/2018).

una completa autoreferenzialità della manifestazione di assenso⁵⁸. Secondo la Corte di Cassazione, l'esigenza di quello che definisce un «consenso rafforzato» a tutela della persona emerge dalla «intrinseca situazione di debolezza dell'interessato», la quale deriverebbe tanto dall'asimmetria informativa che permea il mercato dei dati, quanto dalla debolezza dell'interessato che, nella maggior parte dei casi, si pone nel mercato come consumatore ed è spesso destinatario di «tecniche commerciali aggressive o suggestive»⁵⁹. Sono cioè le ragioni di tutela della persona nei suoi diritti fondamentali, rese ancor più impellenti dall'intrinseca situazione di debolezza dell'interessato-consumatore, a spingere la Corte ad adottare una concezione di consenso svincolata dai tradizionali canoni del consenso contrattuale.

I requisiti di validità posti dal GDPR, e segnatamente quelli di libertà, specificità e informazione, fissano cioè uno standard di validità che è diverso e molto più elevato rispetto a quello richiesto per gli atti patrimoniali e sono diretti a garantire che l'atto veicoli una «reale determinazione volitiva del soggetto»⁶⁰.

In particolare, la Corte rileva che il consenso contrattuale ha requisiti di validità nettamente diversi dal consenso al trattamento, requisiti meno stringenti che non accolgono un'idea, per così dire «assoluta» di libertà, ma «relativa», una concezione per cui il consenso è valido anche se perturbato, purché non oltre una determinata soglia⁶¹. Al contrario, il consenso al trattamento dev'essere considerato come non libero e quindi invalido (nel senso di inidoneo

⁵⁸ Cfr. R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 97.

⁵⁹ Così, Cass. civ., n. 17278/2018, ove si legge che «La normativa in questione, dunque, sorge dall'esigenza di affrontare i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica». Già all'epoca della c.d. «Direttiva Madre», era stato notato come la materia dei dati personali fosse caratterizzata da una disparità endemica, «strutturale e permanente»: cfr. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 600 ss.

⁶⁰ Così G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 74 ss.: «i requisiti della “libertà”, dell’“informazione” e della “specificità” fissano uno standard di validità - nel senso di idoneità a produrre l'effetto legittimante di cui all'art. 6 del regolamento - che è molto più elevato rispetto a quello consueto per gli atti patrimoniali ed è volto a garantire che l'atto veicoli una reale determinazione volitiva del soggetto. (...) Il consenso al trattamento dei dati è giuridicamente più prossimo al consenso informato al trattamento medico che non al prototipo degli atti negoziali a contenuto patrimoniale. Come tale, il giudizio sulla sua validità/efficacia scriminante deve essere condotto alla luce delle norme specificamente previste nel regolamento e deve tenere adeguatamente conto della peculiare funzione di tale atto in quanto strumento d'esercizio dell'autodeterminazione informativa».

⁶¹ Si pensi al caso di scuola del consenso prestato sotto l'influenza del genitore o di altra figura autorevole verso cui si prova soggezione, il c.d. «timore reverenziale», che ai sensi del Codice civile non vizia la volontà.

a legittimare il successivo trattamento), proprio alla luce dei valori che esso è volto a tutelare, ogni qual volta non corrisponda ad una «reale determinazione volitiva del soggetto», in quanto, ad esempio, influenzato da elementi minori come «possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie» che pure non renderebbero invalido un consenso contrattuale⁶². E del resto, nell'ambito dell'autonomia privata vigono regole diverse, che rispondono a logiche non già di tutela del singolo quanto piuttosto di bilanciamento di interessi contrapposti, come il principio dell'affidamento e quello di autoresponsabilità. Vigè cioè una tutela meno rigida della effettività della volontà, la quale non si richiede che sia “libera”, ma piuttosto che sia “non viziata” e, in tale giudizio, si fa altresì uso del criterio “dell'affidamento”⁶³, a scapito della concreta consapevolezza di chi l'ha espressa. Queste regole non possono valere per il consenso al trattamento, laddove esso risponde a logiche diverse, di tutela non già patrimoniale e comune, ma personale e individuale.

Una conferma del fatto che il consenso al trattamento è stato concepito, dal Legislatore del GDPR, come autonomo rispetto al consenso c.d. “contrattuale” proviene anche da ulteriori indici normativi. In particolare, vi è chi ha dedotto tale autonomia sulla base del combinato disposto del requisito di “specificità” del consenso e di quello, prescritto dall'art. 7, par. 2, GDPR⁶⁴, che prende il nome di “granularità” del consenso⁶⁵. Tali requisiti, infatti, imporrebbero che il consumatore venga chiamato a prestare il consenso solo sulla questione relativa al trattamento dei dati personali e a nessun'altra, così da sollecitare la sua attenzione sulle conseguenze dell'atto che sta compiendo, senza che la sua attenzione venga sviata da altre questioni⁶⁶. Così, un consenso finalizzato alla conclusione di un contratto col quale si

⁶² Cfr. Cass. civ. n. 17278/2018: «il consenso in discorso, alla luce del dato normativo, è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato».

⁶³ Basti pensare al concetto di riconoscibilità dell'errore di cui all'art. 1431 c.c., in virtù del quale una volontà pur viziata da errore, e quindi non correttamente formatasi, non rende invalido il contratto se l'errore non era riconoscibile dalla controparte contrattuale.

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 7, par. 2, GDPR «se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro».

⁶⁵ Cfr., ad esempio, R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 760 ss., spec. p. 765, il quale sostiene che dall'art. 7, par. 2, GDPR «discende il carattere dell'autonomia del consenso al trattamento rispetto ad ogni ulteriore manifestazione di volontà, anche riguardante la medesima operazione».

⁶⁶ Così, ancora una volta, si esprime Cass. civ. n. 17278/2018: «se detto consenso comporta una pluralità

regolasse lo sfruttamento economico dei propri dati personali dovrebbe essere manifestato separatamente rispetto all'autonomo consenso al trattamento dei dati stessi⁶⁷.

Nella stessa direzione, vi è chi ha giustamente evidenziato la discrasia tra l'età prescritta dal GDPR per la manifestazione di un valido consenso al trattamento rispetto a quella prescritta dai diritti nazionali per la capacità d'agire⁶⁸. Al riguardo, se da un lato l'art. 8, par. 1, GDPR afferma che l'età minima per la manifestazione di un valido consenso al trattamento è di anni 16, riducibili dagli Stati membri fino a 13, dall'altro l'art. 8, par. 3, GDPR prevede che comunque «il paragrafo 1 non pregiudica 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». Con tale precisazione il GDPR ha voluto tenere distinti e separati i requisiti di validità del consenso al trattamento e del consenso contrattuale anche sotto il profilo dell'età, dimostrando ulteriormente come i due consensi abbiano presupposti nettamente diversi.

La necessità di tenere distinti i due consensi è poi ulteriormente confermata dall'osservazione per la quale il GDPR non prevede solo diversi presupposti di validità, ma anche diversi effetti. Infatti, ciò che rende legittimo il trattamento ai sensi del GDPR non è tanto la validità del contratto quanto la validità del consenso prestato specificamente per autorizzare il trattamento, circostanza che segna una notevole differenza rispetto a quanto avviene nelle fattispecie c.d. "tradizionali" di commercializzazione degli attributi della personalità, ove - come si è visto⁶⁹ - con un'unica manifestazione di volontà il titolare del diritto conclude il contratto e attribuisce alla controparte la possibilità di disporre economicamente dell'attributo della personalità⁷⁰. In altre parole, si potrebbe astrattamente avere un contratto

di effetti (...) lo stesso va singolarmente prestato in riferimento a ciascuno di essi, di modo che, con totale trasparenza, risulti palese che proprio ciascuno di tali effetti egli ha voluto».

⁶⁷ Cfr. I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contratto e impresa*, 2021, p. 602 ss., spec. p. 611, ove l'Autrice esclude l'ammissibilità di quello che definisce un consenso "polifunzionale" in quanto proprio alla luce dell'art. 7, par. 2, GDPR, «rischia di risultare insufficiente e di non soddisfare i requisiti richiesti dal regolamento europeo. In linea pratica, occorrerà un consenso "separato" all'interno del regolamento contrattuale, con cui autorizzare specificamente il trattamento delle informazioni personali».

⁶⁸ Cfr. I. A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 67 ss., spec. p. 87.

⁶⁹ Cfr. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 1, p. 77 ss.

⁷⁰ Cfr. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., p. 212 ove si legge che «attraverso l'autonomia contrattuale non possono essere quindi definiti i trattamenti possibili dei dati personali se la base giuridica del trattamento è il consenso. Sotto tale profilo si coglie un elemento di differenza fra la disciplina dei dati personali e quella che parte della dottrina ha ricostruito con riguardo ai tradizionali diritti della personalità, (...), in quanto

valido, ma un trattamento illecito, e ciò, ad esempio, ogni qual volta la volontà di concludere il contratto non fosse viziata, né affetta da altre patologie ai sensi del Codice civile, ma il consenso al trattamento fosse privo dei requisiti prescritti dal GDPR⁷¹.

La diversità dei presupposti di validità dei due consensi, nonché degli effetti sulla liceità del trattamento, vale quindi a distinguerli e a tenerli separati nella ricostruzione del fenomeno di c.d. “scambio di dati personali”⁷².

Tutte le considerazioni sopra esposte dimostrano come il Legislatore europeo abbia concepito il consenso al trattamento come qualcosa di ontologicamente distinto dal consenso c.d. “contrattuale”, caratterizzato da presupposti e conseguenze completamente diversi⁷³.

Alle medesime conclusioni, di autonomia del consenso contrattuale rispetto al consenso al trattamento, si può giungere anche valorizzando un approccio maggiormente attento al dato socioeconomico, sulla base della considerazione, già accennata⁷⁴, per cui, nelle fattispecie di scambio di dati personali, il consenso al trattamento dei dati personali svolge il ruolo - economico-sociale - di “corrispettivo” rispetto alla prestazione del servizio digitale, il che impone di analizzarlo separatamente dal “consenso contrattuale” dal quale è appunto distinto. In altre parole, se il consenso al trattamento dei dati costituisce il corrispettivo dell’operazione economica realizzata, esso non può contestualmente coincidere con la manifestazione di volontà (il c.d. “consenso contrattuale”) atta a concludere quella stessa pattuizione che prevede il consenso al trattamento come suo oggetto. Il consenso contrattuale, quindi, ha ad oggetto il consenso al trattamento e ne è di conseguenza ontologicamente

la facoltà di trattare i dati non è nei casi oggetto di indagine l’effetto di un contratto».

⁷¹ Su questa specifica ipotesi si tornerà *infra* (cfr. Cap. II, sez. II, par. 5, p. 148 ss.).

⁷² In questo senso, si veda, ad esempio, I. A. CAGGIANO, *op. ult., cit.*, p. 85 ss.

⁷³ Conferma l’impostazione teorica del Legislatore europeo l’EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (il COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, c.d. “CEPD” o, nella versione inglese, “EDPB”), il quale, nelle sue *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, dell’8 ottobre 2019 (disponibili online all’indirizzo https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-2019-processing-personal-data-under-article-61b_en), al par. 2 afferma che «a seconda delle circostanze, gli interessati possono erroneamente avere l’impressione di esprimere un consenso in linea con l’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), firmando un contratto o accettando condizioni di servizio. Al tempo stesso, un titolare del trattamento potrebbe erroneamente presumere che la firma di un contratto corrisponda a una manifestazione di consenso ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera a). Si tratta di concetti assolutamente diversi. È importante distinguere tra l’accettazione di condizioni di servizio ai fini della conclusione di un contratto e la prestazione di un consenso ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), dato che tali concetti hanno requisiti e conseguenze giuridiche diversi».

⁷⁴ Cfr. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 3, p. 91 ss.

distinto.

In definitiva, si può concludere rilevando la necessità - perlomeno fintanto che la normativa e l'approccio del Legislatore europeo rimarranno invariati⁷⁵ - di tenere distinto il consenso al trattamento dei dati personali dal consenso contrattuale. Come espressione di autodeterminazione libera, il primo dovrà essere assoggettato a requisiti molto più rigorosi di quelli che caratterizzano il secondo, e in generale a regole e principi che non sono quelli propri della materia contrattuale, bensì quelli - di derivazione comunitaria - finalizzati alla tutela della persona in un'ottica essenzialmente individuale. Il dato socioeconomico, poi, conferma questa impostazione, dimostrando quotidianamente l'autonomia concettuale dei due consensi.

Alla luce delle conclusioni sopra raggiunte, il compito del giurista che voglia analizzare il fenomeno della commercializzazione dei dati personali, non può che essere quello di analizzare le interferenze tra il consenso al trattamento e il consenso contrattuale, il ruolo del primo in relazione al contratto di fornitura del servizio, ove il consenso al trattamento finisce per rappresentare il corrispettivo del servizio ricevuto, dando così vita al fenomeno del c.d. "scambio di dati personali"⁷⁶.

4. La libertà del consenso al trattamento dei dati personali. Critica alla teoria del consenso come controprestazione obbligatoria.

Una volta ammessa l'autonomia concettuale dei due consensi, si deve riconoscere come il fenomeno della commercializzazione dei dati personali implichi necessariamente una combinazione dei due atti di assenso, in quanto il fenomeno circolatorio finisce per comporsi di due momenti: un primo momento in cui «il consenso si pone come condizione di accesso nella sfera di intimità personale» e un secondo momento in cui «il consenso rappresenta la

⁷⁵ Per un approccio *de jure condendo* si rinvia al Cap. III, p. 157 ss.

⁷⁶ Alla luce delle considerazioni sopra esposte è ora possibile comprendere più chiaramente quanto si accennava in precedenza (Cfr. *supra* Cap. I, sez. I, par. 4, nota 107, p. 38), ovvero il fatto che, quando si parla di "scambio di dati personali", ciò che più propriamente viene scambiato non sono tanto i dati personali, quanto piuttosto il consenso al loro trattamento, il quale diviene così oggetto di scambio, come una sorta di "controprestazione": Cfr. C. LANGHANKE - M. SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, in *Journal of european consumer and market law*, 6/2015, p. 218 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 69 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., *passim*.

fonte della regola che conforma la fattispecie circolatoria, determinandone i circuiti»⁷⁷.

Dogmaticamente, la fattispecie si presta a diverse ipotesi ricostruttive⁷⁸ a seconda del modo in cui le due forme di consenso interagiscono tra loro.

Ebbene, una possibile ricostruzione è quella che valorizza il ruolo che, da un punto di vista empirico e socioeconomico, svolge il consenso al trattamento nell'ambito delle fattispecie di c.d. "scambio di dati". Si è, infatti, detto in precedenza⁷⁹ che in queste fattispecie, più che i dati personali, ciò che diviene oggetto di scambio è più propriamente il consenso al loro trattamento, che finisce per rappresentare - da un punto di vista socioeconomico - il corrispettivo del servizio/prodotto ricevuto⁸⁰. Infatti, ciò che interessa al creditore non è tanto ottenere dei singoli dati, conoscerli, senza poterne fare alcunché (posto che ogni attività su di essi si qualificherebbe come trattamento), quanto piuttosto ottenere la possibilità di trattarli nelle forme più varie e dunque ottenere il consenso al loro trattamento⁸¹. La nozione di corrispettivo, peraltro, soprattutto in quanto legata ad una specifica azione dell'interessato (la manifestazione del consenso al trattamento), evoca per ovvie ragioni alla mente dell'interprete l'idea di una controprestazione e, di conseguenza, di un rapporto obbligatorio⁸². Vi è dunque chi ha proposto di ricostruire la fattispecie di scambio di dati

⁷⁷ Così D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 351 ss., ma vedasi anche p. 365, ove l'Autore spiega come la combinazione tra i due consensi rappresenti il presupposto «di una circolazione giuridica che il consenso autorizzativo in sé non è idoneo ad istituire». Nello stesso senso si veda anche F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali"*, cit., p. 45, ove l'Autore definisce il consenso al trattamento come un'autorizzazione integrativa del consenso contrattuale: «all'atto autorizzatorio si verrebbe cioè ad aggiungere un accordo di natura contrattuale (...) avente ad oggetto atti di esercizio dei diritti sui dati personali dell'interessato, senza che il secondo si sostituisca al primo: i due consensi resi dall'interessato, di natura diversa, convivono ed interagiscono, essendo tra loro funzionalmente collegati». Nello stesso senso si esprime anche G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 145.

⁷⁸ Lo riconosce G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 148 ss., il quale evita di optare per l'una o l'altra delle ricostruzioni proposte, concentrandosi nell'elaborare una disciplina della fattispecie - a prescindere dalla sua qualificazione - esclusivamente sulla base delle norme imperative di provenienza europea, e, tra tutte, quelle sulla libertà di revoca del consenso: «quale che sia la ricostruzione che si predilige, un punto deve essere, infatti, tenuto fermo, e cioè che la caducazione del vincolo contrattuale non può determinare conseguenze pregiudizievoli in capo al revocante». Ma si veda anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 149 ss., il quale ripercorre le ipotesi ricostruttive maggiormente adottate nell'ambito della dottrina italiana e tedesca.

⁷⁹ Cfr. *supra*, Cap. I, sez. I, par. 4, nota 103, p. 40, ma anche Cap. II, sez. I, par. 3, nota 76, p. 98.

⁸⁰ Così, su tutti, C. LANGHANKE - M. SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, cit., p. 218 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 69 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 46 ss., p. 117 ss.

⁸¹ Cfr. C. LANGHANKE - M. SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, cit., p. 220: «*supplying personal data is not sufficient*».

⁸² Il concetto di prestazione, nel nostro ordinamento, è infatti strettamente legato a quello di obbligazione,

personali come un'ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive, ove il consenso al trattamento dei dati personali rappresenti la controprestazione obbligatoria del servizio, l'oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto⁸³.

Senonché, da più parti si è evidenziato come «la “prestazione” gravante sull'utente si palesa essere un'attività ontologicamente inidonea a costituire oggetto di un vincolo obbligatorio»⁸⁴.

E infatti almeno due sono gli elementi che ostacolano questa ricostruzione: la revocabilità *ad nutum* del consenso e, soprattutto, il requisito di libertà dello stesso.

La revocabilità senza limiti, infatti, priva di efficacia davvero vincolante un'eventuale obbligazione che avesse ad oggetto la manifestazione del consenso, in quanto l'interessato, una volta prestato il consenso al trattamento, potrebbe immediatamente tornare sui suoi passi e revocarlo. Nessun inadempimento potrebbe configurarsi a carico dell'interessato che - ad esempio - si rifiutasse di apprestare tutte le soluzioni tecnologiche necessarie acciocché il creditore possa concretamente accedere ai suoi dati personali, configurando tutt'al più tale atteggiamento un'ipotesi di revoca implicita del consenso al trattamento. In altri termini, pur potendo astrattamente configurarsi un'obbligazione, la possibilità per il debitore di liberarsene *ad nutum* compromette fortemente la stessa utilità di ricorrere alla categoria dell'obbligazione⁸⁵.

Ancor più dirimente nell'escludere la configurabilità di un'obbligazione nei termini anzidetti è certamente il requisito della libertà del consenso, posto dall'art. 4, par. 1, n. 11, GDPR come condizione di validità dello stesso⁸⁶. Ai sensi dell'articolo citato, infatti, il consenso al trattamento sarà valido solo ove si presenti come una «manifestazione di volontà libera»,

laddove la prima rappresenta l'oggetto della seconda.

⁸³ Tale tesi è stata avanzata per lo più nell'ambito della dottrina tedesca, ove però il concetto di “prestazione” è ben differente da quello adottato dal Codice civile italiano, ricomprendendo, ad esempio, anche la mera tolleranza, e non richiedendo il carattere patrimoniale della prestazione. In area tedesca, la migliore ricostruzione della fattispecie in esame quale controprestazione obbligatoria è certamente quella di C. LANGHANKE - M. SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, cit., *passim*. Per la dottrina italiana, invece, si veda A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 86 ss.

⁸⁴ Così, C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 103.

⁸⁵ Così G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 152; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 179.

⁸⁶ Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 145: «non sarebbe giuridicamente configurabile un contratto che produca l'obbligo per l'interessato di prestare il consenso al trattamento dei dati personali. Un siffatto consenso, reso in esecuzione di uno specifico obbligo di fonte contrattuale, sarebbe infatti ontologicamente incompatibile con il prototipo normativo del “consenso libero”; il contratto, per suo conto, rischierebbe di risultare viziato per conflitto con norme imperative, le quali prescrivono appunto l'incoercibilità del consenso al trattamento».

oltre che specifica, informata e inequivocabile. È perciò evidente che, a seconda di come venga interpretato - in maniera più o meno debole - il requisito di libertà, si potrà ritenere che il consenso possa o non possa essere dedotto come prestazione oggetto di un'obbligazione contrattuale.

Al riguardo, come si è visto⁸⁷, la qualificazione del consenso al trattamento quale esercizio del diritto all'autodeterminazione informativa, impone necessariamente di ritenere che il consenso al trattamento debba potersi manifestare al riparo da qualsiasi condizionamento o pressione, anche minime, che possano influenzarlo, a pena di violare il diritto fondamentale all'autodeterminazione. La stessa idea dell'autodeterminazione, infatti, implica l'assenza di qualsiasi condizionamento esterno e una completa autoreferenzialità della manifestazione di assenso⁸⁸. Conformemente a tale concezione, il requisito di "libertà" è stato interpretato in modo estremamente stringente, per garantire che il consenso sia effettivamente «pieno e in nessun modo coartato», quello che la già citata giurisprudenza di legittimità ha definito un «consenso rafforzato»⁸⁹. In particolare, la Corte di Cassazione ha rilevato che il consenso al trattamento dev'essere considerato come invalido (in quanto non libero), proprio alla luce dei valori che esso è volto a tutelare, ogni qual volta non corrisponda ad una «reale determinazione volitiva del soggetto», in quanto, ad esempio, influenzato da elementi minori come «possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie» che pure non renderebbero invalido un consenso contrattuale⁹⁰. Una simile concezione del consenso e della sua libertà impone di escludere che il consenso al trattamento dei dati personali possa configurare una controprestazione obbligatoria nell'ambito della fattispecie in esame, in quanto ciò sarebbe incompatibile con il carattere "libero" che deve rivestire il consenso. Quel che manca, cioè, per qualificare il rapporto in termini strettamente obbligatori è la bilateralità del vincolo giuridico, non essendo e non potendo mai essere la prestazione gravante sul consumatore - il rilascio del consenso al trattamento - oggetto di una obbligazione giuridicamente coercibile⁹¹.

Con il che, nelle prossime pagine si proporranno ipotesi ricostruttive differenti, che

⁸⁷ Cfr. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 3, p. 91 ss.

⁸⁸ Cfr. R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 97.

⁸⁹ Così, Cass. civ. n. 17278/2018.

⁹⁰ Cfr. Cass. civ. n. 17278/2018: «il consenso in discorso, alla luce del dato normativo, è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato».

⁹¹ Così C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 103.

prescindano dalla bilateralità del vincolo obbligatorio.

5. (Segue) *La teoria del collegamento negoziale. Rilievi critici.*

Per superare l'*empasse* generato dal requisito di libertà del consenso, una parte della dottrina ha suggerito di ricercare le funzioni di onerosità e di corrispettività, tipiche del fenomeno di “scambio di dati personali”, al di fuori dell’ambito dei rapporti obbligatori, e segnatamente nell’ambito di meccanismi caratterizzati più che dalla vincolatività delle prestazioni, dalla interdipendenza, non tanto di sacrifici giuridici, quanto piuttosto di vantaggi economici⁹².

In particolare, parte della dottrina ha suggerito di individuare, nel rapporto di interdipendenza che si viene a creare tra i due atti di assenso, che pure rimangono autonomi, e nella reciprocità dei vantaggi che essi realizzano, un esempio tipico di collegamento negoziale⁹³. Si tratterebbe, cioè, di «un’operazione economica complessa, *alias* composita, in cui al contratto di fornitura *si collega funzionalmente* il consenso al trattamento dei dati personali»⁹⁴. Da un lato vi sarebbe il consenso al trattamento, che verrebbe così a qualificarsi

⁹² Cfr., in questo senso, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 156 ss., ove si legge che «le nozioni di onerosità e corrispettività (...) possono estendere l’area dell’interdipendenza di sacrifici giuridici e vantaggi economici anche al di là del recinto propriamente obbligatorio» e che «non vi è per forza l’esigenza di inquadrare il vantaggio dell’operatore economico all’interno del contratto con cui egli si obbliga a fornire il bene o il servizio».

⁹³ Sull’elaborazione del collegamento negoziale come figura generale del diritto la letteratura è vastissima. Sia consentito qui rinviare, *ex multis*, a R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1996, p. 119 ss.; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 48 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 279 ss.; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell’ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, *passim*.

⁹⁴ Così G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 157. Propende per la tesi del collegamento negoziale anche A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 308 ss. Nello stesso senso, anche se in termini leggermente differenti, si esprime F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali”*, cit., p. 45, il quale attribuisce al consenso al trattamento una funzione “integrativa” del consenso contrattuale al quale sarebbe funzionalmente collegato: «all’atto autorizzatorio si verrebbe cioè ad aggiungere un accordo di natura contrattuale, a titolo oneroso o gratuito, avente ad oggetto atti di esercizio dei diritti sui dati personali dell’interessato, senza che il secondo si sostituisca al primo: i due consensi resi dall’interessato, di natura diversa, convivono ed interagiscono, essendo tra loro funzionalmente collegati». Peraltro, vi è da dire che l’Autore, se pure asserisce che i due atti siano “funzionalmente collegati”, comunque non sembra riferirsi in senso tecnico al collegamento negoziale quale istituto di diritto generale, attribuendo piuttosto al consenso al trattamento una funzione integrativa del consenso negoziale, alla stregua di un presupposto di efficacia del contratto. Nello stesso senso, di un consenso come «elemento legittimante» il trattamento, che si collocherebbe «a monte» del contratto, si esprime G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 145: «prima viene

necessariamente come atto negoziale unilaterale, e dall'altro il contratto di fornitura. Tali negozi, poi, pur tra loro autonomi e indipendenti, verrebbero posti in essere nel comune intento delle parti di realizzare il fenomeno di c.d. "scambio di dati personali", che costituirebbe la causa concreta della complessa operazione economica realizzata.

Peraltro, una delle elaborazioni più avanzate della teoria del collegamento negoziale applicato allo scambio di dati personali⁹⁵, compiuta avendo a mente le novità introdotte dalla Direttiva (UE) 2019/770, valorizzando il tenore letterale dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, della Direttiva, e le modifiche operate rispetto alla proposta originaria⁹⁶, giunge a sostenere che «le due forniture da parte dei due contraenti [la fornitura del servizio digitale da parte del professionista e la "fornitura dei dati" da parte del consumatore, n.d.a.] non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come "caso", per l'appunto, in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico, e in corrispondenza la fornitura di dati personali da parte del consumatore»⁹⁷. In particolare, questa dottrina, pur con un velo di critica nei confronti della tecnica normativa adottata, sostiene che le modifiche alla proposta di Direttiva, imposte dal Garante, non sarebbero prive di significato⁹⁸. Secondo questa ricostruzione, il senso delle

il consenso che "abilita" la negoziazione bilaterale, conformando modalità e limiti del trattamento; poi viene il contratto, che regola gli aspetti essenzialmente patrimoniali e definisce il programma obbligatorio del rapporto». L'Autore, peraltro, pur non prendendo posizione sulla migliore ricostruzione da attribuire al collegamento esistente tra i due atti di assenso, non cita, tra le varie ipotesi possibili, il collegamento negoziale, ipotizzando piuttosto che possa trattarsi di «un contratto risolutivamente condizionato alla persistenza del consenso al trattamento dei dati (...); un contratto soggetto al rimedio risolutorio *ex art.* 1467 c.c. (...) per il venir meno della presupposizione cui le parti avevano subordinato l'adesione all'intesa negoziale; un recesso unilaterale dal contratto di durata» (p. 148).

⁹⁵ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, p. 499 ss.

⁹⁶ Si ricorderà, infatti, come la proposta originaria configurasse la fattispecie di "scambio di dati" come un vero e proprio contratto a prestazioni corrispettive, ove i dati personali venivano qualificati come «controprestazione non pecuniaria» del servizio ricevuto e come il Garante europeo ne abbia imposto la modifica eliminando ogni riferimento al concetto di controprestazione: cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, disponibile online all'indirizzo https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf.

⁹⁷ C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 505.

⁹⁸ Con ciò ponendosi invece in parziale contrasto con chi ritiene che «sarebbe ingenuo ritenere che il *lifting* testuale così realizzato abbia trasformato la sostanza del modello regolatorio iscritto nella direttiva 2019/770 (UE)» (G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 132).

modifiche starebbe non già nel negare - ipocritamente - la commerciabilità dei dati, quanto piuttosto nell'evitare che la cessione dei dati possa venire concepita come «formalmente e sinallagmaticamente collegata - quale giustificazione causale dello schema negoziale - alla prestazione dei servizi digitali all'interno di un unico procedimento contrattuale»⁹⁹. Il rischio di una simile concezione, infatti, sarebbe quello di «annacquare se non disperdere» la duplicità di piani e di procedure che invece deve sovrintendere l'intera operazione negoziale: da un lato il «procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto», dall'altro «il procedimento concernente la raccolta del consenso informato»¹⁰⁰. Ciascuna di queste procedure, così come ciascuno dei consensi prestati, sarebbe soggetta a regole sue proprie, ad una doppia tutela, in un caso quella contrattuale sancita dal Codice civile, nell'altro quella sancita dal GDPR. In altri termini, in linea con le indicazioni del Garante europeo per la protezione dei dati¹⁰¹, la predetta ricostruzione nega l'elemento della sinallagmaticità e dello scambio tra servizio e dati personali, prediligendo uno schema «composto da due momenti negoziali diversi e distinti, seppur collegati nel contesto di un'operazione economica unitaria»¹⁰², in modo tale da evitare che i due momenti negoziali si confondano al punto da rendere difficoltosa l'applicazione, a ciascuno, delle tutele loro proprie.

Il pregio della ricostruzione lo si rinviene principalmente dal punto di vista della disciplina applicabile. Come si vedrà¹⁰³, infatti, tra i principali problemi di disciplina vi sono quelli relativi agli effetti di un'eventuale revoca del consenso o di un consenso al trattamento prestato in assenza dei requisiti imposti dalla normativa regolamentare. Tali problemi vengono, più o meno semplicemente, risolti attraverso il principio del c.d. “*simul stabunt simul cadunt*”¹⁰⁴. Sinteticamente, il principio implicherebbe che, venuto meno uno dei due negozi collegati, verrebbe meno anche l'altro. Così, la revoca del consenso o la sua invalidità, facendo venire meno gli effetti del consenso al trattamento e dunque rendendolo “inefficace”,

⁹⁹ C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 511.

¹⁰⁰ C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 510.

¹⁰¹ Secondo il Garante europeo per la protezione dei dati il termine “dati come controprestazione” dovrebbe essere evitato (così in EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content* disponibile online all'indirizzo https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf).

¹⁰² C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 510.

¹⁰³ Cfr. *infra*, Cap. II, sez. II, par. 4, p. 141 ss. e par. 5, p. 148 ss.

¹⁰⁴ Sul principio citato si veda, in generale, V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 369 ss.

determinerebbero - più o meno automaticamente - anche la caducazione degli effetti del contratto di fornitura¹⁰⁵.

Vi è però chi ha problematizzato la questione, volendo evitare qualsiasi “automatismo dogmatico” e giungendo così a declinare diversamente il fenomeno a seconda dei casi concreti. In particolare, per il caso di revoca del consenso al trattamento, si è rilevato come essa abbia solo l’effetto immediato di impedire un ulteriore trattamento, ma che ciò non debba significare una caducazione automatica anche del contratto di fornitura, ben potendo il consumatore essere comunque interessato alla prosecuzione del rapporto contrattuale. Piuttosto, si rileva, è il professionista che può perdere interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale. In tali casi, dunque, sarebbe preferibile attribuire al professionista il diritto di decidere se mantenere in piedi il vincolo contrattuale oppure recedere da esso¹⁰⁶, pur attribuendo al consumatore la possibilità di «mantenere in vita l’operazione negoziale offrendo una “riduzione ad equità”, ossia reintegrando il valore deducibile dallo sfruttamento dei dati»¹⁰⁷. Per il caso di consenso invalido, invece, la regola della caducazione automatica del contratto di fornitura potrebbe giocare a sfavore degli interessi del consumatore, a cui non sia imputabile la causa di invalidità del consenso. Per soddisfare dunque esigenze di tutela della parte debole del rapporto, e nel rispetto del principio di “effettività”¹⁰⁸, questa dottrina suggerisce di distinguere a seconda che l’invalidità del consenso sia stata, in un certo qual modo, “provocata” dall’operatore economico, ovvero sia riconducibile esclusivamente alla sfera volitiva dell’interessato. Nel primo caso, in particolare, si propone di impedire all’operatore economico di avvalersi del principio *simul stabunt simul cadent* e di obbligarlo

¹⁰⁵ Così F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali”*, cit., p. 46 ss., ove si legge che «ove venisse meno il consenso al trattamento dei dati personali, di natura autorizzatoria, si avrebbe anche la caducazione (degli effetti) dell’accordo sull’utilizzo, a titolo oneroso o gratuito, dei dati personali dell’interessato [...] similmente a quanto avviene, *mutatis mutandis*, con la revoca del consenso all’utilizzo della propria immagine ove siano stati contrattualizzati gli atti di esercizio del diritto all’immagine medesima».

¹⁰⁶ Così G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 182 ss., ove l’Autore problematizza la fattispecie non ritenendo che il meccanismo operi in maniera automatica e rilevando piuttosto come «risulti opportuno rimettere la scelta di sciogliere gli effetti del contratto all’operatore economico», il quale «acquista un interesse meritevole a sciogliersi dalla relazione contrattuale. La *ratio* di tale scioglimento può richiamare alla mente il recesso di cui all’art. 1464 c.c.».

¹⁰⁷ G. VERSACI, *op. ult. cit.*, p. 184 ss., ove peraltro l’Autore riconosce che si tratta di una proposta *de iure condendo* piuttosto che una ricostruzione *de iure condito*.

¹⁰⁸ Ci si riferisce al principio elaborato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla base degli artt. 8, 38 e 47 della Carta di Nizza: cfr. M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa e diritto privato*, 2018, p. 1071 ss.

a fornire comunque la prestazione dovuta, anche senza la possibilità di sfruttare i dati personali del consumatore¹⁰⁹. Il principio rimarrebbe invece pienamente operante nel secondo caso, ove non vengono in rilievo particolari ragioni di tutela dell'interessato-consumatore.

Ebbene, nonostante l'oggettiva utilità della ricostruzione appena accennata, non si può fare a meno di rilevare come vi siano alcune criticità che impediscono di accogliere senza riserve tale ricostruzione.

Come detto in apertura del presente paragrafo, infatti, la tesi del collegamento negoziale è stata ricercata proprio per soddisfare l'esigenza di rinvenire un senso di corrispettività anche al di fuori dell'ambito dei rapporti obbligatori. Sennonché, a parte voci isolate¹¹⁰ la teoria del collegamento negoziale, applicata ai fenomeni di c.d. "scambio" di dati personali, è - come si è visto - improntata a negare tale corrispettività, o sinallagmaticità, a favore di un meccanismo che non richiama l'idea di uno scambio, di prestazioni reciprocamente prestate, l'una subordinatamente all'altra, quanto piuttosto quella di atti o negozi pur sempre dotati di una loro autonomia e di una loro causa propria ma che vengono realizzati nell'intento, condiviso, del raggiungimento di uno scopo comune e ulteriore rispetto a quello dei singoli negozi. In altri termini, manca nell'ambito del collegamento negoziale, per lo meno per come è stato elaborato in riferimento allo scambio di dati personali, l'idea della corrispettività che invece è pur sempre presente nel, e caratterizza il, fenomeno oggetto di studio¹¹¹. Come è stato giustamente osservato, il collegamento negoziale non riflette adeguatamente la realtà economico-giuridica oggetto di indagine¹¹², nella quale infatti i due atti di consenso non si limitano, semplicemente, a coesistere, o a convergere verso un obiettivo comune. Al contrario, le due prestazioni sono effettivamente condizionate l'una all'altra. Senza la

¹⁰⁹ G. VERSACI, *op. ult. cit.*, p. 178 ss., ove l'Autore propone una «trasformazione del contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali da *indirettamente* oneroso a *puramente gratuito*. Si tratterebbe, in altri termini, di un'invalidità (del consenso al trattamento dei dati personali) che non dà luogo ad un effetto ablativo del contratto, bensì ad un effetto conformativo-satisfattivo per la parte debole».

¹¹⁰ G. VERSACI, *op. ult. cit.*, p. 156 ss.

¹¹¹ Cfr. R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 762 ss., ove l'Autore riconosce che la fattispecie oggetto di studio è caratterizzata dalla «struttura sinallagmatica del rapporto contrattuale» e che il consumatore fornisce i propri dati personali «all'unico scopo di ottenere in cambio un contenuto digitale o un servizio digitale». Si veda altresì I. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 607, ove l'Autrice evidenzia che il modello di *business* in esame «si caratterizza proprio per l'effettiva corrispettività tra le forniture che realizza la causa in concreto del contratto».

¹¹² Così C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 104

garanzia di poter trattare i dati personali del consumatore, il professionista non fornirebbe il servizio, e ciò perché l'imprenditore non ha alcun interesse ad eseguire una prestazione senza che l'altra parte si sia parimenti impegnata a prestare, o abbia già prestato, la propria. Detto in altri termini, e senza voler anticipare argomenti che verranno approfonditi in prosieguo¹¹³, la fornitura del servizio digitale trova la sua causa direttamente nella controprestazione, costituita dal consenso al trattamento dei dati personali, e non già in una finalità ulteriore che si dovrebbe realizzare attraverso il collegamento dei due negozi¹¹⁴.

Alla luce delle riflessioni sopra esposte, pur riconoscendo l'utilità della ricostruzione in termini di disciplina applicabile, è preferibile cercare altrove la soluzione al problema della ricostruzione dogmatica dell'operazione economica oggetto di indagine. A tal fine, può essere utile ripartire proprio dalla considerazione che, nella pratica, la fornitura viene - di fatto - subordinata alla manifestazione del consenso al trattamento, e dunque dall'idea della condizionalità.

6. La teoria del c.d. «collegamento condizionale»: verso una qualificazione dell'operazione negoziale.

Come si è visto in precedenza, la difficoltà di ricondurre la fattispecie oggetto di studio nell'alveo dei rapporti di scambio deriva dall'assenza di reciprocità degli obblighi, in quanto solamente il fornitore del servizio può essere obbligato a prestarlo, mentre il consumatore-interessato non può obbligarsi a prestare il consenso al trattamento, a pena di un consenso invalido in quanto non libero. Ciò che si può inferire da queste conclusioni è che ciò che sembra essere vietato dalla libertà del consenso sia non già lo scambio tra il consenso e il servizio, quanto piuttosto il carattere obbligatorio della condotta gravante sull'interessato-

¹¹³ Cfr. Cap. II, sez. II, par. 3, p. 133 ss.

¹¹⁴ Fa parte degli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità il fatto che, ai fini dell'esistenza di un collegamento negoziale, deve ricorrere un requisito oggettivo costituito dal «nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario», e un requisito soggettivo, costituito dal «comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale»: così Cass. civ., 17 dicembre 2004, n. 23470, in www.pa.leggiditalia.it; Cass. civ., 16 marzo 2006, n. 5851, in *Contratti*, 2006, p. 1099; Cass. civ., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Notariato*, 2008, p. 284 ss.

consumatore. Se ne deve dunque trarre, come ulteriore conseguenza, che sarebbe invece astrattamente legittimo uno scambio ove la prestazione dell'interessato non fosse obbligatoria. Uno scambio, cioè, realizzato nella libertà, per l'interessato, di decidere se prestare o meno il consenso al trattamento.

Ebbene, abbandonata la strada del collegamento negoziale, che come si è visto non restituisce con efficacia l'immagine di uno scambio tra prestazioni, una situazione simile a quella ipotizzata la si può rinvenire allorché la prestazione del servizio venga subordinata alla manifestazione del consenso al trattamento, ovverosia quando il consumatore non è obbligato a prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali, ma - qualora lo presti - acquisti il diritto di ottenere in cambio uno specifico servizio. Il fenomeno è quello che, in termini generici, può prendere il nome di "collegamento condizionale"¹¹⁵. In queste ipotesi, infatti, l'interessato rimarrebbe libero di scegliere se prestare o meno il consenso al trattamento dei propri dati personali, senza esservi quindi obbligato da un vincolo contrattuale al quale si fosse precedentemente impegnato, ma qualora decidesse - in piena libertà - di prestare il consenso, ecco allora che il fornitore sarebbe obbligato a prestare il servizio promesso subordinatamente alla manifestazione del consenso al trattamento. Così, il collegamento condizionale permetterebbe di mantenere intatto il meccanismo di scambio tipico di queste fattispecie senza però pregiudicare la libertà dell'interessato, il quale rimarrebbe pur sempre libero di decidere se prestare il consenso o meno¹¹⁶. Il fornitore, viceversa, una volta

¹¹⁵ Parla di "collegamento condizionale", per riferirsi a tutte le ipotesi ove la prestazione del servizio viene subordinata alla manifestazione del consenso al trattamento: C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 104.

¹¹⁶ Suggestiscono il collegamento condizionale come modello formale di riferimento del fenomeno di scambio di dati personali C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 102 ss., spec. p. 104, ove si legge che «sul piano della funzione non c'è dubbio che la prestazione condizionale operi come fattore di incentivazione del comportamento, ma in termini di struttura precettiva a essa non si accompagna alcuna forma di coercibilità: il rilascio del consenso resta nella libera determinazione del soggetto, pur fungendo da presupposto necessario per ottenere l'incremento patrimoniale (il servizio o il contenuto digitale). Tale struttura può avere rilevanza autonoma o essere parte di una più ampia convenzione, ma in entrambi i casi la promessa premiale costituisce isolata iniziativa del promittente senza vincolare il promissario». Nello stesso senso si veda C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., p. 217 ss.: «in alcune ipotesi lo schema utilizzato per connettere consenso e contratto è quello secondo cui una parte afferma che fornirà una prestazione se l'altra parte presterà il consenso al trattamento. In quest'ipotesi non si ha una obbligazione dell'interessato a prestare il consenso al trattamento, ma se questi lo presterà, godrà di un vantaggio. L'assetto descritto richiama quello della c.d. promessa condizionata che, pur non obbligando chi compirà un dato comportamento, ha una funzione incentivante, da alcuni qualificata come di scambio». In senso leggermente difforme si veda E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 106 ss., spec., p. 114, nota 18: «la prestazione del consenso da parte dell'utente si atteggia,

legittimato - per effetto del consenso - a trattare i dati personali del consumatore, sarebbe contrattualmente obbligato a fornire il servizio promesso.

L'ipotesi del collegamento condizionale, peraltro, ha trovato - storicamente - forte opposizione da parte del Garante italiano per la protezione dei dati e di quanti, sposandone l'impostazione, adottavano un'interpretazione così rigida del requisito di libertà del consenso da trarne l'impossibilità di ogni forma di condizionamento.

In particolare, secondo alcuni Autori, che si sono pronunciati sul punto all'indomani dell'entrata in vigore della c.d. "Direttiva madre", sarebbe stato legittimo condizionare una prestazione alla manifestazione del consenso al trattamento solo ove il trattamento dei dati avesse rappresentato una prestazione accessoria, «connessa e funzionale all'attività di chi richiede il consenso. Soltanto in tali ipotesi potrebbe considerarsi legittimo il rifiuto di concludere il contratto in caso di mancata prestazione del consenso»¹¹⁷. Sennonché, leggendo le riflessioni di questi Autori, si comprende bene come, in verità, nelle ipotesi da loro descritte il trattamento risulta essere necessario all'esecuzione del contratto concluso e il consenso non svolge la funzione di corrispettivo. In altri termini, in tali ipotesi, oggi - vigente il GDPR - la base giuridica legittimante il trattamento sarebbe non già il consenso, *ex art. 6, lett. a)*, GDPR, ma la *lett. b)* del medesimo articolo, ai sensi del quale il trattamento dei dati è legittimo ogni qual volta «è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è

in questi casi, come una sorta di "prezzo da pagare" per l'accesso al servizio, una condotta sostanzialmente libera, ma necessitata in vista della realizzazione di un interesse dell'agente: secondo la tassonomia delle situazioni soggettive, potrebbe parlarsi di onere in senso tecnico». Sul tema della condizionalità e, più precisamente, delle c.d. "promesse condizionate ad una prestazione" si tornerà più approfonditamente *infra* (cfr. Cap. II, sez. II, par. 2, p. 124 ss.).

¹¹⁷ Così S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, p. 455 ss., spec. p. 461: «il problema pratico più rilevante (...) riguarda le ipotesi in cui alla prestazione del consenso venga subordinata dalla controparte la conclusione del contratto o la prosecuzione del rapporto. (...) Non sembra ipotizzabile un obbligo a contrarre in capo a chi ritiene indispensabile per lo svolgimento della propria attività il trattamento dei dati dei *partner* contrattuali. Una soluzione equilibrata potrebbe consistere nel distinguere le ipotesi in cui il trattamento dei dati risulta strettamente connesso e funzionale all'attività svolta da chi richiede il consenso (ad es. i concessionari di una casa automobilistica che richiedono il consenso al trattamento dei dati degli acquirenti affinché la casa stessa possa eventualmente effettuare un "richiamo" degli autoveicoli). Soltanto in tali ipotesi potrebbe considerarsi legittimo il rifiuto di concludere il contratto in caso di mancata prestazione del consenso. Esse peraltro potrebbero farsi rientrare nella previsione dell'art. 12 b e quindi potrebbe prescindere dal consenso». Nello stesso senso si veda G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 285, secondo il quale il consenso non sarebbe libero ogni qual volta sia stato indotto da «circostanze (...) che lo piegano al raggiungimento di obiettivi che esulano dalla causa del negozio concluso»; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, p. 147 ss.

parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso». In tali ipotesi, però, non viene nemmeno in gioco il consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati, e dunque un fenomeno di scambio, in quanto il trattamento prescinde da esso. L'interpretazione adottata da questi Autori finisce così per tradursi in una totale negazione della "scambiabilità" del consenso al trattamento, e dunque della commerciabilità dei dati, i quali potrebbero essere trattati qualora ciò fosse necessario ad eseguire un contratto, ma non potrebbero costituire essi stessi oggetto di scambio.

L'impostazione citata può farsi risalire ad una delle prime pronunce del Garante italiano in materia di consenso al trattamento dei dati personali, allorquando venne formalizzata la concezione del consenso quale «manifestazione del diritto all'autodeterminazione» e, in quanto tale, libero solo ove prestato «al riparo da qualsiasi pressione»¹¹⁸. L'idea del consenso come esercizio di autodeterminazione, e dunque come «decisione libera e autoreferenziale»¹¹⁹ venne infatti portata alle estreme conseguenze, al punto da considerare come "non libera" non solo ogni manifestazione di volontà indotta da artifici, raggiri o pressioni, debolezza contrattuale o informativa, soggezione psicologica ecc., cioè ogni ipotesi in cui effettivamente l'interessato non intendeva prestare il proprio consenso, ma anche ogni ipotesi in cui la manifestazione del consenso fosse stata indotta da interessi economici dello stesso consumatore-interessato. L'esito fu l'elaborazione del principio, divenuto poi massima tralatizia, per cui «non può definirsi libero, e risulta indebitamente necessitato, il consenso a ulteriori trattamenti di dati personali che l'interessato debba prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta»¹²⁰. Adottando questa concezione,

¹¹⁸ Così Garante per la protezione dei dati personali, provv. 28 maggio 1997, in www.garanteprivacy.it. Vedasi anche il commento di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del garante*, in *Corriere Giuridico*, 1997, p. 915 ss. In quella pronuncia il Garante aveva altresì affermato che «non può definirsi "libero", ma necessitato, il consenso al trattamento dei dati personali che l'interessato "deve" prestare (aderendo a un testo predisposto unilateralmente dalla controparte contrattuale) quale condizione per il conseguimento della prestazione richiesta. In tal modo, infatti, i dati personali, lecitamente raccolti dal titolare (e conferiti dall'interessato) per il perseguimento di una determinata finalità (l'esecuzione del rapporto contrattuale), vengono di fatto piegati ad un utilizzo diverso dallo scopo originario che ne aveva giustificato la raccolta, in violazione del principio di finalità».

¹¹⁹ Cfr. R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 97

¹²⁰ Così, in particolare, Garante per la protezione dei dati personali, provv. n. 330 del 4 luglio 2013, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, disponibile online all'indirizzo www.garanteprivacy.it, ove si legge altresì che «il consenso del contraente per l'attività promozionale deve intendersi libero quando non è preimpostato e non risulta - anche solo implicitamente in via di fatto - obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento. Esemplificando, non è libero il consenso prestato quando la società condiziona la registrazione al suo sito web da parte degli utenti e,

il consenso non potrà mai considerarsi libero se alla sua prestazione era stata subordinata l'erogazione di un qualche bene o servizio. Così, dall'idea che il diritto all'autodeterminazione informativa dovesse essere esercitato al riparo da ogni pressione o condizionamento esterno, secondo gli insegnamenti di autorevole dottrina¹²¹, si è giunti ad affermare l'illiceità anche di quel consenso prestato in forma "interessata" dal consumatore, per ottenere un qualche vantaggio.

Nella stessa direzione inaugurata dal Garante italiano si muove poi anche il Gruppo di lavoro costituito ai sensi dell'art. 29 della dir. (CE) 1995/46, oggi sostituito dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati¹²² (c.d. "CEPD"), le cui linee guida in materia di consenso al trattamento, pur non essendo vincolanti, costituiscono un importante punto di riferimento per l'interpretazione delle norme, della Direttiva prima e del Regolamento ora, da parte delle Istituzioni¹²³. Tali linee guida, in particolare, fondano il divieto della c.d. «condizionalità», oltre che sulla natura del consenso quale esercizio di autodeterminazione, sul dato normativo, e segnatamente sull'art. 7, par. 4, GDPR, ai sensi del quale «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto». Tale disposizione, infatti, costituisce il principale appiglio normativo per sostenere il divieto di condizionare la prestazione di un servizio alla manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali, in quanto indurrebbe a considerare *quel* consenso come "non libero": «l'articolo 7, paragrafo 4, mira a garantire che la finalità del trattamento dei dati personali non sia mascherata né accorpata all'esecuzione di un contratto o alla

conseguentemente, anche la fruizione dei suoi servizi, al rilascio del consenso al trattamento per la finalità promozionale». Nello stesso senso si vedano molti altri provvedimenti del Garante, sia precedenti che successivi all'entrata in vigore del GDPR, tutti consultabili online all'indirizzo www.garanteprivacy.it. Per una loro disamina si rinvia soprattutto a S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 513 ss., spec. p. 517 ss.

¹²¹ Su tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, cit., p. 915 ss.

¹²² D'ora in avanti "CEPD". Trattasi di un organo indipendente in materia di protezione dei dati personali con funzioni consultive, interpretative e di indirizzo della Comunità.

¹²³ Cfr. GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, rese in data 28 novembre 2017, come modificate e riadottate dal GRUPPO DI LAVORO ART. 29 in data 10 aprile 2018 e infine fatte proprie dal CEPD con *Endorsement* n. 1/2018 del 25 maggio 2018.

prestazione di un servizio per il quale i dati personali non sono necessari. In tal modo, il regolamento assicura che il trattamento dei dati personali per cui viene richiesto il consenso non possa trasformarsi direttamente o indirettamente in una controprestazione contrattuale»¹²⁴. Secondo il Gruppo di lavoro art. 29, quindi, il consenso non dovrebbe mai trasformarsi in una controprestazione contrattuale.

A ben vedere, però, l'impostazione inaugurata dal Garante italiano e ribadita anche dal CEPD finisce per negare in radice l'idea di uno scambio tra dati personali e servizi, e dunque in generale la commerciabilità dei dati personali. Negare infatti che l'erogazione di un servizio possa venire subordinata alla manifestazione del consenso al trattamento, negare altresì la libertà di un consenso, per così dire, "interessato", prestato cioè con il fine di ottenere in cambio uno specifico servizio o bene, significa nient'altro che negare in radice la possibilità di scambiare il consenso al trattamento con una controprestazione, e dunque in generale ogni fenomeno c.d. di "scambio di dati personali". In altre parole, l'interpretazione adottata dal Garante finirebbe per porre nel nulla la Direttiva (UE) 2019/770, che invece ammette pacificamente il fenomeno di scambio dei dati personali¹²⁵. Allo stesso modo, essa non terrebbe conto dell'evoluzione sociale e normativa che ha caratterizzato l'Europa e l'Unione negli ultimi trent'anni, ove si è visto dare sempre più rilievo - normativo ed economico - ai dati personali quali attributi dotati di un rilevante valore di scambio.

Ed è proprio alla luce di questi mutamenti socioeconomici che dev'essere letto - diversamente da quanto ha fatto il Gruppo di lavoro art. 29 - il nuovo art. 7, par. 4, GDPR. La norma in questione, infatti, non esisteva sotto il vigore della precedente disciplina ed è l'effetto di una presa di coscienza, da parte del Legislatore europeo, del rilievo sempre maggiore acquisito, nella prassi, dalle operazioni di c.d. "tying", ovverosia quelle operazioni in cui appunto l'operatore economico condiziona la prestazione del servizio/prodotto digitale alla manifestazione del consenso al trattamento per finalità estranee all'esecuzione del

¹²⁴ Così Gruppo di lavoro art. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 9.

¹²⁵ Condivide l'assunto R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 762, ove l'Autore sostiene che l'unica interpretazione dell'art. 7, par. 4, GDPR compatibile con la Direttiva (UE) 2019/770 è quella che riconosce che tale disposizione non vieta *tout court* il condizionamento, ma «lo addita soltanto come un fattore, assieme ad altri, da considerare per valutare se il consenso al trattamento sia stato liberamente prestato».

contratto¹²⁶. Gli operatori economici, infatti, si erano resi conto, ben prima del Legislatore, che l'unico modo per realizzare uno scambio di dati personali senza ledere il requisito di libertà del consenso fosse appunto quello di condizionare la propria prestazione alla manifestazione del consenso al trattamento, che pure rimaneva libero.

Letto in quest'ottica, l'art. 7, par. 4, GDPR assume tutt'altro significato.

Va osservato, infatti, come la disposizione in commento, lungi dal vietare il meccanismo condizionale, è anzi la norma che lo legittima, prevedendo però - come cautela - che il Giudice ponga estrema attenzione, qualora si verifichi tale meccanismo condizionale, nel valutare se il consenso sia stato davvero liberamente prestato¹²⁷. In altri termini, la norma non vieta affatto il meccanismo della condizionalità, ma si limita a sollecitare l'attenzione sulle circostanze concrete che hanno indotto l'interessato a prestare il consenso, per verificare se, alla luce delle peculiarità del caso concreto, aver condizionato una specifica prestazione alla manifestazione del consenso possa aver influenzato a tal punto la volontà dell'interessato da renderla "non libera". Così, il meccanismo condizionale dev'essere considerato astrattamente ammissibile, salva la necessità di verificare, caso per caso, se il consenso prestato possa effettivamente considerarsi libero. Tale interpretazione appare molto più coerente con l'evoluzione normativa che ha caratterizzato il diritto dell'Unione sul punto e, in particolare, con la Direttiva (UE) 2019/770, la quale, come si è visto, ammette pacificamente lo scambio di dati personali¹²⁸.

¹²⁶ Sulle operazioni di *tying* si veda soprattutto S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, cit., *passim*. Ma si veda altresì F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, cit., *passim*.

¹²⁷ Cfr., *ex multis*, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit. p. 96: «il regolamento non vieta *tout court* di subordinare l'esecuzione di un contratto o la prestazione di un servizio al consenso al trattamento, ma impone di tenere tale circostanza "nella massima considerazione". Questo significa che non vi è alcun automatico divieto, ma che occorre effettuare una valutazione caso per caso alla luce delle circostanze concrete»; G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 432: «la norma non introduce un divieto, bensì fissa un semplice parametro di valutazione, da considerare insieme ad altri (non meno rilevanti) parametri, come l'esistenza o meno di condizioni di concorrenza nel settore di riferimento, la fungibilità del bene o del servizio offerto e la strumentalità rispetto all'esercizio di diritti fondamentali, la funzione di intrattenimento o professionale del servizio, l'impiego di condizioni generali di contratto senza negoziazione individuale delle clausole, ecc.»; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 95; A. METZGER, *Data as counter-performance: what rights and duties do parties have?*, in *Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law*, 8/2017, p. 1 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., *passim*.

¹²⁸ All'argomentazione, contraria, che fa leva sul Considerando n. 43 del GDPR (ai sensi del quale «si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se (...) l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione»), vi

La Corte di Cassazione ha di recente avvalorato questa ricostruzione, sconfessando di contro la storica impostazione del Garante italiano e del CEPD, affermando la legittimità del meccanismo condizionale, proprio in forza dello spirito possibilista dell'art. 7, par. 4, GDPR e prevedendo parallelamente dei criteri atti a stabilire se il consenso, nel caso concreto, sia stato liberamente prestato o meno¹²⁹. In particolare, la Corte individua tali criteri nei requisiti di fungibilità e rinunciabilità del servizio/prodotto fornito in cambio del consenso al trattamento. «Ritiene la Corte, (...) che il condizionamento non possa sempre e comunque essere dato per scontato e debba invece essere tanto più ritenuto sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore del sito Internet sia ad un tempo *infungibile* ed *irrinunciabile* per l'interessato»¹³⁰. Il principale criterio, dunque, atto a verificare se in concreto la condizionalità abbia violato la libertà del consenso, attiene al tipo di servizio prestato¹³¹. Deve cioè trattarsi di un servizio “fungibile e rinunciabile” da parte del consumatore. In quest'ottica, sarà libero il consenso che sia prestato per ottenere un servizio che il

è chi ha giustamente replicato che «se si vuole si può anche parlare di presunzione di invalidità del consenso prestato al fine di accedere a beni o servizi, ma deve esser chiaro che si tratta di una presunzione *juris tantum* e non, invece, *juris et de iure*. Aderendo ad una siffatta interpretazione, vengono meno le ragioni di conflitto tra l'art. 7 del regolamento e la proposta di direttiva sulla fornitura di contenuti digitali e lo schema negoziale servizi contro dati può trovare una solida collocazione nel sistema»: così G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 432.

¹²⁹ «In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'art. 23 del Codice della privacy [la cui disciplina era analoga a quella oggi contenuta nell'art. 7 GDPR, n.d.a.], nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti». Si tratta, ancora una volta, della già citata sentenza n. 17278 del 2 luglio 2018 della Corte di Cassazione, la quale riconosce la legittimità del meccanismo condizionale affermando il principio per cui «l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato».

¹³⁰ Così Cass. civ. n. 17278/2018, ove si aggiunge: «il che non può certo dirsi accada nell'ipotesi di offerta di un generico servizio informativo del tipo di quello in discorso, giacché all'evidenza si tratta di informazioni agevolmente acquisibili per altra via, eventualmente attraverso siti a pagamento, se non attraverso il ricorso all'editoria cartacea, con la conseguenza che ben può rinunciarsi a detto servizio senza gravoso sacrificio».

¹³¹ Un secondo criterio, poi, che emerge meno nettamente dalla pronuncia della Corte di Cassazione, ma che pure è stato ritenuto rilevante ai fini del giudizio di “libertà” del consenso, è rappresentato dalle modalità con cui il servizio - fungibile - è stato prestato. Si veda, ad esempio S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 168 ss., ove l'Autrice riconosce come «talune modalità tecnologiche usate per richiedere il consenso, infatti, anche se non aggressive o pressanti, rischiano in ogni caso di impedire una scelta consapevole ed effettuata su un piano di parità rispetto al fornitore dei servizi». Lo stesso vale per «modalità aggressive, urgenti, pressanti, ingannevoli o idonee a cogliere di sorpresa la persona».

consumatore poteva ottenere *aliunde*, anche eventualmente attraverso il pagamento di una somma di denaro¹³² o che comunque non possa considerarsi “irrinunciabile”. Viceversa, dovranno invece escludersi tutti i servizi essenziali quali, ad esempio, la retribuzione lavorativa e i servizi bancari o sanitari¹³³. In altre parole, «il nesso condizionale che lega il rilascio del consenso all’ottenimento del servizio non inficia, in quanto tale, il libero esercizio dell’autodeterminazione informativa dell’interessato quando il servizio/prodotto non risulta essere né infungibile, né irrinunciabile: è il consumatore che liberamente decide di “contrattualizzare” il rilascio del proprio consenso, ovvero di “scambiarlo” per ottenere un servizio/prodotto» e così esercita il suo diritto a controllare la circolazione dei dati¹³⁴.

In questo modo, la Corte riesce a conciliare le preoccupazioni in merito alla possibilità che il meccanismo condizionale leda la libertà dell’interessato, con l’esigenza di garantire comunque la commerciabilità dei dati. Il tutto, calibrando il vaglio di libertà sul singolo caso concreto, senza invece elaborare un generico e generale divieto del meccanismo

¹³² Sul meccanismo c.d. di “*pay or consent*” si è di recente pronunciato il CEPD (parere n. 8/2024 del 14 aprile 2024, disponibile online all’indirizzo www.edpb.europa.eu) condannando la pratica come lesiva della libertà dell’interessato, il quale dovrebbe avere - sostiene il Comitato - un’altra alternativa ulteriore, ovverosia la possibilità di accedere, gratuitamente e senza acconsentire al trattamento dei propri dati, ad un servizio per così dire limitato, suscettibile di essere esteso o ampliato previo pagamento o consenso al trattamento dei dati personali. Il provvedimento appare, ancora una volta, troppo rigoroso e limitativo del fenomeno della commercializzazione dei dati personali. Se il servizio offerto non è né irrinunciabile, né infungibile, non vi è ragione per imporre al fornitore di eseguire gratuitamente la propria prestazione, nemmeno nei termini “limitati” suggeriti dal Comitato. Del resto, uno degli obiettivi della Direttiva (UE) 2019/770 era proprio quello di evitare una differenziazione di disciplina tra i casi in cui vi fosse uno scambio tra un servizio e un corrispettivo in denaro e quelli in cui il corrispettivo fosse stato rappresentato dai dati personali. Tale intento emerge dai lavori preparatori della Direttiva e, segnatamente, dal Considerando n. 13 della proposta di Direttiva, ove si legge che «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. (...) Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe 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».

¹³³ Così S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 167. Cfr. altresì C. LO SURDO, *Il ruolo dell’obbligo di informativa*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, cit., p. 699 ss., spec. p. 736, che parla di un «bisogno anelastico ed insopprimibile dell’interessato»; A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, cit., p. 119 ss., il quale, dimostrando di adottare una concezione, per così dire, “soggettiva”, di irrinunciabilità, parla di «servizi essenziali o, quanto meno, dall’interessato ritenuti utili in relazione alle proprie finalità personali».

¹³⁴ Così C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 96. Manifestare il consenso al trattamento dei dati non significa rinunciare al diritto alla loro protezione. Al contrario, il consenso al trattamento rappresenta la massima espressione del diritto alla protezione dei dati e all’autodeterminazione informativa: manifestare il consenso significa esercitare il - e non rinunciare al - diritto alla protezione dei dati, attraverso l’esercizio di un controllo sulla loro circolazione.

condizionale, che finirebbe per negare *tout court* la commercializzazione dei dati¹³⁵.

In definitiva, si è visto come il meccanismo condizionale non sia automaticamente lesivo del requisito della libertà del consenso. Un'accezione "rafforzata" di libertà, come quella richiesta dal Garante, infatti, non impedisce che la prestazione di un servizio venga condizionata alla manifestazione del consenso al trattamento. Del resto, negare tale possibilità significherebbe negare ogni fenomeno di scambio di dati personali, in quanto l'interessato non potrebbe mai prestare il proprio consenso in forma, per così dire, "interessata". Ad una simile interpretazione, poi, non osta il contenuto dell'art. 7, par. 4, GDPR, in quanto tale norma non esclude *tout court* il meccanismo condizionale, ma richiede solamente un'attenzione particolare che impone di verificare se il condizionamento abbia in concreto reso "coartato" il consenso. In tale giudizio, infine, svolgeranno un ruolo decisivo circostanze come le modalità di richiesta del consenso e, soprattutto, la tipologia del servizio promesso, che renderà tanto più coartato il consenso quanto più esso sarà infungibile e irrinunciabile per il consumatore.

La conclusione è poi coerente con quanto rilevato in precedenza¹³⁶ in merito alla commercializzazione, in generale, dei diritti della personalità, ovverosia che essa è, di base, legittima e non può aprioristicamente considerarsi illecita per una presunta lesione della dignità della persona. Al contrario, si è detto, la commercializzazione sarà legittima nei limiti in cui, nel caso concreto, non vada a ledere quel nucleo irriducibile di tutele rappresentato dalla dignità della persona. La Corte di Cassazione, nella sentenza da ultimo citata, non fa che applicare al meccanismo condizionale e ai dati personali tali principi, laddove appunto ne afferma in generale la validità, salvo una verifica, caso per caso, dell'effettiva libertà del consenso, requisito in definitiva riconducibile al generale principio di dignità della persona¹³⁷.

¹³⁵ Pur non riferendosi espressamente alla sentenza in commento, dimostra di adottare tale lettura, esaltandone l'utilità, anche N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 71: «il pregio della regola attuale è, da un lato, quello di richiamare l'attenzione sulla questione di per sé problematica e sulla corrispondente valutazione inerente essenzialmente alla libertà del consenso; ma, dall'altro, nel rifuggire da un'unica soluzione, aprioristicamente negativa e stabilendo invece una soluzione più attenta, ma non scontata, ossia variabile negli esiti in concreto».

¹³⁶ Cfr. Cap. I, sez. II, par. 7, p. 71 ss.

¹³⁷ Si è infatti visto (cfr. Cap. I, sez. I, par. 1, p. 9 ss. e sez. II, par. 4, p. 54 ss. e par. 7, p. 71 ss.) come il principio di dignità tenda ad assumere il ruolo di principio generale da cui far discendere tutti i diritti e le libertà fondamentali della persona.

Alla luce delle conclusioni raggiunte, rimane solo da indagare, nelle prossime pagine, quale sia il meccanismo condizionale più adatto alla fattispecie oggetto di studio e quale disciplina possa applicarsi.

Sezione II

Le promesse condizionate ad una prestazione.

1. *La condizione in funzione premiale o incentivante.*

Si è visto, nelle pagine precedenti, che lo strumento condizionale rappresenta quello più adatto a replicare, su un piano giuridico, ciò che avviene sul piano empirico nelle fattispecie di c.d. “scambio di dati personali”, ove il consumatore non può essere obbligato a prestare il consenso al trattamento dei propri dati, ma il professionista si può obbligare, e tendenzialmente si obbliga, a prestare il servizio subordinatamente alla manifestazione del consenso al trattamento da parte del consumatore-interessato.

Si può, a questo punto, approfondire la scelta del meccanismo condizionale cominciando con il rilevare che, nell’ambito della prassi commerciale, è molto frequente l’utilizzo dello strumento condizionale con funzione “premiale”, e cioè per incentivare la controparte alla realizzazione di una condotta alla quale peraltro non è obbligata¹³⁸. Di esempi di pratiche commerciali di questo tipo ve ne sono molti: si pensi, nell’ambito del contratto di appalto, ai c.d. “premi di accelerazione”, ove viene previsto che, se l’appaltatore completerà l’opera prima del termine convenuto dalle parti, e dunque prima del termine entro il quale egli deve obbligatoriamente portare a termine l’opera, il committente gli pagherà un corrispettivo ulteriore rispetto a quello pattuito. Ancora, si può pensare all’agente di commercio al quale venga riconosciuto un particolare “premio di produzione” qualora egli raggiunga un determinato volume d’affari che pur sempre non è obbligato a raggiungere contrattualmente¹³⁹. In tutte queste ipotesi l’obbiettivo è incentivare la controparte a realizzare una condotta alla quale non è obbligata, attraverso l’incentivo rappresentato genericamente da un “premio” che può consistere nel pagamento di una somma di denaro,

¹³⁸ In generale, il fenomeno è noto con l’espressione di “promesse premiali”. Sul punto, si veda soprattutto G. F. BASINI, *Le promesse premiali*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. p. 62 ss.

¹³⁹ Si tratta di pattuizioni non dissimili da quelle che spesso vengono previste anche in diverse tipologie di contratto di lavoro subordinato: cfr. G. F. BASINI, *La “promessa condizionata ad una prestazione”: individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 200 ss.

ma anche in una prestazione diversa, come l'esecuzione di un servizio¹⁴⁰. La parte cui viene promessa la prestazione, dunque, rimane libera di decidere se eseguire la propria prestazione¹⁴¹, consapevole peraltro del diritto che acquisirebbe nel caso in cui la realizzasse. Lo schema, da un punto di vista giuridico, è quindi quello per cui una parte promette di eseguire una determinata prestazione qualora l'altra parte dovesse tenere un determinato comportamento. L'obbligo della parte promittente, in questi casi, non sorge al momento della promessa, ma sorge solo nel momento, e a condizione che, l'altra parte esegua integralmente la prestazione dedotta *in condicione*¹⁴². In questo modo, si realizza, da un punto di vista economico, uno scambio tra due prestazioni di cui solo una risulta essere "obbligatoria", mentre l'altra rimane "libera". Il fenomeno è noto col nome di «promesse condizionate ad una prestazione»¹⁴³.

Le ragioni che possono spingere le parti di un contratto a dedurre *in condicione* piuttosto che *in obligatione* una determinata condotta possono essere le più varie, ma si riducono tendenzialmente a due macro ipotesi: ragioni di utilità e ragioni di necessità.

Con l'espressione "ragioni di utilità" si intende fare riferimento a tutta una serie di ragionamenti di convenienza economico-commerciale che possono portare il promittente ad

¹⁴⁰ Esempio di prestazione promessa in funzione incentivante, che pure differisce dall'idea di "premio", può essere la promessa di costituirsi garante qualora l'altra parte conceda un credito ad un terzo (cfr. G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1968, p. 431 ss, spec. p. 437). Leggermente diversa, per la funzione non propriamente incentivante, è la promessa di Tizio di rimborsare all'amico Caio le spese se quest'ultimo gli facesse la cortesia di consegnare un pacco ad una terza persona (l'esempio è tratto da R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO - G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, II, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1993, p. 62).

¹⁴¹ Ovviamente non si parla di prestazione in senso stretto, tale essendo solo quella dedotta come oggetto di una obbligazione, ma in senso lato, come "condotta incentivata".

¹⁴² Nella pluralità dei fenomeni commerciali, è dato riscontrare anche ipotesi in cui è dedotto in condizione non già un comportamento dell'altra parte ma un risultato. Ma si tratta pur sempre di un risultato che eventualmente dovrebbe raggiungere l'altra parte mediante una condotta appositamente posta in essere.

¹⁴³ La definizione è stata elaborata per la prima volta da G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, cit., *passim*. Si veda però anche ID., *Il contratto. Vol. I - Lineamenti generali. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954, *passim*; ID., *Il cosiddetto "unilateral contract" o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, p. 271 ss.; G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1983, p. 327 ss., spec. p. 353 ss.; G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1958, p. 452 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 509 ss.; G. MAZZARA, *Promesse «condizionate» a una prestazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 347 ss. Più di recente ne ha parlato G. F. BASINI, *Le promesse premiali*, cit., p. 62 ss.; ID., *La "promessa condizionata ad una prestazione": individuazione e ammissibilità della figura*, cit., p. 200 ss.

obbligarsi unilateralmente ad eseguire una prestazione, senza obbligare la controparte ad una controprestazione, ma subordinando all'esecuzione di quest'ultima il sorgere del vincolo obbligatorio unilaterale. Ad esempio, richiamando l'esempio sopra citato, può darsi il caso in cui «l'appaltatore, valutata l'organizzazione della propria impresa, non ha ritenuto di obbligarsi a compiere l'opera in un tempo minore» e «il committente, tuttavia, cerca di accrescere la possibilità che il proprio interesse ad una più rapida esecuzione dell'opera sia soddisfatto, attraverso la promessa di un premio per l'appaltatore, condizionata alla consegna anticipata dell'opera stessa»¹⁴⁴. Ancora, può darsi il caso, di più difficile configurazione, ma pur sempre presente nella dinamica dei rapporti commerciali, in cui è lo stesso promittente a ritenere più conveniente dedurre la prestazione della controparte contrattuale *in condicione* piuttosto che imbastire un meccanismo - tipicamente obbligatorio - di reciprocità dei vincoli giuridici¹⁴⁵.

Parallelamente, esistono quelle che si sono chiamate “ragioni di necessità”. Con tale espressione ci si riferisce a quelle ipotesi in cui la decisione di dedurre *in condicione* una determinata prestazione non è frutto di scelte economiche “egoistiche”, ma piuttosto dell'impossibilità giuridica di dedurre quelle specifiche prestazioni come oggetto di una obbligazione, in quanto si porrebbero in violazione della libertà dell'obbligato. Un esempio, ancorché controverso, può essere costituito dalle “convenzioni” che abbiano ad oggetto comportamenti di carattere sessuale o affettivo, ove sarebbe illecita (o comunque nulla) la pattuizione che obbligasse una parte a simili prestazioni, rimanendo invece valida la promessa che avesse tali “prestazioni” come condizioni di efficacia¹⁴⁶. In generale, si può

¹⁴⁴ Così G. F. BASINI, *La “promessa condizionata ad una prestazione”: individuazione e ammissibilità della figura*, cit., spec. p. 200.

¹⁴⁵ G. F. BASINI, *op. ult. cit.*, p. 201, ove l'Autore cita l'esempio delle c.d. “*bonus shares*”, ovvero sia clausole volte ad incentivare la conservazione in capo all'acquirente (evitando così la rivendita) delle azioni vendute. In tali casi, afferma l'Autore, «la ragione della promessa nella pratica solitamente consiste nel fatto che lo stesso alienante non reputa conveniente imporre un divieto di alienazione all'acquirente, ma preferisce incentivare la non alienazione, piuttosto che nella capacità del singolo acquirente di imporre la propria volontà a non rimanere vincolato da un divieto di alienazione».

¹⁴⁶ Simili condotte non possono costituire oggetto di un'obbligazione legale, ma - secondo parte della dottrina - potrebbero essere legittimamente dedotte all'interno di clausole premiali: in questo senso G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991, *passim*; *contra* M. FRANZONI, *I contratti tra i conviventi “more uxorio”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 737 ss., il quale invece propende per l'illiceità di simili clausole, non già per la contrarietà al buon costume della “contrattazione” di simili prestazioni, quanto piuttosto perché esse limiterebbero comunque la libertà dell'obbligato. Per ulteriori ipotesi si rinvia a G. F. BASINI, *Le promesse premiali*, cit., p. 56 ss.; ID., *La “promessa condizionata ad una prestazione”: individuazione e ammissibilità della figura*, cit., p. 202, ove

rilevare come i limiti alla deduzione di determinate condotte come oggetto di un'obbligazione si prestino ad essere superati attraverso la loro deduzione in condizione. In tal modo, infatti, si soddisfano le medesime esigenze di scambio che sono tipiche dei contratti a prestazioni corrispettive, e dunque di un meccanismo caratterizzato dalla duplicità dei vincoli giuridici, senza però incorrere nelle lesioni della libertà personale che tendenzialmente sovrintendono i divieti stessi.

Alla luce di simili considerazioni, si comprende meglio perché il «sinallagma genetico-condizionale»¹⁴⁷ risulta essere il meccanismo maggiormente in grado di replicare lo scambio economico che avviene tra due prestazioni (la fornitura del servizio e il consenso al trattamento dei dati personali) di cui una (evidentemente il consenso al trattamento) non può essere dedotta come oggetto di un'obbligazione. Applicando, infatti, quanto si è detto sinora alla fattispecie c.d. di “scambio di dati personali”, risulterà agilmente superato il problema dato dalla necessaria libertà del consenso al trattamento, posto che l'interessato non sarà mai obbligato a prestarlo, ma semplicemente “incentivato” dalla promessa del fornitore del servizio. In applicazione, poi, degli approdi della giurisprudenza di legittimità¹⁴⁸, si potrà sostenere che tale incentivo renda comunque “coartato” il consenso solo ove la prestazione promessa sia caratterizzata da quei caratteri di infungibilità e irrinunciabilità di cui si è parlato in precedenza¹⁴⁹.

È necessario, a questo punto, operare una distinzione all'interno della figura delle promesse condizionate ad una prestazione, a seconda cioè che esse costituiscano delle mere “clausole” di un contratto, singole pattuizioni di un regolamento contrattuale più ampio, o che invece esse siano, per così dire, autonome e diano vita ad un autonomo rapporto giuridico tra le parti. Molte delle ipotesi sopra accennate, infatti, non sono del tutto assimilabili a quella oggetto di studio in quanto si differenziano per un elemento non trascurabile, ovvero sia il fatto che le une si collocano nell'ambito di una più ampia convenzione di cui costituiscono una parte,

l'Autore riporta altre ipotesi: «la promessa di danaro al padre di una bambina, e nell'interesse di questa, condizionata alla convivenza della fanciulla con la famiglia, e nella casa, del promittente, e ciò allo scopo di portare compagnia e diletto all'unica figlia di questi; la promessa, ad una madre, di una somma di danaro, a condizione che acconsenta al matrimonio della figlia».

¹⁴⁷ L'espressione è stata utilizzata da L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, cit., p. 516 ss., per indicare i casi in cui la nascita di una delle obbligazioni è subordinata all'esecuzione di un'altra prestazione non obbligatoria.

¹⁴⁸ Cfr. Cass. civ., n. 17278/2018.

¹⁴⁹ Cfr. *supra* Cap. II, sez. I, par. 6, p. 107 ss.

laddove invece l'altra rappresenta una pattuizione autonoma e, per così dire, autosufficiente. Infatti, nella fattispecie oggetto di studio, la promessa condizionata non costituisce un elemento accessorio del contratto, una clausola di un regolamento contrattuale più ampio che però non influisce sulla causa del negozio giuridico. Al contrario, come si è detto¹⁵⁰, il servizio promesso condizionatamente alla manifestazione dell'altrui consenso rappresenta la c.d. "prestazione caratteristica" del negozio realizzato e finisce per incidere sulla causa stessa. Detto diversamente, nella fattispecie oggetto di studio, finché non si verifica la prestazione dedotta in condizione l'operazione economica ideata non si realizza affatto, in quanto il contratto di fornitura non si conclude (o rimane inefficace)¹⁵¹, laddove invece nelle ipotesi sopra accennate il contratto si conclude ed è efficace indipendentemente dall'avversarsi della condizione, la quale incide unicamente sull'insorgere di obblighi ulteriori e, per così dire, "accessori", rispetto alle prestazioni principali e caratterizzanti il negozio.

La differenza non è di poco conto, laddove si ponga mente al fatto che la maggior parte dei problemi di disciplina che pone il meccanismo delle promesse condizionate possono essere agevolmente risolti nel caso in cui la pattuizione sia parte di un regolamento contrattuale più ampio, laddove invece risultano più difficilmente superabili nel caso in cui la promessa si presenti come autonoma. In particolare, vi è chi ha parlato di un «contrasto tra funzione e struttura» della previsione premiale, laddove la prima parrebbe una funzione di scambio, mentre la seconda è caratterizzata dall'unilateralità del vincolo giuridico¹⁵². Tale contrasto sarebbe all'origine della maggior parte dei dubbi sulla disciplina applicabile all'istituto e, segnatamente, quelli sulle regole che sovrintendono il momento perfezionativo del vincolo, specialmente dal punto di vista del tempo, del luogo e delle modalità di perfezionamento; quelli relativi alla possibilità e alle condizioni alle quali il promittente può revocare la

¹⁵⁰ Cfr. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 1, p. 77 ss.

¹⁵¹ Sull'alternativa tra mancata conclusione del contratto e conclusione di un vero e proprio contratto condizionato, e dunque inefficace, si tornerà *infra* (cfr. Cap. II, sez. II, par. 2, p. 124 ss.).

¹⁵² Così G. F. BASINI, *La "promessa condizionata ad una prestazione": individuazione e ammissibilità della figura*, cit., p. 203, spec. nota 28, ove l'Autore sostiene che la funzione della promessa condizionata sia una funzione di scambio: «se la funzione della promessa in sé, difatti, è promuovere l'evento al quale essa è condizionata, e, dunque, la soddisfazione di un interesse del promittente, lo scopo per cui il promissario tiene il comportamento indicato in condizione sarà, in linea di massima, quello di conseguire il premio promesso. Pertanto, pare proprio che l'operazione, nel suo complesso, abbia una funzione di scambio: ricompensa in cambio di comportamento (o risultato) desiderato». Sul punto, ad ogni modo, si tornerà *infra*, allorquando si tratterà di individuare la causa dell'operazione economica oggetto di studio (cfr. Cap. II, sez. II, par. 3, p. 135 ss.).

promessa; nonché infine tutti quelli che sorgono attorno alla causa della previsione condizionata¹⁵³. Ebbene, tutti i dubbi sopra accennati, nel caso in cui la promessa condizionata sia inserita nell'ambito di un più complesso regolamento contrattuale, potranno essere agevolmente risolti avendo riguardo non già alla singola pattuizione, ma all'intero contratto¹⁵⁴.

Più complesso, invece, si presenta il caso in cui la promessa condizionata rappresenti l'oggetto unico e principale del contratto, ciò che avviene, come si è detto, nell'ipotesi di c.d. "scambio" di dati personali, ove la prestazione condizionata rappresenta la "prestazione caratteristica" dell'operazione economica. In tal caso i dubbi sono molteplici, a cominciare dalla stessa ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una simile figura negoziale. Pertanto, le pagine che seguono tenteranno di indagare l'ammissibilità della figura e di individuarne la disciplina, con specifico riferimento all'ipotesi in cui essa venga utilizzata per realizzare il c.d. "scambio di dati personali contro un servizio digitale".

2. Le promesse condizionate ad una prestazione. Ammissibilità e ricostruzione dell'istituto.

L'istituto delle promesse condizionate ad una prestazione, qualora queste si presentino come "autonome" e non come parte di un regolamento contrattuale più ampio, suscita alcuni dubbi nel nostro ordinamento, a partire dalla loro stessa ammissibilità, passando per le modalità di perfezionamento, concludendo infine con la disciplina applicabile. Per rispondere a simili quesiti appare opportuno ricostruire l'istituto a partire dalle fondamentali riflessioni di Gino Gorla, che per primo ha elaborato l'istituto sulla base di istituti analoghi di diritto anglosassone¹⁵⁵.

L'istituto si ispira dichiaratamente ai cosiddetti "*unilateral contracts*" di *common law*, detti anche contratti con "*executed consideration*", ovvero veri e propri contratti di scambio che si caratterizzano però per un meccanismo di formazione particolare, costituito non dallo

¹⁵³ G. F. BASINI, *ibidem*.

¹⁵⁴ Così, riprendendo gli esempi fatti, si guarderà al momento di conclusione del contratto per individuare tempo e luogo di perfezionamento della previsione condizionata; si guarderà alla disciplina dell'appalto o allo specifico regolamento contrattuale per risolvere eventuali dubbi relativi alla revocabilità della promessa o comunque connessi alla causa della previsione condizionata.

¹⁵⁵ Il riferimento è, principalmente, a G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, cit., *passim*.

scambio di “promesse” - di reciproci impegni -, ma dallo scambio di una promessa contro il concreto compimento di una specifica condotta (c.d. *consideration*), meccanismo che dunque genera un vincolo obbligatorio unilaterale (da cui la definizione di “*unilateral contract*”). Da un punto di vista social-tipico, si tratta di promesse così configurate: «se terrai quel certo comportamento, farò o ti darò la tal cosa». Una simile promessa, nei sistemi di *common law* è definita “*offer calling for an act*” ed è qualificata come una vera e propria proposta contrattuale, proposta di un contratto che però non si perfezionerà nel momento in cui il destinatario della proposta la dovesse accettare, promettendo a sua volta di compiere la prestazione richiesta (“*executor consideration*”), ma solo se e nel momento in cui costui dovesse effettivamente compiere la prestazione (“*executed consideration*”), l’*act*, richiesto. L’eventuale accordo, inteso come scambio di proposta e accettazione, non avrebbe così alcun valore vincolante e il promittente potrebbe revocare la propria proposta in qualunque momento¹⁵⁶. Parimenti, il tempo e il luogo di conclusione del contratto sarebbero quelli del compimento dell’*act*.

Si usa affermare che, in questi contratti, «l’*acceptance* consiste nel compimento dell’*act*, che rappresenta la *executed consideration*. In altri termini: *acceptance* e *consideration* sono la stessa cosa, facce di uno stesso concetto: se la *consideration* richiesta è una promessa (*executor consideration*), l’*acceptance* consiste nella prestazione di tale promessa; se la *consideration* richiesta è un *act* (*executed consideration*), l’*acceptance* consiste nel suo compimento»¹⁵⁷.

Quello che si viene a creare è, per il sistema di *common law*, un vero e proprio contratto di scambio, caratterizzato però dalla vincolatività solo per il promittente. Il destinatario della promessa, infatti, anche se la dovesse accettare o si dovesse altrimenti dichiarare d’accordo, non assumerebbe alcun obbligo di eseguire la prestazione richiesta, in quanto infatti l’*offer* non richiede in cambio una “contropromessa” o un’*acceptance*, ma appunto uno specifico comportamento, l’unico in grado di far sorgere obblighi in capo al promittente e diritti in capo al destinatario. Detto in altri termini: l’*act* è posto *in condicione* e non *in obligatione*.

¹⁵⁶ Ferma restando la regola della revocabilità della promessa/proposta fino a che l’*act* richiesto non sia stato compiuto, nella *common law* americana sono stati introdotti diversi temperamenti per rendere la regola meno rigida, come ad esempio quello di presumere che l’offerta debba rimanere ferma per un tempo ragionevole se il destinatario ha perlomeno iniziato ad eseguire la prestazione richiesta: così G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 433.

¹⁵⁷ G. GORLA, *ibidem*.

Si può dunque notare come il meccanismo sopra delineato si presti perfettamente ad essere utilizzato nelle fattispecie di scambio di dati personali, ove la prestazione (“*consideration*”) richiesta al destinatario della proposta (il consumatore) non può essere dedotta *in obligatione*, ma solo *in condicione*.

Si pone, peraltro, il problema di verificare se, e con che limiti, tale figura, tipica del *common law*, possa essere applicata nel nostro ordinamento.

Come è stato rilevato, al di là del dato empirico, di comprensione immediata, l’inquadramento della fattispecie sul piano del diritto si presenta alquanto difficoltoso, già a partire dal suo inserimento nell’ambito dei negozi unilaterali o di quelli bilaterali¹⁵⁸.

Al riguardo, deve preliminarmente rilevarsi come non sia di ostacolo all’inquadramento della fattispecie nell’ambito dei negozi unilaterali il preteso principio di tipicità delle promesse unilaterali, storicamente fondato sulla lettera dell’art. 1987 c.c.¹⁵⁹ e oramai da diverso tempo ampiamente superato da dottrina e giurisprudenza¹⁶⁰. È stato infatti rilevato che l’art. 1987 c.c. «non esprime un principio originale, ma è soltanto l’applicazione - e neppure correttamente formulata - di alcuni istituti fondamentali del nostro diritto quali quello della causa e quello della forma dei negozi giuridici»¹⁶¹. In particolare, da un’analisi delle *rationes* poste alla base del divieto, si può notare come lo stesso sia mosso principalmente dall’intento di garantire che, dietro l’attribuzione che deriva dalla promessa unilaterale, vi sia effettivamente una causa legittima e sufficiente a giustificare lo spostamento patrimoniale¹⁶².

¹⁵⁸ Così G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 353 ss.

¹⁵⁹ Il quale prevede che «la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge».

¹⁶⁰ Non essendo questa la sede per ripercorrere tutta la teorica sull’ammissibilità nel nostro ordinamento di promesse unilaterali atipiche, ci limiteremo a riassumere gli esiti cui è oramai giunta la dottrina maggioritaria, rinviando per un’analisi più completa, *ex multis*, a C. A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. II, cit., p. 657 ss.; G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 327 ss., spec. p. 367 ss.

¹⁶¹ Così si esprime G. MAZZARA *op. ult. cit.*, p. 333.

¹⁶² Cfr. G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 327 ss., ove l’Autore individua quattro possibili *rationes* della pretesa tipicità delle promesse unilaterali: un’esigenza di tutela del dichiarante, che non dovrebbe rimanere astretto all’impegno pur nell’incertezza del risultato perseguito; il difetto di affidamento che caratterizzerebbe la promessa, in quanto non accettata; lo sfavore dell’ordinamento verso negozi giuridici astratti «tra i quali rischierebbero di cadere le promesse unilaterali di una prestazione, siccome non titolate e dunque ambigue sotto il profilo causale»; infine, il canone di intangibilità delle sfere giuridiche private, «il quale postulerebbe che, salve le ipotesi espressamente eccettuate dalla legge, nessuna modificazione, neppure di segno positivo, possa prodursi nel patrimonio di un soggetto per unilaterale volontà altrui». Dopo aver confutato le prime due *rationes*, l’Autore riduce la questione dell’ammissibilità di promesse unilaterali atipiche al rispetto «del principio della sovranità, anche formale, delle sfere giuridiche private» e alla «esigenza di una giustificazione

Così ricondotto il divieto nell'alveo dei principi generali dell'ordinamento, si deve necessariamente ammettere la legittimità di ipotesi atipiche di promesse unilaterali, le quali saranno valide se sorrette da un'idonea causa giustificatrice.

Piuttosto, ad ostacolare l'inquadramento della fattispecie in esame nell'ambito dei negozi unilaterali vi è la difficoltà di applicare ad essa lo schema di cui all'art. 1333 c.c.¹⁶³. Infatti, una volta riconosciuta l'ammissibilità delle promesse unilaterali atipiche, la medesima dottrina riconosce come l'unico possibile schema di riferimento per la loro formazione risulti essere quello del c.d. "contratto" con obbligazioni del solo proponente. In particolare, si è evidenziato come siano troppo poche le ipotesi negoziali tipizzate che ricalcano il modello dell'art. 1333 c.c. «perché non si debba pensare che la disposizione possa riferirsi anche a negozi innominati»¹⁶⁴. Così, evidenziato ciò, quella dottrina giunge ad affermare che la promessa unilaterale atipica (ricavabile dal combinato disposto degli artt. 1322 e 1324 c.c.) non possa che perfezionarsi secondo il modello di cui all'art. 1333 c.c.¹⁶⁵. La riconduzione delle promesse unilaterali atipiche nello schema dell'art. 1333 c.c., inoltre, permette di rispondere all'esigenza di tutelare l'intangibilità della sfera giuridica dell'oblato, tutela che sarebbe garantita dalla possibilità, per quest'ultimo, di rifiutare l'attribuzione promessagli¹⁶⁶.

causale sufficiente dell'effetto attributivo». Tra i due canoni, l'Autore evidenzia come la dottrina più autorevole (tra tutti, R. SACCO, *Il Contratto*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VI, t. II, Utet, Torino, 1975, p. 31 ss.) tenda a valorizzare la necessità di una giustificazione causale e sminuire il principio di sovranità delle sfere giuridiche private. Peraltro, se dunque il problema si riduce alla necessità di rinvenire una «ragione sufficiente capace di giustificare il progettato spostamento patrimoniale», è chiaro che il divieto di cui all'art. 1987 c.c. «non avrebbe in realtà altro significato se non quello di confermare i principi generali sulla forma e sulla causa». Nella stessa direzione si muovono le riflessioni di G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 40 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 20^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 295 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 81 ss.; C. A. GRAZIANI, *op. ult. cit.*, p. 658.

¹⁶³ Così G. MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 335; C. A. GRAZIANI, *op. ult. cit.*, p. 657 ss.; G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 333; G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, cit., p. 437. *Contra*: G. F. BASINI, *Le promesse premiali*, cit., p. 102 ss.

¹⁶⁴ Così G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 346 ss.

¹⁶⁵ G. CASTIGLIA, *ibidem*, ove l'Autore afferma che «se dunque l'art. 1333 si dimostra un perfetto punto di riferimento almeno, in prima analisi, della problematica degli atti atipici di attribuzione unilaterale obbligatoria; se ne deve concludere che, posto quello schema, poiché *entia non sunt multiplicando, praeter necessitatem*, una distinta ma coincidente figura di promessa unilaterale si palesa come una superfetazione e deve considerarsi il probabile frutto di una petizione di principio» e conclude rilevando che le incongruenze cui portano soluzioni diverse da quella suggerita «dimostrano così che non vi è possibilità di discutere di promesse unilaterali innominate al di fuori del modello dell'art. 1333».

¹⁶⁶ Riprendendo la riflessione cui si accennava alla nota 162 (v. *supra* p. 126-127), in merito alle *rationes* che soggiacciono al divieto di promesse unilaterali atipiche, è stato rilevato che «se l'esistenza di una giusta causa evita il rischio di impegni astratti, rimane soltanto da difendere la libertà di scelta del beneficiario. E una volta che si riconosca nel potere di rifiuto a lui attribuito un meccanismo capace di dar spazio all'eventuale suo

In definitiva, la fattispecie individuata nell'articolo in commento, integrerebbe un'ipotesi di negozio giuridico unilaterale soggetto al rifiuto del beneficiario¹⁶⁷ e costituirebbe lo schema generale al quale ricondurre ogni ipotesi di promessa unilaterale non rientrante in quelle già tipizzate dal Legislatore¹⁶⁸.

Ebbene, ad escludere l'applicabilità dell'art. 1333 c.c. alle promesse condizionate ad una prestazione contribuiscono diverse argomentazioni, *in primis* quelle basate sul riconoscimento alle promesse condizionate di una funzione di scambio¹⁶⁹ e, in particolare, di una reciprocità tra le prestazioni, che invece mancherebbe nell'ipotesi di cui all'art. 1333 c.c. Si è infatti più volte accennato al fatto che la funzione dell'operazione economica posta in essere dalle parti è quella di realizzare uno scambio tra due prestazioni connotate da un elevato grado di reciprocità (due prestazioni, cioè, che trovano l'una giustificazione nell'altra), al punto che l'una viene eseguita solo allo scopo di ricevere l'altra. Tale reciprocità pare invece mancare nella fattispecie individuata dall'art. 1333 c.c.¹⁷⁰ La dottrina tradizionale, infatti, ritiene che l'unilateralità di cui all'articolo in commento non vada riferita esclusivamente al vincolo obbligatorio (e cioè all'unicità dell'obbligazione), ma che si riferisca più in generale all'unicità della prestazione, che dev'essere appunto una sola perché possa ritenersi applicabile la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c.¹⁷¹

contrario apprezzamento, parrebbero cadere entrambi i capisaldi delle dottrine tradizionali: non si intenderebbe davvero perché mai, soddisfatti il requisito di una ragione sostanziale dell'impegno e l'esigenza di tutela dell'autodeterminazione del promissario, dovrebbe negarsi in questo settore la più ampia esplicazione dell'autonomia privata» (così G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 333).

¹⁶⁷ Cfr. A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Cedam, Padova, 1963, p. 60 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 185 ss.

¹⁶⁸ Così anche R. SACCO, *Il contratto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. X - *Obbligazioni e contratti*, t. II, Utet, Torino, 1984, p. 22 ss., il quale, notato come i "contratti" di cui all'art. 1333 c.c. non si formano attraverso lo scambio di proposta e accettazione, ma attraverso una proposta non rifiutata, afferma che «nulla osterà ad ammettere che non già il silenzio perfeziona il contratto, ma la sola proposta, sempreché i suoi effetti non siano impediti dal rifiuto». Nello stesso senso anche C. A. GRAZIANI, *op. ult. cit.*, p. 657 ss.

¹⁶⁹ Sulla quale si tornerà più approfonditamente *infra* (cfr. Cap. II, sez. II, par. 3, p. 135 ss.), ma di cui si è accennato più volte in questo lavoro.

¹⁷⁰ Cfr. G. MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 341: «il procedimento di cui all'art. 1333 c.c. va senza dubbio riferito ai negozi con prestazioni di una sola parte, e non ai negozi che, pur dando luogo alla nascita di un'unica obbligazione, presentano una corrispettività tra attribuzioni patrimoniali, corrispettività esistente senz'altro nel nostro istituto, pur se «degradata» dalla non obbligatorietà di una di esse nonché dalla mancanza di effetti reali».

¹⁷¹ Così G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, cit., p. 236: «quando il Legislatore parla di obbligazioni del solo proponente, non si riferisce solo ad un dato formale, bensì al dato sostanziale dell'assenza di una reciprocità di prestazioni. In altre parole, perché possa ritenersi applicabile l'art. 1333, non basta che solo una delle

Nella medesima direzione, di escludere la compatibilità tra lo schema di cui all'art. 1333 c.c. e la funzione di scambio che caratterizza le promesse condizionate, la medesima dottrina adduce poi un ulteriore elemento, ovverosia la disciplina sulla revocabilità della proposta prevista dall'articolo in commento. Infatti, la logica degli affari di scambio, quale emerge dagli artt. 1326-1328 c.c.¹⁷², presuppone la possibilità di revocare la proposta in ogni momento, fintanto che il negozio non sia concluso, laddove invece l'art. 1333 c.c. prevede l'irrevocabilità della proposta e, salvo il rifiuto dell'oblato, l'insorgere del vincolo obbligatorio anche a prescindere da un contegno attivo di quest'ultimo, che esegua la prestazione o che dichiari di volerne profittare¹⁷³.

Tale incongruenza avvalorata ulteriormente la tesi che nega operatività, in quest'ambito, all'art. 1333 c.c., lasciando così gli interpreti liberi di spaziare verso altre ipotesi. In particolare, esclusa dunque l'applicabilità dell'art. 1333 c.c., non rimane che tentare l'inquadramento delle promesse condizionate ad una prestazione nell'ambito dei negozi giuridici bilaterali e di uno degli schemi previsti dal Codice per la loro formazione. Vengono così in rilievo gli articoli 1326 e 1327 c.c.

Conforta le considerazioni sopra svolte una riflessione basata sull'analisi del dato empirico. È infatti anche, se non soprattutto, sulla base dell'osservazione delle ipotesi negoziali che vengono maggiormente adoperate nella prassi e, tra di esse, di quella che da alcuni è stata elevata ad archetipo delle promesse condizionate ad una prestazione (ovverosia la mediazione atipica)¹⁷⁴ che la dottrina più attenta ha evidenziato la loro maggior compatibilità,

prestazioni costituisca l'oggetto di una obbligazione, ma è necessario che tale prestazione sia anche l'unica».

¹⁷² Cfr. G. GORLA, *Il dogma del consenso o accordo e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Utet, Torino, 1960, p. 921 ss., il quale appunto ritiene che il Legislatore, nel dettare gli articoli citati, abbia avuto a mente principalmente gli affari di scambio.

¹⁷³ Cfr. G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 357: «il fatto che qui la controprestazione non sia oggetto di un obbligo non esclude che il paradigma appaia scarsamente compatibile con le regole di fondo che presiedono alla disciplina degli affari di scambio, quali rimangono senza dubbio le operazioni di cui parliamo. Sembra infatti che la logica profonda dei contratti di scambio nel nostro ordinamento, come traspare chiarissima dagli artt. 1326, 1327 e 1328, e segnatamente da quest'ultima disposizione, sia nel senso che le parti (salvo che non stabiliscano diversamente: artt. 1329 e 1331) abbiano piena libertà di revoca sino all'estremo momento della conclusione del negozio. Ritenendo invece applicabile l'art. 1333, la situazione sarebbe quella per cui un soggetto che propone un affare di scambio è vincolato *ex lege* al proprio atto di iniziativa. Situazione già incongrua in relazione ai principi, ma tanto più incoerente rispetto alle esigenze del concreto: il supporre irrevocabile un incarico di mediazione che rappresenta in un certo senso l'esempio tipico della promessa che, sebbene accettata, resta condizionata alla prestazione altrui basterebbe a dimostrarlo».

¹⁷⁴ Cfr. G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, cit., p. 665 ss.; G. CASTIGLIA, *Promesse*

più che con la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c., con quelle di cui agli artt. 1326 e 1327 c.c. Si è infatti osservato come, nella pratica, avviene che, a fronte della promessa del promittente, il promissario tendenzialmente adotta uno dei comportamenti seguenti: o esegue direttamente l'attività richiesta, senza dare una preventiva risposta al proponente (come del resto presupporrebbe il meccanismo del c.d. "*calling for an act*"); oppure esprime il proprio assenso, in varie forme, pur dichiarando - o dimostrando implicitamente - di non volersi obbligare ad eseguire la prestazione richiesta. Il vincolo, cioè, non sorge mai per effetto del mancato rifiuto della proposta da parte dell'oblato, come invece vorrebbe l'art. 1333 c.c., ma solo per effetto di un contegno attivo di quest'ultimo. Del resto, l'intenzione del promittente non è già quella di obbligarsi in ogni caso (salvo il rifiuto), ma quella di sollecitare in capo all'oblato uno specifico comportamento della controparte, ovverosia l'esecuzione della prestazione¹⁷⁵.

Ebbene, alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può notare che, allorché l'oblato esegua direttamente la prestazione richiestagli, la dinamica potrà ricondursi in quella descritta dall'art. 1327 c.c.: «la c.d. promessa, destinata a combinarsi non con una repromissione ma con una esecuzione, sfocia quindi in un contratto, stipulato mediante esecuzione da parte dell'accettante»¹⁷⁶. In altri termini, la fattispecie darebbe vita ad un vero e proprio contratto non già ad un negozio giuridico unilaterale, che si caratterizza - quanto a procedimento di formazione - per quel particolare meccanismo predisposto dall'art. 1327 c.c. e dunque per la conclusione mediante l'inizio dell'esecuzione della prestazione richiesta. La ricostruzione, oltre ad essere pienamente conforme con il dato empirico, avrebbe altresì il vantaggio di garantire una maggior tutela dell'oblato, il quale, una volta iniziata l'esecuzione della prestazione, non sarebbe più soggetto alla possibile revoca della proposta da parte del promittente.

Più complesso il caso in cui, a fronte della proposta del promittente, il promissario non esegua

unilaterali atipiche, cit., p. 382. Ma si veda anche G. MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 339, il quale concorda sul fatto che la mediazione atipica «rappresenta forse l'unica promessa unilaterale condizionata ad una prestazione del promissario tipizzata dal nostro Legislatore».

¹⁷⁵ Cfr. G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 357: «il presupposto razionale della figura dell'art. 1333 è quello di un negozio nel quale l'unico comportamento che può attendersi dal promissario è un rifiuto, nel senso che, trascorso il termine di legge, la vicenda preparatoria è conclusa in quanto l'impegno cade o nasce il rapporto definitivo; laddove la finalità specifica della promessa condizionata è di sollecitare un contegno ulteriore (la prestazione) della controparte».

¹⁷⁶ Così G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 356.

direttamente la prestazione, ma faccia precedere l'esecuzione da una manifestazione di volontà adesiva della proposta, con la quale peraltro chiarisca di non volersi obbligare ad eseguire la prestazione richiesta. Si pone, infatti, qui il problema di comprendere se quella manifestazione di volontà, nel nostro ordinamento, abbia o meno valore vincolante, posto che, come si è detto, negli ordinamenti di *common law* e nell'*offer calling for an act* anche l'eventuale adesione alla promessa non avrebbe l'effetto di dare vita al rapporto giuridico tra le parti, laddove il contratto si concluderebbe solo con l'esecuzione della prestazione¹⁷⁷.

Ebbene, pur nel tentativo di importare in un ordinamento di *civil law* figure tipiche del *common law*, non si possono dimenticare però i principi fondanti del primo, ai quali le predette figure dovranno conformarsi. Ecco allora che, rilevato ciò, non si può negare rilevanza giuridica all'eventuale accordo che dovesse intervenire qualora l'oblato, anziché eseguire direttamente la prestazione richiesta, esprima una volontà adesiva alla promessa, pur dichiarando di non volersi obbligare ad eseguire la prestazione. In tali casi, infatti, si avrebbe un contratto concluso, classicamente, ai sensi dell'art. 1326 c.c., e cioè attraverso l'incontro di due manifestazioni di volontà, una proposta e un'accettazione, concordi nel realizzare un'operazione economica in sé peculiare in quanto caratterizzata da uno scambio di prestazioni di cui però una sola sia obbligatoria e sia altresì condizionata all'esecuzione dell'altra, che invece rimane libera¹⁷⁸. Semplicemente, l'accordo rileverà al fine di stabilire il momento e il luogo di conclusione del contratto, le norme da applicare, la giurisdizione e la competenza e così via, ma non determinerà - non ancora, si intende - il sorgere del vincolo obbligatorio unilaterale, il quale appunto è ricollegato non già alla conclusione del contratto, ma all'esecuzione della prestazione dedotta *in condicione*. Detto in altri termini, «questo accordo fissa, per il se e quando sorgeranno obbligazioni fra le parti, il luogo e il tempo del

¹⁷⁷ Cfr. G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, cit., p. 433: «tale accordo in linea di principio non vale nulla: è giuridicamente irrilevante. Il proponente o promittente, come può revocare la proposta o promessa prima di tale accordo, così può recederne; anzi, tale recesso viene sempre qualificato come revoca di una proposta, quasi che non fosse di fatto intervenuto il detto accordo».

¹⁷⁸ Lo stesso Gorla riconosce l'impossibilità, nell'ordinamento italiano, di negare funzione perfezionativa di un accordo - e dunque di un contratto - alla manifestazione di volontà con cui l'oblato "accetti" l'offerta altrui, pur condizionata all'esecuzione di una prestazione: «nel diritto italiano quell'accordo ha rilevanza giuridica. L'ha anche in casi in cui non vincola nessuna delle parti, cioè nei casi in cui, da un lato, l'*act* richiesto dal promittente è in *condicione* e non in *obligatione*; e, dall'altro, il promittente può recedere dall'intervenuto accordo. Né deve stupire, come vedremo, che un accordo del genere abbia rilevanza giuridica, sotto aspetti diversi da quello di creare un vincolo fra le parti» (così G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 442 ss.).

contratto, ne determina contenuto, obbligazioni, responsabilità»¹⁷⁹.

Piuttosto, si tratterà di comprendere come possa operare, sul piano degli effetti del contratto concluso, questo meccanismo che subordina il sorgere del vincolo obbligatorio unilaterale all'esecuzione - non coartata - di una specifica condotta ad opera della controparte.

Sul punto, la ricostruzione migliore è quella che individua nel meccanismo condizionale descritto un tipico esempio di contratto sottoposto a condizione sospensiva *ex art. 1353 c.c.* Al riguardo, non pare potersi obiettare che una simile condizione si qualificerebbe come meramente potestativa e renderebbe nullo il patto *ex art. 1355 c.c.*¹⁸⁰; né che la prestazione oggetto di condizione, in quanto non incide su un piano di interessi "esterno" a quello tipizzato nell'atto, ma piuttosto sulla realizzazione dell'esatto assetto di interessi che il contratto mira a realizzare, non possa qualificarsi propriamente come condizione *ex art. 1353 c.c.*¹⁸¹.

L'obiezione che fa leva sul divieto di cui all'art. 1355 c.c., infatti, si presta ad una immediata replica, laddove si consideri quell'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato in base al quale «la condizione meramente potestativa e la conseguente sanzione di nullità di cui all'art. 1355 cod. civ. non sussistono quando l'impegno, che la parte si assume, non è rimesso al suo mero arbitrio, ma è collegato a un gioco di interessi e di convenienza e si presenta come alternativa capace di soddisfare anche il proprio interesse; che la condizione potestativa invalidante il negozio è quella che dipende dal mero arbitrio del soggetto obbligato, così da presentarsi come effettiva negazione di ogni vincolo, ed essa deve escludersi quando l'evento dedotto dipenda anche dal concorso di fattori estrinseci, che possono influire sulla determinazione della volontà, pur se la relativa valutazione sia rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'interessato»¹⁸². Ebbene, nelle fattispecie oggetto di indagine è evidente

¹⁷⁹ G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 444.

¹⁸⁰ Sulla condizione meramente potestativa, in dottrina, si vedano, *ex multis*: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 578 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 762 ss.

¹⁸¹ Sulla condizione come strumento per rendere operante un piano di interessi necessariamente "esterno" a quello tipizzato nell'atto si veda, tra la dottrina tradizionale, P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 766; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1966, p. 199 ss., ove l'Autore utilizza il termine «attinenza» per riferirsi al rapporto tra la prestazione e il programma contrattuale, e per escludere la deducibilità in condizione, sospensiva o risolutiva, dell'adempimento o inadempimento di una prestazione.

¹⁸² Così Cass. civ., 20 giugno 2000, n. 8390, in *Contratti*, 2000, p. 997 ss. Conformi: Cass. civ., 16 gennaio 2006, n. 728; Cass. civ., 21 maggio 2007, n. 11774; Cass. civ., 26 settembre 2008, n. 24235; Cass. civ., 26 agosto 2014 n. 18239.

che la realizzazione, da parte dell'oblato, della prestazione oggetto di condizione non è rimessa al suo mero arbitrio in quanto l'oblato è consapevole dei vantaggi che otterrebbe eseguendo la prestazione e dunque decide se eseguirla o meno sulla base di un proprio specifico interesse, per di più patrimoniale. Va dunque esclusa, in questi casi, l'applicabilità dell'art. 1355 c.c. e riconosciuta la piena validità della condizione.

Anche la seconda obiezione, relativa all'incongruità tra il meccanismo della condizione e la realizzazione di un assetto di interessi interno al regolamento contrattuale stesso, si supera facilmente laddove si consideri come simili obiezioni sono le medesime che venivano in passato opposte da parte della dottrina¹⁸³ per negare la validità di condizioni di adempimento o di inadempimento. Siffatte tesi, peraltro, sono state oramai da tempo superate da quanti, oggi, concordano nel ritenere del tutto valide simili condizioni¹⁸⁴ e ciò già a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, allorquando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸⁵ hanno superato le ritrosie del passato e hanno riconosciuto l'ammissibilità di una condizione che abbia ad oggetto l'adempimento o l'inadempimento di una delle prestazioni oggetto del contratto. Al riguardo, senza ripercorrere l'intera evoluzione dottrinale sull'argomento, si può ricordare come la dottrina abbia col tempo evidenziato che la funzione della condizione non può limitarsi a dare rilievo ai motivi personali per cui ciascuna parte ha stipulato il contratto¹⁸⁶, ma come essa abbia altresì la funzione di permettere alle parti, nel pieno rispetto del principio dell'autonomia privata, di modulare personalmente gli effetti di un contratto, sotto il profilo temporale, ma anche di vincolatività delle prestazioni¹⁸⁷.

Inoltre, va rilevato come, nello specifico ambito operativo di cui ci stiamo occupando, e dunque quello delle promesse condizionate ad una prestazione, il vincolo obbligatorio è

¹⁸³ Cfr., *supra*, in questo stesso paragrafo, nota 181, p. 132.

¹⁸⁴ *Ex multis*, si vedano R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, p. 150 ss.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, Padova, 1996, *passim*; S. PATTI, *La condizione di adempimento*, in *Vita notarile*, 2000, p. 1163 ss.

¹⁸⁵ Cass. civ., Sez. Un. 09 maggio 1977, n. 1767 e Cass. civ., Sez. Un., 10 maggio 1977, n. 1805, entrambe in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1, c. 1259.

¹⁸⁶ Il riferimento è, evidentemente, alla nota posizione di F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 179 ss.

¹⁸⁷ Cfr. A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 177 ss., secondo cui la condizione avrebbe altresì la funzione di «permettere una graduazione o un'operazione selettiva di tali interessi». Si deve proprio a Di Majo la prima e più compiuta elaborazione della teoria che ammette la possibilità della c.d. «condizione di adempimento», ma si veda altresì L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, cit., p. 270 ss., per cui tra le funzioni della condizione rientra anche quella di «assicurare una più efficace tutela e garanzia alla realizzazione del nucleo fondamentale di interessi prospettati nell'atto».

unilaterale, la prestazione obbligatoria è una sola, mentre l'altra rimane libera in quando dedotta unicamente in condizione e non anche in obbligazione. Pertanto, viene meno, in questi casi, anche quella ritrosia, rispecchiata dall'antico brocardo "*condicio non est in obligatione*", ad associare un'obbligazione al meccanismo condizionale. Nelle ipotesi di cui ci stiamo occupando, cioè, la prestazione dell'oblato, pur essendo elemento interno al contratto, costituendo la "causa" della promessa¹⁸⁸, è tale solo in senso atecnico, non essendo oggetto di una obbligazione, ma unicamente di una condizione.

In definitiva, dalle suesposte considerazioni si può concludere che le promesse condizionate ad una prestazione, data la loro innegabile funzione di scambio e la reciprocità che caratterizza le prestazioni, mal si adattano ad essere inquadrate nell'ambito delle promesse unilaterali atipiche, il cui schema di riferimento è rappresentato dall'art. 1333 c.c., ma si prestano maggiormente ad essere qualificate come veri e propri contratti, il cui perfezionamento seguirà, a seconda dei casi concreti, il modello di cui all'art. 1327 c.c. ovvero quello di cui all'art. 1326 c.c.¹⁸⁹. In tale ultimo caso, infine, il contratto si caratterizzerebbe per essere condizionato all'adempimento, da parte dell'oblato, della prestazione non obbligatoria che gli è stata richiesta.

Trasponendo siffatte conclusioni nell'ambito, ancora più specifico, del c.d. "scambio di dati personali", si potrà infine notare come esse trovino ulteriore conferma nel dato empirico. Infatti, la prassi negoziale dei mercati digitali prevede che molto spesso il consumatore non sigli alcun contratto, né prima di manifestare il consenso al trattamento, né dopo, ma sia chiamato esclusivamente a prestare il consenso al trattamento dei dati. Una volta manifestato il consenso al trattamento, il consumatore avrà poi diretto accesso al servizio (spesso presentato sotto forma di accesso ad un sito web)¹⁹⁰. In tali casi, che rappresentano la

¹⁸⁸ Cfr. G. CASTIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 375.

¹⁸⁹ A conclusioni in parte simili, ancorché con esclusivo riferimento ai c.d. "*tying agreements*", pare giungere P. GALLO, *Consenso al trattamento dei dati personali e fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Digesto on line*, 2024, p. 1 ss., ove l'Autore rileva come, in tali casi, ci si trovi di fronte ad una offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. il cui contenuto è la prestazione di un servizio in cambio non già di un corrispettivo monetario, ma del consenso al trattamento dei dati personali. Non si tratterebbe, in questo caso, «di due contratti collegati, ma piuttosto di un unico contratto, in cui la prestazione di un bene o di un servizio è subordinata al consenso al trattamento di dati personali».

¹⁹⁰ Si pensi a tutti quei casi in cui un sito web mette a disposizione degli utenti una notizia o un'applicazione (come può essere un motore di ricerca o un programma creativo di immagini o documenti), ma subordina l'accesso al sito alla c.d. "spunta" sulla voce che autorizza il gestore del sito web a trattare i dati personali dell'utente.

maggioranza, il consumatore si limita a prestare il consenso al trattamento, e per effetto di tale “prestazione” acquista la possibilità di accedere al sito web. Non pare dunque che possa sostenersi l’idea che esista un contratto autonomo, valido e perfetto già prima della manifestazione del consenso al trattamento. In questi casi sarà piuttosto operante l’art. 1327 c.c. e il contratto si concluderà se e nel momento in cui il consumatore dovesse eseguire la prestazione richiesta, ovverosia la manifestazione del consenso al trattamento.

Viceversa, ogni qual volta il gestore del sito web subordini l’accesso al sito, prima, all’accettazione da parte dell’utente delle c.d. “condizioni di servizio” (condizioni che vengono parificate ad un vero e proprio regolamento contrattuale, cui l’utente deve aderire e al quale deve attenersi), e poi alla manifestazione del consenso al trattamento dei dati, allora si rientrerebbe nella seconda ipotesi prospettata, ovverosia quella di un contratto concluso ai sensi dell’art. 1326 c.c., ma condizionato alla manifestazione del consenso da parte del consumatore.

Inquadrato in questi termini il fenomeno, e ricondotto nell’ambito delle categorie generali del diritto privato interno, rimangono ora da analizzare brevemente alcuni aspetti della disciplina dell’istituto, e in particolare le conseguenze dell’eventuale revoca del consenso al trattamento dei dati personali e dell’invalidità dello stesso. L’analisi non può che partire dall’individuazione della causa del contratto in esame e di quella che abbiamo più volte definito “funzione di scambio”.

3. *Promesse condizionate ad una prestazione: la corrispettività e la causa di scambio.*

Nel corso dell’analisi finora condotta si è più volte avuto modo di rilevare come, a livello empirico, l’operazione oggetto di studio si configuri come un vero e proprio scambio e come, perlomeno ad un livello pre-giuridico, essa richiami fortemente l’idea di corrispettività¹⁹¹: il

¹⁹¹ Già Gino Gorla, nella sua opera prima sul tema, evidenziava tale sensazione, laddove, interrogandosi sulla natura della “condizione” cui era subordinata la promessa, ne negava la qualifica di “condizione in senso tecnico” e cioè di elemento accidentale del contratto, ed affermava che la condizione di cui trattasi «ora contiene la controprestazione o corrispettivo, in senso stretto, di un negozio di scambio e *in questo senso* è la causa della promessa; ora contiene un *quid* che rappresenta lo scopo e che *in quest’altro senso* è la causa della promessa stessa» (così G. GORLA, *Promesse “condizionate” a una prestazione*, cit., p. 452, nota 11). Al di là della negazione alla condizione della sua qualifica di elemento accidentale del contratto (che oggi invece gli si può riconoscere, come visto *supra*, in forza dell’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di condizione di adempimento), era chiaro già allora nelle parole dell’Autore il senso di corrispettività che è insito nell’istituto.

servizio o il prodotto digitali, infatti, intanto vengono forniti al consumatore, in quanto (e fin tanto che) costui permetta al fornitore di trattare i suoi dati per finalità estranee all'esecuzione del contratto stesso (ad es. marketing)¹⁹².

Ebbene, pare giunto ora il momento di approfondire l'argomento per verificare se tale impostazione possa permettere di ricondurre la fattispecie che si è individuata nelle pagine precedenti nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive¹⁹³. La riflessione, peraltro, non è puramente classificatoria, in quanto dall'esito, positivo o negativo, dipenderà la possibilità o meno di applicare in generale al contratto e in particolare alle ipotesi patologiche più problematiche (ad es. la revoca e l'invalidità del consenso al trattamento dei dati personali) la disciplina tipica dei contratti a prestazioni corrispettive.

Al riguardo, va anzitutto chiarita la distinzione tra la nozione di onerosità e quella di corrispettività, posto che è quest'ultima che sottintende una causa di scambio e che determina la possibilità di applicare, alle fattispecie in esame, la disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive. I due concetti, infatti, se anche alle volte possono sovrapporsi¹⁹⁴ operano spesso

Nello stesso senso si esprime anche G. CASTILGIA, *op. ult. cit.*, p. 353 che, con riferimento alla clausola condizionale, rileva: «qui la clausola esprime nella sostanza l'atteggiarsi particolare di una operazione di scambio che viene programmata prescindendo dalla reciprocità degli impegni» e «la promessa condizionata, quindi, è molto prossima al contratto bilateralmente obbligatorio, dal quale pare discostarsi per una differenza sottilissima: la parte pone infatti *in condicione* un contegno che, nel modello comune del contratto a prestazioni corrispettive, è oggetto di un'obbligazione».

¹⁹² Vedasi ad esempio F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e utente: questioni generali*, in L. C. UBERTAZZI (diretto da), *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 102 ss., spec. p. 114, ove si legge che «l'attività del gestore trova così giustificazione nello scambio che, in ragione dell'attività degli utenti, si realizza con l'inserzionista; allo stesso modo, la gratuità del servizio fornito agli utenti è funzione di quel medesimo scambio ed è (...) una gratuità interessata, giustificata dal collegamento causale che si realizza tra prestazioni del gestore, prestazioni dell'inserzionista, attività degli utenti».

¹⁹³ In questo senso, lo si anticipa fin da ora, è orientata - ancorché con diversità di argomenti e soluzioni - praticamente l'intera dottrina che si è pronunciata sul tema: si veda ad esempio G. MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 347 ss., che propende per un'applicazione diretta della disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive; G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 249, il quale invece sostiene un'applicazione estensiva. Più di recente, si vedano: C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 105 ss., (cfr. *infra*, Cap. II, sez. II, par. 4, nota 226, p. 146); S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 171 ss., spec. p. 181, ove l'Autrice conclude rilevando che «se, dunque, chi offre il servizio ne subordina (lecitamente) l'erogazione al consenso al trattamento dei dati, può dirsi sussistente un nesso sinallagmatico tra la fornitura del servizio e il trattamento dei dati, anche se al di fuori di un circuito obbligatorio vero e proprio in quanto si tratta di due sacrifici (intesi, beninteso, in senso giuridico, alla stregua di prestazioni positive o negative che le parti effettuano), che si giustificano reciprocamente. In altri termini, se sono le stesse parti a subordinare la fornitura del servizio al consenso al trattamento, non può che ravvisarsi un'interdipendenza reciproca tra le prestazioni, volte a soddisfare interessi antagonisti».

¹⁹⁴ Cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1437, secondo cui i confini tra le due nozioni non sono rigidi, ma sono al contrario variabili a seconda della norma che, di volta in volta, li prende in

su piani diversi¹⁹⁵ o in rapporto di genere a specie¹⁹⁶.

Pur nella varietà delle opinioni dottrinali sul tema, che in questa sede non è possibile ripercorrere integralmente, si può osservare come in dottrina vi sia comunque la tendenza a riferire il concetto di onerosità al contratto (o al singolo atto, in sé considerato), mentre quello di corrispettività al particolare modo di atteggiarsi delle prestazioni¹⁹⁷.

In estrema sintesi, si può affermare che il contratto oneroso è quello ove ciascuna parte sopporta un sacrificio in vista dell'ottenimento di un'utilità, la quale però non deriva necessariamente in via diretta dalla prestazione dell'altro contraente, quanto piuttosto dall'operazione economica complessivamente considerata. Così, sono contratti onerosi i contratti a prestazioni corrispettive, ma anche i contratti associativi, ove l'utilità del sacrificio di ognuno risiede nell'attività compiuta dall'ente e nessuna prestazione degli associati è rivolta a soddisfare in via diretta gli interessi degli altri¹⁹⁸.

Al contrario, la corrispettività fa riferimento al modo di atteggiarsi delle prestazioni, agli

considerazione, allo stesso modo di quanto avviene con riferimento all'oggetto del contratto che, a seconda del requisito che si prende in considerazione, si può riferire alla "cosa" che viene trasferita, alla singola prestazione eseguita, all'insieme delle prestazioni e così via.

¹⁹⁵ Cfr., ad esempio, G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987 p. 256 ss., per il quale il concetto di onerosità attiene alla causa del contratto, per cui è oneroso l'atto in cui il sacrificio è compiuto a fronte di un utile che si prevede di ottenere, mentre quello di corrispettività attiene alle prestazioni, che devono essere in rapporto di reciprocità.

¹⁹⁶ Cfr., ad esempio, E. ROPPO, voce *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., IV, Utet, Torino, 1989, p. 101, secondo cui i contratti onerosi si caratterizzerebbero per il fatto che «entrambe le parti sostengono un sacrificio giuridico-economico», mentre i contratti a prestazioni corrispettive per il fatto che «ciascuna delle parti affronta un sacrificio e si procura un vantaggio» e che i «vantaggi e sacrifici sono interdipendenti nel senso che ciascuna delle prestazioni è fatta (e ricevuta) come contropartita dell'altra», per cui ogni contratto con prestazioni corrispettive sarebbe oneroso, mentre non sarebbe vero il contrario.

¹⁹⁷ Cfr., ad esempio, A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, cit., p. 136 ss., secondo cui, mentre l'onerosità e la gratuità «si riferiscono al titolo, alla giustificazione del negozio», la corrispettività è riferita al meccanismo di scambio, cioè al «reciproco trasferimento di beni o servizi attuato con un unico strumento negoziale».

¹⁹⁸ Tale rilievo darebbe credito a quelle voci dottrinali che rilevano come, tra onerosità e corrispettività, vi sia un rapporto di genere a specie, laddove ogni contratto a prestazioni corrispettive è oneroso, ma non ogni contratto oneroso è a prestazioni corrispettive: così, ad esempio, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, cit., p. 267 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 6 ss., per cui «perché si abbia onerosità, dentro o fuori l'area del contratto, occorre infatti pur sempre questa interdipendenza tra le attribuzioni che l'interprete può cogliere guardando all'operazione economica sulla quale è innestato l'atto negoziale. Non occorre, invece, che il vantaggio ottenuto dall'autore dell'atto sia costituito da una controprestazione in senso stretto, nel senso cioè di un comportamento doveroso a lui imposto; quindi (...) potrebbe affermarsi che, mentre la corrispettività indica la pianificazione di uno scambio tra prestazioni rispetto al quale i soggetti sono in posizione di obbligo, l'onerosità indica pur sempre una correlazione tra prestazioni ma secondo una pluralità di modalità».

effetti del contratto, «e sta a indicare che tra le prestazioni vi è un vincolo di reciprocità o interdipendenza, per cui ciascuna prestazione si giustifica in ragione dell'altra»¹⁹⁹. Tale reciprocità realizza esattamente quello scambio di cui si è accennato in precedenza e che colora la causa del negozio fino ad influenzarne la disciplina. Nei contratti a prestazioni corrispettive, che pure sono contratti onerosi, la causa è infatti una causa di scambio e consiste nel fatto che ciascuna prestazione si giustifica in ragione dell'altra, l'una trova la sua causa nell'altra e viceversa: si parla di «rapporto di interdipendenza» tra le prestazioni²⁰⁰.

Il problema, a questo punto, attiene a capire se l'interdipendenza citata debba intercorrere solo tra prestazioni in senso stretto, e dunque tra obbligazioni²⁰¹, o se invece possa intercorrere anche tra prestazioni in senso lato, tra attribuzioni patrimoniali che vengono oggettivamente scambiate tra loro, ma di cui solo una è "prestazione obbligatoria", laddove l'altra può qualificarsi come "prestazione condizionale". Il tema è quello, noto, della differenza tra "sinallagma genetico" e "sinallagma funzionale", ove il primo si riferisce alla corrispettività di vincoli giuridici (e dunque di obbligazioni), mentre il secondo si riferisce alla corrispettività di "attribuzioni patrimoniali"²⁰². In origine, infatti, la corrispettività veniva fatta coincidere esclusivamente con la prima delle due accezioni²⁰³, ma l'impostazione deve ritenersi oggi superata alla luce di quegli orientamenti dottrinali che hanno rilevato come, ai fini dell'individuazione del nesso di corrispettività, il concetto di prestazione non possa essere ridotto all'oggetto di una obbligazione, ma debba necessariamente estendersi ad ogni utilità, ogni vantaggio e in generale ogni attribuzione ricevuta²⁰⁴. Così, per effetto di tale

¹⁹⁹ Così S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 177.

²⁰⁰ Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 920 ss., secondo cui la causa dei contratti a prestazioni corrispettive «risiede nel rapporto di interdipendenza fra l'adempimento della prestazione e l'adempimento della controprestazione», laddove invece in quelli onerosi essa «risiede nell'assoggettarsi di ciascuna parte a un sacrificio patrimoniale, in vista del vantaggio che le deriva dal contratto», senza che però vi sia un nesso di corrispettività.

²⁰¹ Del resto, la disciplina che il Legislatore nazionale ha dettato per i contratti a prestazioni corrispettive si modella essenzialmente su prestazioni in senso stretto e dunque sulla corrispettività di vincoli giuridici. Così, ad esempio, tutta la disciplina sulla risoluzione del contratto di cui agli artt. 1453 - 1469 c.c.

²⁰² Per un approfondimento sulla differenza tra i due concetti, si rinvia a F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*.

²⁰³ Cfr., ad esempio, G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 485 ss.

²⁰⁴ Cfr. G. MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 341: «su quest'ultimo punto, la dottrina ha ormai dimostrato che, perché si abbia un contratto a prestazioni corrispettive, non occorre la presenza di due obbligazioni reciproche, ma è sufficiente che il nesso di sinallagmaticità si ponga tra due attribuzioni patrimoniali, ed ha affermato che contratti sinallagmatici e contratti cc.dd. unilaterali non sono fattispecie antinomiche, tanto che si fanno degli esempi di contratti a prestazioni corrispettive con obbligazioni di una sola parte». Ma vedasi anche R.

lettura, possono considerarsi a prestazioni corrispettive anche i contratti ad effetti reali e i contratti reali²⁰⁵. Autorevole dottrina ha poi evidenziato come l'interdipendenza funzionale di cui trattasi, e in generale gli scambi contrattuali, possano realizzarsi non soltanto «come effetto della programmazione (o, più precisamente, con il perfezionarsi del procedimento formativo e il dispiegarsi degli effetti del contratto)» o «dello strumento negoziale (isolatamente considerato) in cui lo scambio è previsto», ma altresì come effetto di «fattori ulteriori e, in un certo senso, esterni all'operatività del precetto»²⁰⁶. In altri termini, si è presa coscienza del fatto che «l'interdipendenza tra prestazioni [...] si ravvisa innanzitutto laddove le prestazioni sorgono per effetto del medesimo contratto: il legame si instaura in questo caso tra i sacrifici che risultano dagli effetti contrattuali, reali o obbligatori», ma essa «può però anche ravvisarsi tra la prestazione scaturente dal contratto o dall'atto e un elemento ad esso esterno cui il contratto o l'atto tuttavia fa riferimento»²⁰⁷.

Simili conclusioni hanno permesso alla dottrina di estendere le riflessioni sopra esposte in merito al c.d. “sinallagma funzionale” e all'interdipendenza, non già tra vincoli giuridici quanto piuttosto tra attribuzioni patrimoniali, anche al fenomeno delle promesse condizionate ad una prestazione, con riferimento alle quali si parla ormai generalmente di “sinallagma genetico-condizionale”²⁰⁸. Si è infatti notato come quella stessa forma di interdipendenza tra la prestazione contrattuale e un elemento esterno sia ben presente nelle promesse condizionate ad una prestazione, ove «il nesso di reciprocità è garantito, a livello strutturale, dalla circostanza che l'obbligo di eseguire una prestazione non sorge finché l'altra non sia stata eseguita»²⁰⁹.

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO - F. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1975, p. 222 ss.; R. SACCO, *Il Contratto*, cit., p. 825 ss.

²⁰⁵ G. OSTI, voce *Contratto*, in A. AZARA - E. EULA (diretto da), *Nuovissimo digesto italiano*, IV, Utet, Torino, 1959, p. 490 ss., il quale afferma che per prestazione deve intendersi «un qualsiasi apporto di utilità da una parte all'altra, tanto se esso sia attuato immediatamente dal contratto perché questo abbia effetto reale, (...) o anche perché un tale effetto pratico, indipendentemente da un effetto reale proprio del contratto, sia posto in essere con esecuzione contestuale alla conclusione di quest'ultimo; quanto se, dal contratto, l'apporto di utilità sia assicurato attualmente solo in modo virtuale, mediante la costituzione di un rapporto obbligatorio che debba avere esecuzione in un momento futuro»; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Torino, 1984, p. 14 ss., secondo cui «il sinallagma corre non sempre e necessariamente tra due obbligazioni, ma, più in generale, fra due attribuzioni patrimoniali derivanti anche da un contratto ad efficacia reale».

²⁰⁶ Così G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.

²⁰⁷ Così, S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 178.

²⁰⁸ Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 516 ss.

²⁰⁹ Così S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 178. Ma vedasi anche G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 254 ss., ove l'Autore

In definitiva, il riconoscimento del fatto che la corrispettività debba essere individuata nell'interdipendenza tra attribuzioni patrimoniali piuttosto che tra obbligazioni, attribuzioni patrimoniali che possono manifestarsi anche come esterne all'operatività del precetto, rende pacificamente estendibile alle promesse condizionate a una prestazione la qualifica di contratti a prestazioni corrispettive, ove tale corrispettività appunto si pone tra una prestazione obbligatoria ed una condizionale. Le conclusioni sopra raggiunte trovano conferma se solo si ricordi come l'intento della Direttiva (UE) 2019/770 fosse esattamente quello di parificare il "contratto" in cui il servizio o contenuto digitali venissero erogati dietro un corrispettivo in denaro - ipotesi che configura pacificamente un contratto a prestazioni corrispettive - al c.d. "caso" in cui «l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico».

Ebbene, come detto in apertura del presente paragrafo, l'inserimento della fattispecie in esame nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive apre effettivamente alla possibilità di applicare ad essa l'intera disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, sia quella generale contenuta nel Codice civile, sia anche - e soprattutto - quella consumeristica di cui al Codice del consumo. Peraltro, bisogna precisare come, essendo modellate su una corrispettività di vincoli giuridici, non tutte le norme dettate per tale tipologia di contratti potranno essere applicate integralmente o, comunque, come esse dovranno essere modulate sulle specificità delle promesse condizionate ad una prestazione, e segnatamente sul fatto che, delle due prestazioni, l'una non è dedotta in *obligatione*²¹⁰. Così, ad esempio, con riferimento alla prestazione condizionale (la manifestazione del consenso al trattamento) non troveranno spazio le disposizioni poste a garanzia dell'adempimento, come l'esecuzione coattiva, né quelle poste a rimedio dell'inadempimento, come il risarcimento del danno²¹¹.

dimostra di ritenere che al fenomeno delle promesse condizionate ad una prestazione si attagli perfettamente quel modello contrattuale citato in cui lo scambio «si pone come effetto non dello strumento negoziale (...) ma di fattori ulteriori e in certo senso esterni all'operatività del precetto».

²¹⁰ Cfr. G. MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 348, il quale sottolinea come «la tesi enunciata ci consente di applicare in via diretta - e non per il tramite di un'interpretazione estensiva o analogica - tutta la normativa dei contratti a prestazioni corrispettive, tenendo tuttavia presente che la peculiarità dell'istituto *de quo* non ne permette un'applicazione totale (per esempio, non si potrà risolvere il contratto per inadempimento del promissario). Con ciò (...) si vuole sostenere una sua utilizzazione che tenga conto di quella che è la caratteristica principale della fattispecie in esame, vale a dire - si ripete ancora - la non obbligatorietà di una delle attribuzioni corrispettive, alla cui concreta attuazione è condizionata di solito l'efficacia dell'intero negozio».

²¹¹ Cfr. G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 248: «la mancanza dell'obbligazione assume peraltro rilievo decisivo

Peraltro, resterà spazio per l'applicazione della disciplina in commento ad altre ipotesi patologiche, particolarmente rilevanti nella dinamica dello "scambio di dati personali", quali quelle della revoca del consenso al trattamento dei dati personali, dell'invalidità dello stesso e di un trattamento dei dati illecito, cioè eseguito dal professionista in violazione delle regole sancite dal GDPR. Le pagine, conclusive, che seguono proveranno a fornire un disegno della disciplina applicabile alle predette ipotesi patologiche alla luce delle conclusioni sinora raggiunte.

4. Cenni di disciplina: la revoca del consenso al trattamento dei dati personali.

L'analisi della disciplina del consenso al trattamento dei dati personali, così come elaborata dal GDPR e dalle Istituzioni italiane ed europee²¹², ci ha condotto a qualificare tale manifestazione di volontà come ontologicamente distinta rispetto a quella diretta a concludere un contratto. Parallelamente, si è notato che il fenomeno negoziale in esame si caratterizza per avere ad oggetto uno scambio tra la fornitura di un servizio e la manifestazione del consenso al trattamento dei dati. Così, si è qualificato tale consenso come "prestazione" oggetto di scambio. Evidenziato però come non sia ad esso estendibile, stanti i limiti imposti dal requisito di libertà del consenso (*ex art. 4, par. 1, n. 11, GDPR*), la nozione di "prestazione" in senso stretto, e dunque quale oggetto di un'obbligazione, si è individuato il meccanismo delle c.d. "promesse condizionate ad una prestazione" come quello che, meglio di ogni altro, è in grado di replicare su un piano giuridico lo scambio che avviene sul piano empirico, superando i limiti imposti dal predetto requisito di libertà. Analizzato l'istituto delle promesse condizionate ad una prestazione, dalla sua teorizzazione sino alle fattispecie conosciute dalla prassi commerciale, e calato nello specifico contesto del c.d. "scambio" di dati personali, si è notato come esso possa essere ricondotto - alternativamente a seconda delle peculiarità del caso concreto - allo schema di un contratto concluso ai sensi dell'art. 1326 c.c., ma sottoposto a condizione sospensiva *ex art. 1353 c.c.*, ovvero allo

(...) in ordine alla disciplina applicabile (*rectius* non applicabile). Restano inoperanti i congegni volti, da un lato, ad assicurare l'attuazione della condotta, dall'altro, a eliminare le conseguenze pregiudizievoli connesse alla sua inesecuzione: non vi sarà spazio né per l'esecuzione coattiva, né per il risarcimento del danno».

²¹² Vedasi soprattutto il provv. del 28 maggio 1997 del Garante italiano per la protezione dei dati personali (cfr. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 3, nota 47, p. 91) e le Linee guida sul consenso al trattamento dei dati personali adottate dal CEPD (cfr. *supra* Cap. II, sez. I, par. 6, nota 123, p. 111).

schema di un contratto concluso mediante l'esecuzione della prestazione richiesta, ai sensi dell'art. 1327 c.c.²¹³. Dopodiché, un'analisi dell'evoluzione del concetto di "prestazione" e di "corrispettività" nel contesto giuridico odierno, unitamente alle riflessioni sulla possibilità per la condizione di realizzare anche un assetto di interessi interno al regolamento contrattuale, ci ha permesso di qualificare il contratto, in entrambe le ipotesi sopra delineate, come contratto a prestazioni corrispettive.

Infine, una volta ricondotta la fattispecie negoziale oggetto di studio nell'alveo dei contratti a prestazioni corrispettive, si è altresì accennato come non possa comunque estendersi ad essa l'intera loro disciplina e come ci si dovrà piuttosto concentrare sull'individuare la disciplina applicabile alle principali ipotesi patologiche che potrebbero verificarsi in relazione al c.d. contratto di "scambio di dati personali". Sul punto, non potrà essere d'aiuto la Direttiva (UE) 2019/770, la quale ha rimesso al Legislatore nazionale il compito di qualificare la fattispecie in esame secondo le categorie più consone del diritto interno e di individuarne, di conseguenza, una disciplina generale. In particolare, la Direttiva ha rimesso ai Legislatori nazionali la decisione sulla disciplina da applicare all'ipotesi più problematica, ovvero quella di revoca del consenso al trattamento dei dati inizialmente manifestato²¹⁴. Come si è visto²¹⁵, peraltro, il Legislatore italiano ha sprecato l'occasione che gli era stata fornita e ha evitato di sbilanciarsi su una specifica qualificazione, rimettendo così in ultima analisi tale compito agli interpreti.

Ebbene, la disciplina dettata a livello europeo per la revoca del consenso al trattamento dei dati personali ha da sempre rappresentato uno degli aspetti più problematici della configurazione del c.d. "scambio di dati personali" come una vera e propria operazione contrattuale. Ai sensi dell'art. 7, par. 3, GDPR, infatti, l'interessato non solo può revocare in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione, anche non specificata, il consenso prestato, ma tale revoca deve altresì poter essere esercitata con "la stessa facilità" con cui viene espresso

²¹³ Come è stato sapientemente osservato, infatti, «è la conformazione negoziale, decisa dalla piattaforma digitale, a determinare se la condizionalità riguardi la conclusione o l'esecuzione del contratto» (così G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, cit., p. 1145).

²¹⁴ Ai sensi del Considerando n. 40 della Direttiva (UE) 2019/770: «la presente direttiva non dovrebbe disciplinare le conseguenze per i contratti contemplati dalla presente direttiva nel caso in cui il consumatore revochi il consenso al trattamento dei dati personali del consumatore. Tali conseguenze dovrebbero rimanere riservate al diritto nazionale».

²¹⁵ Cfr. *supra* Cap. I, sez. I, par 4, p. 38 ss.

il consenso²¹⁶. Inoltre, il Considerando n. 42 del GDPR, ai sensi del quale «il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio», potrebbe indurre a ritenere che il consenso dovrebbe potersi revocare senza che l'interessato possa perdere il diritto alla fruizione del servizio, configurandosi tale “perdita” come un “pregiudizio” vietato dal combinato disposto dell'art. 7, par. 3, GDPR e del Considerando n. 42 GDPR. Tale interpretazione, peraltro, pare troppo rigorosa e finirebbe, ancora una volta, per escludere *tout court* la possibilità di condizionare la prestazione del servizio alla prestazione del consenso al trattamento, e così per escludere in generale la commerciabilità dei dati personali. Perdere la possibilità di ricevere un servizio che l'interessato ha ottenuto solo in forza della manifestazione del consenso e che, fin dall'origine, si è posto come condizionato alla manifestazione del consenso al trattamento, non pare - in caso di revoca dello stesso - potersi qualificare come un vero “pregiudizio”, dovendosi piuttosto qualificare la perdita del servizio come il ripristino della situazione *quo ante*, come la mera perdita di un vantaggio precedentemente ottenuto e non già come un pregiudizio.

Al di là di simili interpretazioni, resta il fatto che la revocabilità *ad nutum* e “senza pregiudizio” del consenso manifesta un'evidente tensione tra l'assetto normativo predisposto attorno al consenso e alla sua revoca da una parte e la dinamica tipica dei contratti a prestazioni corrispettive dall'altra. La possibilità di revocare il consenso al trattamento dei dati, infatti, stante la sua ontologica distinzione rispetto al consenso contrattuale, non può qualificarsi come una facoltà di recesso dal contratto prevista dalla legge²¹⁷. Il consenso contrattuale, infatti, rimane ontologicamente distinto dal consenso al trattamento dei dati, il quale costituisce vera e propria controprestazione oggetto di scambio e dunque oggetto del contratto. Pertanto, la revoca del consenso non incide sul vincolo negoziale ma sull'oggetto dello stesso, sulla corrispettività tra le prestazioni. In altri termini, ferma restando - a norma

²¹⁶ Art. 7, par. 3, GDPR: «l'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato».

²¹⁷ Ciò che invece avviene nelle c.d. “fattispecie tradizionali” di commercializzazione degli attributi della personalità, ove con un unico consenso si perfeziona il contratto e si realizza l'effetto costitutivo in capo all'avente causa (cfr. Cap. II, sez. I, par. 1, p. 75 ss.).

dell'art. 7, par. 3, GDPR - la liceità del trattamento effettuato in precedenza, la revoca del consenso al trattamento dei dati personali fa evidentemente venire meno - per il futuro - quel nesso di corrispettività che, come si è visto, costituisce la causa del contratto in esame e la ragione per cui il servizio viene fornito.

Tutto ciò impone di interrogarsi su quali possano essere gli effetti di tale revoca sul contratto in esame. Al riguardo, viene innanzitutto rilevato come, a fronte della revoca del consenso al trattamento dei dati, non possa sostenersi acriticamente la caducazione automatica e istantanea dell'intero contratto²¹⁸. Piuttosto, bisognerà comprendere come questa modifica del sinallagma contrattuale agisca sull'assetto di interessi corrispettivi, perché è evidente che la revoca, impedendo al professionista di proseguire nel trattamento dei dati, fa venire meno quella corrispettività che, come si è visto, dà causa al contratto e dunque l'interesse - per lo meno del professionista - a rimanere vincolato. Pertanto, sarebbe più opportuno rimettere la scelta se sciogliere o meno il vincolo negoziale al professionista, il quale è l'unico soggetto che risente della revoca del consenso e che dunque avrebbe interesse a far valere l'interruzione del sinallagma contrattuale²¹⁹.

Ecco allora che ci si deve interrogare su quali possano essere gli strumenti a disposizione del professionista per porre rimedio all'intervenuta variazione, a suo danno, del sinallagma contrattuale.

Sul punto, pare da escludersi l'applicabilità del rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento e ciò non tanto per un'asserita incompatibilità concettuale tra il concetto di inadempimento e la natura condizionale e non obbligatoria della prestazione, quanto piuttosto per la sua incompatibilità con alcune delle norme specifiche che sovrintendono il rimedio: dalla necessaria gravità dell'inadempimento, alla possibilità di agire per l'adempimento, finanche al rimedio risarcitorio.

Esclusa così l'operatività della risoluzione per inadempimento, in dottrina le impostazioni si sono divise principalmente tra quanti hanno optato per una risoluzione per eccessiva

²¹⁸ Soluzione per la quale invece opta, attraverso un richiamo alla disciplina in materia di commercializzazione dell'immagine, F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali"*, cit., p. 46 ss.

²¹⁹ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 182 ss., il quale rileva altresì che l'operatore economico «potrebbe avere anche un altro interesse: continuare ad eseguire la prestazione contrattuale chiedendo al consumatore di "sostituire" il consenso revocato con un corrispettivo idoneo a replicare il valore ricavabile dal trattamento dei dati» e che lo stesso consumatore «dopo aver revocato il consenso al trattamento vorrebbe continuare ad usufruire del contenuto o servizio digitale».

onerosità sopravvenuta della prestazione del fornitore²²⁰, e quanti hanno invece optato per il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione del consumatore²²¹. La prima ricostruzione viene valorizzata in funzione del principio di bilanciamento di interessi contrapposti: da un lato, infatti, si consentirebbe al professionista di «sciogliersi dal contratto per via dell’alterazione della componente patrimoniale dell’operazione negoziale»; dall’altro, il comma 3 dell’art. 1467 c.c. permetterebbe al consumatore di “ricondere ad equità” il contratto «reintegrando il valore deducibile dallo sfruttamento dei dati»²²². La seconda ricostruzione, peraltro, appare più coerente con le dinamiche tipiche del c.d. “scambio di dati” e con gli interessi concretamente coinvolti. *In primis*, vi è da rilevare che è altamente complicato calcolare il valore dei dati necessario a “reintegrare il valore deducibile dallo sfruttamento” e dunque il prezzo che il consumatore dovrebbe “integrare” per ricondurre ad equità il contratto²²³. In secondo luogo, l’onerosità sopravvenuta è rimedio tipicamente ricollegato ad avvenimenti “straordinari ed imprevedibili” e difficilmente può ritenersi tale la revoca del consenso, prevista per legge. Più coerente con l’impianto sistematico del Codice civile appare forse la riconduzione della revoca del consenso all’impossibilità sopravvenuta della prestazione. In contrario, non varrebbe affermare che la revoca è un atto voluto da parte del consumatore e che dunque difficilmente potrebbe qualificarsi come “impossibilità” di eseguire la prestazione, in quanto è oramai pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che all’impossibilità di eseguire una determinata prestazione debba essere equiparata l’impossibilità di fruire della prestazione altrui, integrando tale eventualità un «difetto sopravvenuto della funzione economico-individuale del contratto»²²⁴. In altri termini, nel nostro caso, per il professionista sarebbe

²²⁰ Così, ad esempio, G. VERSACI, *op. ult. cit.*, p. 182 ss.; P. GAGGERO, *Il trattamento dei dati personali nel settore bancario. Brevi note*, in *Contratto e impresa Europa*, 1998, p. 259 ss.; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 256 ss.

²²¹ Così S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 186 ss.

²²² Così G. VERSACI, *op. ult. cit.*, p. 184 ss.

²²³ Lo stesso Autore si rende conto della difficoltà citata e suggerisce di «limitare il più possibile l’ipotesi di una surrogazione dei dati personali con un prezzo» (G. VERSACI, *op. ult. cit.*, p. 184).

²²⁴ Il riferimento è ovviamente al noto e consolidato orientamento della giurisprudenza, che trova conferme anche in dottrina, che ha equiparato - *quoad effectum* - all’impossibilità sopravvenuta della prestazione l’impossibilità di fruire della prestazione altrui, integrando tale eventualità un «difetto sopravvenuto della funzione economico-individuale del contratto» (così Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315 e Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26958. Per un’analisi più approfondita delle sentenze citate si veda E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 151 ss.).

impossibile trattare i dati personali del consumatore e ciò integrerebbe un “difetto sopravvenuto della funzione economico-individuale del contratto”. Correlativamente, egli avrebbe la possibilità di invocare la risoluzione *ex art.* 1464 c.c.²²⁵.

Peraltro, a ben vedere, che si propenda per l’una o per l’altra ricostruzione, gli effetti rimarrebbero i medesimi (l’invocabilità della risoluzione contrattuale, con poche variazioni), risolvendosi dunque l’opzione per l’una o l’altra soluzione una scelta principalmente dogmatica.

Piuttosto, merita riportare un’opinione difforme da quelle sopra ricordate, che si caratterizza per la notevole diversità degli esiti cui giunge. Ci si riferisce in particolare all’opinione di chi suggerisce di adottare, per il caso di revoca del consenso al trattamento, il rimedio di cui all’art. 1460 c.c.²²⁶.

I vantaggi, in effetti, sarebbero notevoli. In primo luogo, infatti, l’art. 1460 c.c. dà vita ad un rimedio stragiudiziale che, in quanto tale, permetterebbe al professionista di interrompere immediatamente la fornitura del servizio senza essere previamente costretto ad adire un Tribunale per ottenere la declaratoria di risoluzione contrattuale, evitando così tutte le inconvenienze della macchina giudiziale, a partire dai tempi e dai costi di una sentenza. L’assenza di forme solenni²²⁷, poi, rende lo strumento di difesa contrattuale ancora più

²²⁵ Cfr. S. THOBANI, *op. ult. cit.*, p. 188, ove l’Autrice rileva altresì che «se vi è un nesso di corrispettività tra il trattamento e il servizio fornito, [...] si avrà dunque la risoluzione del contratto di fornitura, in base a quanto previsto in via generale dall’art. 1463 c.c.: la controparte è anch’essa liberata dal dover eseguire la controprestazione (la quale rimane priva di causa), mentre secondo le regole generali il revocante sarebbe tenuto a restituire quanto eventualmente già ricevuto. È chiaro tuttavia che, trattandosi di contratti di durata, sono fatte salve le prestazioni già eseguite, *ex art.* 1458. comma I, c.c. Si noti che l’impossibilità della prestazione determina che la parte liberata (l’interessato) non possa pretendere la controprestazione, mentre il fornitore del servizio può, se desidera, continuare a erogarlo».

²²⁶ Addotta questa impostazione C. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 112, la quale giustifica la scelta come diretta conseguenza della qualifica del contratto in esame come a prestazioni corrispettive e rileva come l’ambito di operatività dell’art. 1460 c.c. debba essere individuato sulla base dell’esistenza di un vincolo sinallagmatico tra le prestazioni e non già sulla base della loro obbligatorietà: «allorquando ci si chiede se «il riferimento normativo alla corrispettività implichi una delimitazione di ordine tassativo in ordine all’ambito di applicabilità dell’*exceptio*», per giustificarne l’estensione dello specifico strumento sospensivo-dilatorio alle ipotesi delle promesse condizionate a una prestazione, appare agevole argomentare che in tali figure negoziali l’esistenza del vincolo sinallagmatico, sebbene condizionale, è pur sempre diretto al conseguimento di “risultati corrispettivi”, all’insorgere di una reciprocità di attribuzioni - prestazioni - che è legittimata proprio dalla permanenza e (ove lo richieda la fattispecie) contestualità dello scambio. Se l’eccezione di inadempimento «rappresenta una naturale ricaduta del sinallagma contrattuale», la regola in base alla quale una prestazione trova la sua giustificazione nell’altra vale anche per l’ipotesi dello scambio condizionale che crea una interdipendenza funzionale tra le prestazioni.

²²⁷ Cfr., sul punto, A. M. BENEDETTI, *L’eccezione di inadempimento*, in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO (a

agevole e di facile esperimento, il che - nella logica dei mercati digitali, che richiedono rapidità nelle transazioni - deve essere salutato con rinnovato favore. In secondo luogo, il rimedio si connota per l'estrema flessibilità, in quanto permette tanto di interrompere il servizio qualora venga meno la possibilità di trattare i dati, quanto di riprenderlo immediatamente qualora tale possibilità venga successivamente ripristinata. E, infatti, sia il professionista che l'utente avranno interesse a riprendere il rapporto di scambio non appena il consumatore dovesse nuovamente acconsentire al trattamento dei dati.

A tale ricostruzione verrebbe facile obiettare che il consenso al trattamento dei dati non è una prestazione in senso stretto, non essendo obbligatoria, e che dunque la sua revoca non potrà mai essere qualificata come "inadempimento", con ciò precludendo l'applicazione dell'art. 1460 c.c. Sennonché, si tratterebbe di un'eccezione puramente formalistica, ancorata cioè al dato letterale di un termine che invece ben potrebbe estendersi al di là del suo ambito di applicazione classico, e poco attenta alla *ratio* che sottende l'istituto. E, infatti, al di là della terminologia utilizzata, l'art. 1460 c.c. non ha lo scopo di rimediare alla mancata attuazione di un'obbligazione (obbiettivo cui mira piuttosto l'istituto della risoluzione del contratto e il collegato risarcimento del danno), quanto piuttosto quello di garantire e tutelare il rispetto del sinallagma contrattuale²²⁸. In altri termini, il rimedio dell'eccezione di inadempimento, al di là del tenore letterale, è funzionale ad evitare che il sinallagma contrattuale venga meno a danno di una delle parti, serve cioè a mantenerlo intatto senza intaccare l'efficacia del contratto, e tali funzioni sono ben compatibili con l'ipotesi di uno scambio tra due prestazioni, ancorché una soltanto di esse sia obbligatoria.

In definitiva, se si ammette, come si è sostenuto in queste pagine, che non è la reciprocità degli obblighi a qualificare un contratto come a prestazioni corrispettive, quanto piuttosto la interdipendenza tra queste ultime, interdipendenza che qualifica il sinallagma come "funzionale" in contrapposizione al "sinallagma genetico"; e se dunque si riconosce, come pare doveroso, che tale interdipendenza possa ravvisarsi anche nel fenomeno delle promesse condizionate a una prestazione, ove essa assume le vesti di una "corrispettività condizionale", allora non vi sarà alcun motivo per non ritenere applicabile l'art. 1460 c.c. all'ipotesi in cui

cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice civile* diretto da E. GABRIELLI, vol. IV, Utet, Torino, 2011, p. 480 ss., spec. p. 507 ss.

²²⁸ Così, A. M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 481.

una delle due prestazioni non venga eseguita o, più precisamente, venga revocata. Del resto, ciò che inizialmente ci ha spinti a negare l'applicabilità della disciplina della risoluzione per inadempimento non è già l'incompatibilità del concetto di "inadempimento" con la revoca del consenso, quanto piuttosto l'incompatibilità di alcune specifiche norme di disciplina con la libertà della prestazione condizionale. Nel caso dell'art. 1460 c.c., però, tale incompatibilità non sussiste, in quanto esso si limita ad autorizzare una parte del contratto a prestazioni corrispettive a sospendere la propria prestazione finché la controparte non riprenda ad eseguire la sua, senza per questo obbligarla ad eseguirla o invocare un risarcimento dei danni. Una simile dinamica ci pare perfettamente in linea con il fenomeno che si è analizzato finora, di un contratto a prestazioni corrispettive, che si giustificano l'un l'altra, ma di cui una è obbligatoria e l'altra è posta *in condicione*.

5. (Segue) *L'invalidità del consenso al trattamento dei dati personali.*

Una seconda ipotesi patologica che può venire in rilievo e di cui pare utile proporre un'analisi per gli elementi di intreccio che essa presenta - al pari della precedente - con la disciplina di cui al GDPR, è quella relativa al caso in cui il consenso prestato come controprestazione, in cambio del servizio o del prodotto digitali, sia invalido ai sensi del Regolamento.

L'invalidità del consenso, come si è visto²²⁹, può derivare variamente da diverse ipotesi: dalla mancanza di libertà, dal fatto che sia prestato in assenza delle informazioni prescritte e che dunque non sia informato, dall'assenza di specificità o inequivocabilità (art. 4, par. 1, n. 11, GDPR), nonché, infine, dall'assenza dell'età prescritta per legge per esprimerlo, ovverosia gli anni 16 (art. 8, par. 1, GDPR). In tutti questi casi, l'effetto primario sancito dal GDPR è il divieto di eseguire il trattamento e l'illegittimità dell'eventuale trattamento eseguito²³⁰, con le conseguenti sanzioni per tale ultimo caso. A livello contrattuale, la conseguenza più rilevante di un consenso invalido è l'impossibilità di trattare i dati personali del consumatore e dunque il venir meno - ancora una volta - del nesso di corrispettività che giustifica il contratto di scambio. Peraltro, attenta dottrina nota come, diversamente dall'ipotesi

²²⁹ Cfr. Cap. II, sez. I, par. 3, p. 89 ss.

²³⁰ Cfr. Gruppo di lavoro art. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 3.

precedente, di revoca del consenso, ove il vizio che affligge il nesso di corrispettività è “funzionale”, nell’ipotesi qui in esame si ha un vizio “genetico”, che affligge cioè il contratto fin dalla sua origine, il che giustifica una scelta di disciplina diversa²³¹. La conseguenza di un simile difetto, per così dire “originario”, non potrebbe quindi che riverberarsi sulla validità del contratto, portando alla sua nullità. In particolare, tale dottrina evidenzia come, nelle ipotesi di c.d. “scambio di dati personali”, la possibilità per il fornitore di trattare i dati del consumatore rientra all’interno dell’oggetto del contratto e, pertanto, l’illiceità del trattamento (come conseguenza di un consenso invalido) non potrebbe che riflettersi sull’oggetto del contratto, rendendolo parimenti illecito²³².

Peraltro, la soluzione proposta non convince appieno. In primo luogo, infatti, anche volendo ragionare, come fa la dottrina citata, in termini di “vizio genetico” del contratto, esso affliggerebbe il nesso di corrispettività tra le prestazioni e dunque la soluzione più appropriata sarebbe quella di ritenere il contratto nullo non già per illiceità dell’oggetto quanto piuttosto per la sua impossibilità o per assenza di causa. Vero è, peraltro, che l’esito sarebbe pur sempre quello della nullità del contratto²³³.

In secondo luogo, e soprattutto, l’opzione sopra delineata appare poco coerente con la qualificazione, in precedenza operata, del c.d. “contratto di scambio dati” come contratto a prestazioni corrispettive, ove la prestazione richiesta al consumatore è quella di autorizzare, tramite il consenso, il professionista a trattare i suoi dati. La prestazione richiesta al

²³¹ Così S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 200: «la diversità di conseguenze rispetto al caso di revoca del consenso si giustifica sulla base della considerazione che, se il consenso è invalido, si ha un vizio genetico del contratto nel cui oggetto rientra il trattamento dei dati, che non può che determinarne l’invalidità; nel caso di revoca il difetto è invece funzionale».

²³² Così S. THOBANI, *ibidem*, la quale sostiene in particolare la tesi della illiceità dell’oggetto, piuttosto che quella della sua impossibilità.

²³³ In senso diverso si esprime quella dottrina (cfr., ad es., G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 176 ss.) che, ricostruendo il contratto in esame come un’ipotesi di collegamento negoziale, applica il principio *simul stabunt simul cadent*, ancorché problematizzandone gli esiti per evitare «qualsiasi automatismo dogmatico» e così distinguendo a seconda che l’invalidità del consenso sia “imputabile” al professionista (come nel caso in cui le informazioni fornite non fossero state sufficienti a garantire la formazione di un consenso effettivamente “informato” e consapevole) o che sia «frutto di fattori interni alla sfera volitiva dell’interessato». Nel primo caso, sostiene l’Autore, bisognerebbe evitare un effetto ablativo del contratto a favore di un effetto conformativo-satisfattivo per la parte debole: «impedire all’operatore economico di richiedere la caducazione del contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, obbligandolo a fornire la prestazione anche senza la possibilità di sfruttare i dati del consumatore». La soluzione, pur essendo giustificata da innegabili esigenze di bilanciamento di interessi, ci pare eccessivamente punitiva nei confronti del professionista, il quale, se pure sia a lui riconducibile la causa di invalidità del consenso, non sempre può considerarsi “colpevole” dell’invalidità del consenso stesso.

consumatore e dedotta *sub condicione* non è, infatti, la manifestazione di un generico consenso al trattamento, in quanto l'interesse del professionista è di essere autorizzato a trattare lecitamente i dati personali del consumatore. Pertanto, al consumatore è richiesta la manifestazione di un consenso che sia idoneo ad autorizzare il professionista a trattare i dati del consumatore. In difetto di tale carattere, il consenso prestato non corrisponde all'interesse del professionista e, soprattutto, non corrisponde esattamente alla prestazione che egli ha richiesto al consumatore.

Applicando tali considerazioni all'istituto delle promesse condizionate ad una prestazione per come sopra delineato (e dunque come un contratto che - alternativamente a seconda delle peculiarità del caso concreto - si conclude *ex art. 1326 c.c.*, ma rimane sospensivamente condizionato alla manifestazione del consenso al trattamento; ovvero che si conclude *ex art. 1327 c.c.* direttamente con l'esecuzione della prestazione richiesta, e cioè la manifestazione del consenso al trattamento), non si potrà che concludere nel senso di ritenere che se il consenso prestato dal consumatore non è valido, e quindi non è idoneo ad autorizzare il professionista a trattare i suoi dati personali, allora la conseguenza sarà, rispettivamente, il perdurare dell'inefficacia del contratto già concluso (per mancato avveramento della condizione richiesta), ovvero la mancata conclusione del contratto (per difformità della prestazione eseguita rispetto a quella richiesta).

Il tema dell'invalidità del consenso prestato, sia che venga ricondotto ad un'ipotesi di nullità del contratto, sia che invece si propenda per la tesi da ultimo sostenuta, chiama in entrambi i casi a sé il tema degli obblighi restitutori, tema che peraltro si rivela - *in subiecta materia* - di scarsissimo rilievo pratico. Le restituzioni, infatti, sono rese particolarmente complesse dal fatto che, nella maggior parte dei casi di "scambio di dati personali" contro un servizio digitale, le prestazioni eventualmente eseguite pur in assenza di un contratto valido ed efficace non sono suscettibili di ripetizione: da un lato, infatti, vi è il servizio digitale che, per definizione, quale servizio, non è suscettibile di ripetizione; dall'altro vi è la "fornitura" dei dati personali, la quale però è tale solo in senso atecnico, in quanto non si può parlare di "trasferimento" dei dati (non configurando questi ultimi dei beni giuridici in senso stretto), né, dunque, di "restituzione", configurandosi piuttosto la prestazione dell'interessato come l'autorizzazione al loro trattamento e dunque, ancora una volta, come una sorta di

“servizio”²³⁴. Non essendo possibile la ripetizione in natura, non rimarrebbe che applicare - secondo parte della dottrina²³⁵ - la disciplina dell’arricchimento senza causa, la quale però rimarrebbe altrettanto impraticabile sia da parte del consumatore, sia da parte del professionista. Infatti, da un lato è particolarmente arduo valutare l’arricchimento e/o l’impoverimento conseguenti all’ottenimento e alla perdita dei dati personali: il valore economico dei singoli dati, per entrambe le parti, è infinitesimale ed è quindi incalcolabile il vantaggio/svantaggio economico conseguente al loro “trasferimento”. Dall’altro, i vantaggi ricevuti dal consumatore che abbia fruito del servizio andrebbero probabilmente compensati con quelli goduti dal professionista per aver fruito dei dati fino alla declaratoria di nullità, con ciò nullificando l’eventuale indennizzo.

Piuttosto, dunque, appare più utile interrogarsi su quali potrebbero essere le conseguenze contrattuali di un trattamento illecito non già perché privo di una base giuridica legittimante ai sensi dell’art. 6 GDPR, quanto piuttosto perché, *in executivis*, questo venga realizzato in contrasto con la disciplina della *data protection*. Il tema è, evidentemente, quello degli obblighi risarcitori che, ai sensi dell’art. 82 GDPR, sorgono in capo a chi ha eseguito il trattamento²³⁶ e che finiscono inevitabilmente per intrecciarsi con le tutele contrattuali previste dalla disciplina generale del Codice civile e da quella speciale del Codice del consumo. Il tema verrà affrontato nelle prossime pagine, concludendo i cenni sulla disciplina del c.d. “contratto di scambio di dati personali”.

6. (Segue) Il trattamento illecito dei dati personali. Profili di responsabilità.

Nelle pagine precedenti si sono analizzate le conseguenze sul contratto di un consenso privo dei requisiti di validità sanciti dal GDPR ed ora, nelle pagine che seguono, si affronterà brevemente il tema, in parte connesso, delle conseguenze di un trattamento che, pur in presenza di una base giuridica valida (*id est*: un valido consenso al trattamento dei dati

²³⁴ Sulla qualificazione del consenso al trattamento come un servizio si tornerà *infra* (cfr. Cap. III, sez. II, par. 4, p. 202 ss., spec. nota 155, p. 205-206).

²³⁵ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell’indebitto*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1226 ss., il quale rileva che, allorquando non sia possibile la restituzione in natura della prestazione eseguita, non si debba applicare la disciplina dell’indebitto oggettivo di cui all’art. 2033 c.c., bensì quella dell’arricchimento senza giusta causa di cui all’art. 2041 c.c.

²³⁶ Più precisamente, in capo al “titolare” e al “responsabile” del trattamento.

personali), venga eseguito in violazione delle regole - principalmente procedurali - che il GDPR detta per il titolare del trattamento e che sfoci quindi comunque in un trattamento illecito.

Il caso che si vuole analizzare è cioè quello per cui, a fronte di un consenso validamente prestato, l'operatore economico esegua un trattamento comunque illecito perché, ad esempio, viola le finalità per le quali il consenso è stato prestato²³⁷, ovvero tratti più dati di quelli ai quali è stato autorizzato²³⁸, o ancora non adotti le necessarie precauzioni imposte dal GDPR a garanzia della sicurezza dei dati contro eventuali *data breaches*²³⁹, e così via. Gli esempi possono essere infiniti, in quanto infinite sono le possibilità con cui si può manifestare una violazione delle regole poste dal GDPR ad indirizzare l'attività di colui che tratta i dati personali altrui, pur in presenza di una base giuridica legittimante il trattamento ai sensi dell'art. 6 GDPR.

Ebbene, a fronte della violazione di una di queste regole²⁴⁰, il GDPR prevede, all'art. 82, una tutela di tipo risarcitorio: «Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento». Non essendo questa la sede per ripercorrere il dibattito sulla natura della predetta responsabilità²⁴¹, ci limitiamo a rilevare che in passato il Codice privacy, in recepimento della Direttiva (CE) 1995/46, conteneva indici normativi inequivocabili in merito alla qualificazione della responsabilità da

²³⁷ Cfr. art. 5, par. 1, lett. b), GDPR: «i dati personali sono raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità» (c.d. “principio di limitazione della finalità”).

²³⁸ Cfr. art. 5, par. 1, lett. c), GDPR: «i dati personali sono adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati» (c.d. “principio di minimizzazione dei dati”).

²³⁹ Cfr. art. 32 GDPR: «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio (...)».

²⁴⁰ In passato, vigente il Codice privacy, vi è stato un intenso dibattito dottrinale in merito all'ampiezza da attribuire al concetto di “trattamento illecito”, se cioè fosse in grado di generare responsabilità e obblighi risarcitori ogni ipotesi di mera violazione delle regole dettate per il trattamento o se invece fosse necessario un elemento ulteriore come un connesso danno ingiusto. Oggi, vigente il Regolamento, pare superato il dibattito a favore di una illiceità “in senso lato”, comprensiva cioè di ogni forma di violazione delle regole dettate dal GDPR. Cfr., sul punto, F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 369 ss.

²⁴¹ Sul tema, si veda, ad esempio, F. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 383 ss.

trattamento illecito. In particolare, l'art. 15 del Codice privacy qualificava il trattamento illecito come attività pericolosa *ex art. 2050 c.c.* e riconduceva così la responsabilità in esame nell'alveo della responsabilità aquiliana²⁴². Oggi, invece, il Regolamento ha portato all'abrogazione di gran parte del Codice privacy e in particolare del citato art. 15, venendo così meno ogni riferimento normativo che prima rendeva incontestabile la natura extracontrattuale della responsabilità. Nel vigore della nuova disciplina, che non si sbilancia sulla natura della responsabilità in commento, sempre più Autori propendono per attribuire alla stessa una natura contrattuale, *rectius* da inadempimento di un'obbligazione, valorizzando in particolare l'esistenza di una relazione tra interessato e titolare del trattamento, caratterizzata dalla presenza di diritti (segnatamente quelli di cui agli artt. 15-22 GDPR) e doveri (principalmente obblighi di prevenzione attinenti alle modalità del trattamento, *ex art. 5 GDPR*) reciproci, già prima e a prescindere dalla commissione - solo eventuale - dell'illecito²⁴³. Quest'ultima soluzione appare a maggior ragione condivisibile laddove il trattamento si collochi nel contesto di un'operazione di scambio ove, pur non assurgendo ad oggetto immediato del contratto, risulti comunque l'obiettivo perseguito dal professionista.

Ad ogni modo, al di là della qualificazione della responsabilità da trattamento illecito come contrattuale o extracontrattuale²⁴⁴, il profilo forse più problematico nell'ottica in cui ci si è posti, ovverosia quella di individuare le conseguenze contrattuali di un trattamento illecito,

²⁴² Cfr. G. RESTA - A. SALERNO, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in G. ALPA - G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 643 ss.

²⁴³ Così, ad esempio, F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato, Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 445 ss.

²⁴⁴ La differenza, peraltro, si ridurrebbe a pochi profili di disciplina, se solo si consideri come si tratterebbe in ogni caso di una responsabilità dai connotati di oggettività: l'art. 82, par. 2, GDPR, infatti, prevede, come prova liberatoria della responsabilità, la dimostrazione da parte del titolare che «il fatto dannoso non gli sia in alcun modo imputabile», locuzione che richiama da vicino tanto la prova liberatoria di cui all'art 1218 c.c. («se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile») quanto quella di cui all'art. 2050 c.c. («se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»). Rimarrebbero, ovviamente, alcuni profili di diversità, quali i termini prescrizione, la qualità dei danni risarcibili e, infine, la necessità dell'ingiustizia del danno, presente nel primo caso e assente nel secondo. Peraltro, soprattutto per quanto riguarda tale ultimo requisito, si potrebbe dubitare che esso sia richiesto anche per il risarcimento dei danni conseguenti ad un trattamento illecito: trattandosi, infatti, di un risarcimento sancito da una norma pervasiva qual è il Regolamento europeo, può forse dubitarsi della legittimità di proiettare su di esso regole e principi tipici del diritto interno.

attiene alla scarsa appetibilità²⁴⁵ che rischia di possedere per l'interessato-consumatore il rimedio risarcitorio e ciò per una serie di motivi, socio-giuridici, che possono essere brevemente sintetizzati nei termini che seguono.

In primis, infatti, vi è la circostanza che la maggior parte dei contratti che si stanno analizzando intervengono tra importanti società multinazionali come Google, Apple, Meta e così via da una parte e singole persone fisiche, consumatori, dall'altra. È quindi illusorio immaginare che il singolo consumatore, fruitore di servizi digitali online, sia incentivato a intentare una causa legale contro simili società. Il secondo profilo problematico di una tutela risarcitoria, poi, è rappresentato dall'entità del risarcimento del danno e dalla difficoltà di provarlo. Il trattamento dei dati personali è infatti un fenomeno di massa e i dati personali stessi acquistano valore solo se e nella misura in cui vengono trattati in enormi quantità²⁴⁶. Il singolo dato, o comunque i dati personali di un singolo consumatore, hanno un valore irrisorio e i danni patrimoniali che il consumatore potrebbe subire da una violazione delle regole sul trattamento hanno molto spesso un valore altrettanto insignificante. A ciò si aggiunga la difficoltà di provare - anche solo per via presuntiva - i danni non patrimoniali, che tra l'altro secondo la giurisprudenza nazionale sono risarcibili solo a fronte di una lesione "grave" e di un pregiudizio "serio"²⁴⁷.

Una soluzione a questo problema può essere individuata nella valorizzazione della lettura contrattualistica del fenomeno di scambio tra servizi digitali e dati personali. Ancorché, cioè, l'obbligo di trattare i dati personali in maniera lecita non trovi fonte nel contratto, ma

²⁴⁵ Esprimono chiaramente l'inefficacia - e dunque la scarsa appetibilità - di una tutela meramente risarcitoria S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 203 ss.; G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 436; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 219 ss.

²⁴⁶ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Ten legal Perspectives on the "Big Data Revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, *passim*.

²⁴⁷ Il riferimento è, ovviamente, alle c.d. "sentenze di San Martino" (Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975), ove le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sancirono che, per la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di un diritto fondamentale della persona, in un'ottica di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. e di bilanciamento di interessi contrapposti, è necessario provare la «gravità della lesione» e la «serietà del pregiudizio» derivanti dalla lesione del diritto. Di recente, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sent. C-741/21 del 11 aprile 2024), pur non facendo alcun riferimento a requisiti di "gravità" e "serietà", ha riconosciuto - anche *in subiecta materia* - la distinzione tra danno evento e danno conseguenza tipica del nostro diritto nazionale, affermando che la mera violazione del Regolamento non è sufficiente a garantire un risarcimento, essendo necessario provare il "danno conseguenza" subito, ovvero sia il pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, derivante dalla violazione stessa.

direttamente nella legge, si potrebbe²⁴⁸ considerare il trattamento illecito dei dati non già meramente come la violazione di un'obbligazione legale e dunque come generativo di una generica responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, quanto piuttosto come un vero e proprio inadempimento contrattuale²⁴⁹. Si tratterebbe, cioè, di adottare, con riferimento alle regole poste dal GDPR in materia di trattamento, la stessa operazione ermeneutica in forza della quale si riconosce alla buona fede oggettiva di cui all'art. 1375 c.c. una funzione e una capacità integrative del regolamento contrattuale, nella misura in cui essa è in grado di incidere sul rapporto contrattuale introducendo obblighi diversi ed ulteriori rispetto a quelli espressamente pattuiti dalle parti²⁵⁰. La fonte normativa, in altre parole, finirebbe per integrare il regolamento contrattuale con obblighi comportamentali la cui violazione determinerebbe un vero inadempimento contrattuale.

Tale ricostruzione sembra poi suffragata dal Considerando n. 48 della Direttiva (UE) 2019/770, che è significativo in questo senso in quanto prevede che «è altresì possibile considerare, in funzione delle circostanze del caso, che gli elementi che determinano un difetto di conformità rispetto ai requisiti di cui al Regolamento (UE) 2016/679, inclusi principi fondamentali quali i requisiti in materia di minimizzazione dei dati, protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita, costituiscono un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi di cui alla presente direttiva» e che, in tali casi, «il consumatore dovrebbe avere diritto ad avvalersi dei rimedi per difetto di conformità previsti dalla presente direttiva». In altri termini, la Direttiva prevede la possibilità e anzi si auspica che nei c.d. “contratti di scambio di dati contro un servizio”, la violazione, da parte di chi riceve e tratta i dati, delle norme del GDPR sul trattamento sia considerata alla stregua di un difetto di conformità del servizio/prodotto fornito²⁵¹ e dunque di un vero e proprio

²⁴⁸ Si tratta di una proposta *de jure condendo*, ancorché suffragata, come si vedrà, da alcuni indici normativi di derivazione eurounitaria.

²⁴⁹ Il riferimento è alla nota distinzione, all'interno della categoria generale della responsabilità da inadempimento, tra l'inadempimento di un'obbligazione legale (cui fanno capo anche ipotesi diverse dall'inadempimento contrattuale) e quella dell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale.

²⁵⁰ Cfr. *ex multis*, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 118 ss. In giurisprudenza si veda Cass. civ., sez. I, 22 maggio 1997, n. 15669: «non può farsi a meno di ricordare come la buona fede operi non solo in sede d'interpretazione ed esecuzione del contratto, a norma degli artt. 1366 e 1375 c.c., ma anche quale fonte d'integrazione della stessa regolamentazione contrattuale, secondo quel che si desume dall'art. 1374 c.c.».

²⁵¹ Si pensi, ad esempio, a tutte le ipotesi in cui i dati vengono, per così dire, “forniti” dal consumatore

inadempimento contrattuale.

L'esito sarebbe particolarmente dirompente, laddove si consideri come, riconducendo il trattamento illecito ad un vero e proprio inadempimento contrattuale, considerato altresì il particolare settore di cui stiamo discorrendo, e cioè quello dei contratti tra professionisti e consumatori, potrebbero infine applicarsi al trattamento illecito non solo i rimedi previsti dal GDPR e afferenti alla disciplina sulla protezione dei dati personali (principalmente il risarcimento del danno)²⁵², ma altresì quelli relativi alla disciplina consumeristica di cui al Codice del consumo. Si tratta in particolare dei rimedi tipicamente contrattuali del ripristino della conformità del bene al contratto attraverso i meccanismi della riparazione o sostituzione, della riduzione del prezzo o infine della risoluzione del contratto (art. 135 *bis* Cod. cons.). Ovviamente, tali rimedi non potrebbero applicarsi acriticamente, ma dovrebbero essere calibrati sul particolare fenomeno di scambio che stiamo analizzando. Così, ad esempio, i rimedi della riparazione e della sostituzione potranno trovare spazio più facilmente allorquando la fornitura del professionista abbia ad oggetto un "prodotto" (come, ad esempio, un apparecchio domotico per il controllo a distanza degli impianti di un'abitazione), mentre sarà più difficile che trovino spazio allorquando i dati vengano "scambiati" per un servizio, soprattutto se "istantaneo", che si consuma cioè una volta fruito. In tale ultimo caso, non potendosi né sostituire, né riparare un servizio già fruito, troverebbero più facilmente spazio i rimedi residuali della riduzione del prezzo (allorquando, ad esempio, ci si trovi davanti ad uno scambio a "corrispettivo misto", costituito cioè in parte dai dati personali e in parte da un pagamento in denaro) e della risoluzione del contratto.

In questo modo, si verificherebbe un innegabile ampliamento della protezione del consumatore-interessato, che avrebbe così a disposizione un ventaglio molto più ampio di rimedi a fronte di un eventuale trattamento illegittimo dei propri dati personali. Un ventaglio di rimedi che, secondo la dottrina che più ha approfondito tali aspetti, non sarebbero tra loro alternativi, ma si cumulerebbero, aumentando notevolmente la protezione di due figure notoriamente deboli come il consumatore e l'interessato²⁵³.

attraverso la navigazione sul sito web, oppure attraverso l'utilizzo di prodotti domotici per l'abitazione o assistenti vocali, e questi raccolgano più dati di quelli cui sono stati autorizzati o li conservano per più tempo o ancora non siano dotati di sufficienti misure di protezione contro i *data breaches*, e così via.

²⁵² Al risarcimento del danno si aggiungono altresì i diritti-rimedi tipici della *data protection*, quali quelli alla cancellazione dei dati e alla limitazione del trattamento.

²⁵³ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 199 ss. e p. 212,

7. *Riflessioni conclusive.*

In conclusione, per le considerazioni sin qui svolte, si può osservare come il fenomeno del c.d. “scambio di dati personali”, alla luce della tradizione giuridico-culturale sul diritto alla protezione dei dati personali e soprattutto della normativa europea in materia di consenso al trattamento, non può che essere ricostruito come la combinazione di due atti autonomi, il consenso contrattuale e il consenso al trattamento. Tra le varie ipotesi che l’ordinamento nazionale offre per la ricostruzione in termini negoziali di questo scambio, sempre alla luce della normativa europea e segnatamente del requisito di libertà del consenso al trattamento, emerge che la soluzione migliore sia quella del c.d. “collegamento condizionale”, ove lo scambio avviene tra due prestazioni di cui l’una è dedotta *in obligatione* e l’altra solamente *in condicione*. In questo modo, si riesce a conciliare il meccanismo di scambio che tipicamente caratterizza il fenomeno che si sta analizzando con il carattere libero di una delle due prestazioni: l’interessato rimane cioè libero di manifestare il consenso al trattamento e il professionista sarà obbligato alla propria prestazione solo ove, e fintanto che, tale consenso venga manifestato. Questo meccanismo, da ricondursi al fenomeno delle promesse condizionate ad una prestazione, permette di qualificare ulteriormente l’operazione economica in esame quale contratto a prestazioni corrispettive e di applicarne, nei limiti della compatibilità, la relativa disciplina.

In particolare, la soluzione proposta ha l’indubbio vantaggio di permettere un’applicazione integrata di tre diverse fonti normative. Al “fornitore” di dati, infatti, si potranno applicare, *in primis*, le norme dettate dal GDPR in materia di protezione dei dati personali, e dunque tutti i diritti dell’interessato di cui agli artt. 15-22 GDPR, quali il diritto di accesso ai dati, il diritto di rettifica, di cancellazione, limitazione, notifica, portabilità e opposizione, nonché il risarcimento del danno di cui all’art. 82 GDPR. Non solo. Il titolare del trattamento dovrà rispettare tutte le norme per così dire procedurali sul trattamento. Parallelamente, il

ove l’Autore altresì rileva che tutt’al più il risarcimento del danno, qualora venisse richiesto in aggiunta ad altro rimedio di carattere consumeristico, dovrebbe venire calibrato nel *quantum* e in particolare subire una riduzione qualora il predetto rimedio contrattuale avesse già parzialmente ottenuto l’effetto di ridurre i danni subiti dal consumatore. Ma ciò risponde alla funzione compensativa del risarcimento del danno e non rappresenta alcunché di nuovo o eccezionale.

“fornitore” dei dati, quale parte di un contratto a prestazioni corrispettive, avrà altresì accesso - nei limiti innanzi evidenziati - alle tutele e ai rimedi previsti dal Codice civile, tra cui emerge ad esempio la possibilità di agire per un esatto adempimento della prestazione del professionista (*ex art. 1453 c.c.*). Infine, quale consumatore, egli avrà accesso a tutti i rimedi tipici della tutela consumeristica e segnatamente quelli previsti per il caso di difetto di conformità, quali possono essere la riparazione o la sostituzione, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (*ex art. 135 bis Cod. cons.*), con la correlata restituzione del prezzo eventualmente pagato; nonché potrà far valere le c.d. “nullità di protezione” che potrebbero eliminare le eventuali clausole contrattuali vessatorie. Mette conto di rilevare come da più parti si sia evidenziato l’ulteriore vantaggio derivante dall’applicazione della disciplina consumeristica e consistente nella possibilità di ricorrere a quelle azioni di classe previste sia dall’art. 140-*bis* Cod. cons., sia soprattutto dalla recente Direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori²⁵⁴.

In definitiva, l’interpretazione avanzata presenta l’innegabile vantaggio di ampliare notevolmente il ventaglio di tutele previste a favore di un soggetto che, quale interessato e consumatore, è doppiamente “soggetto debole” e dunque doppiamente meritevole di una protezione rigorosa, di un livello di tutela effettivo. Parallelamente, si tratta di una lettura che non esclude la commercializzazione dei dati personali, ma anzi si sforza di trovare, tra le rigorose maglie del GDPR, uno spazio anche alla loro circolazione su base negoziale, così da non vanificare i passi avanti fatti dal Legislatore europeo in direzione della creazione di un mercato europeo dei dati.

²⁵⁴ Vedono nella tutela collettiva e di classe una possibile soluzione alla scarsa effettività, ed appetibilità, della tutela individuale diversi Autori: si veda in particolare A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer law & security review*, 32/2016, p. 238 ss.; altresì S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 203 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 219 ss.

CAPITOLO TERZO

Prospettive *de jure condendo*. La licenza d'uso dei dati personali come strumento per la creazione di un mercato europeo dei dati personali.

Sezione I

L'approccio statunitense alla commercializzazione dei dati personali.

La natura meramente mercantile della *data protection*.

- 1. La Strategia dell'Unione Europea per i dati e l'opportunità di una comparazione col modello statunitense. Verso la creazione di un mercato europeo dei dati personali.*

L'analisi condotta sinora in un'ottica *de jure condito* ci ha permesso di ricondurre all'interno dei binari del diritto nazionale italiano la fattispecie di c.d. "scambio di dati personali" prevista a livello europeo dalla Direttiva (UE) 2019/770. Si è in particolare visto come tale fattispecie possa essere qualificata come un peculiare contratto di scambio tra due prestazioni: l'una effettivamente obbligatoria, la prestazione del servizio o la fornitura del prodotto digitale; l'altra c.d. "condizionale", la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali per finalità diverse dall'esecuzione del contratto. Si è, altresì, visto come la manifestazione del consenso al trattamento condizioni il contratto al punto che, in sua assenza, il contratto dovrà considerarsi, a seconda dei casi, o non concluso o inefficace¹.

Allo stato attuale, l'interpretazione proposta appare conforme alla normativa e alle indicazioni provenienti dalle Istituzioni europee e nazionali in merito alla natura dei dati personali, al consenso al loro trattamento e al diritto alla loro protezione. È peraltro evidente che la disciplina dettata dal GDPR, a maggior ragione se interpretata in maniera rigorosa dalle Istituzioni europee, pur se coerente con la nascita e l'evoluzione storica del diritto alla

¹ Sul punto si rinvia a Cap. II, sez. II, par. 2, p. 122 ss.

protezione dei dati personali, costituisce innegabilmente un limite o comunque un ostacolo ad una circolazione davvero libera dei dati personali e all'uso degli stessi quale vera e propria "merce di scambio". Tale disciplina, come si è visto, rende altresì difficile ricostruire il fenomeno negoziale di "scambio dati", imponendo soluzioni interpretative che ostacolano, pur senza impedirli, una circolazione su base negoziale dei dati personali.

Questa situazione, caratterizzata da costanti dubbi in merito alle condizioni, ai limiti e alla stessa legittimità della commercializzazione dei dati personali, dubbi necessari allorché si ragioni in un'ottica meramente protettiva dei diritti fondamentali degli interessati, è certamente di ostacolo all'obiettivo unionale di favorire la libera circolazione dei dati, di incentivare il commercio e lo sviluppo delle imprese digitali europee, e di creare un vero e proprio mercato dei dati, ove questi possano circolare liberamente - al pari di quanto già avviene per merci e servizi - pur sempre nel rispetto dei principi fondamentali della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali.

Indicativi, in questo senso, sono gli approdi politici e normativi cui è giunta più di recente l'Unione in materia non già di protezione, quanto piuttosto di libera circolazione dei dati, personali e industriali. Ci si riferisce, in particolare, alla c.d. "Strategia dell'Unione Europea per i dati", presentata dalla Commissione europea a febbraio 2020², la quale ha come obiettivo quello di contribuire alla creazione di un mercato unico dei dati facilitando la loro circolazione in tutti i settori produttivi. In particolare, l'obiettivo politico è quello di creare uno spazio digitale europeo che consenta una vera e propria condivisione dei dati tra consumatori, imprese e pubbliche amministrazioni.

Nell'ambito di questa strategia, sono stati approvati il Regolamento europeo sulla governance dei dati, c.d. *Data Governance Act*³, entrato in vigore a settembre 2023, e il Regolamento europeo sui dati, c.d. *Data Act*⁴, sulla condivisione dei dati generati dall'uso di "prodotti connessi" o di "servizi correlati" (il c.d. "*Internet of things*") tra imprese e utenti, il quale è

² Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Una strategia europea per i dati*, disponibile online all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0066>.

³ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724.

⁴ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828.

stato promulgato l'11 gennaio 2024 e diventerà operativo solo a partire dal 12 settembre 2025. Tali Regolamenti nascono dalla considerazione per cui negli anni il volume di dati generato dagli esseri umani e dalle macchine è aumentato in modo esponenziale, ma la maggior parte di tali dati è inutilizzata, o il loro valore è concentrato nelle mani di un numero relativamente limitato di soggetti. Da ciò, l'obiettivo perseguito dall'Unione è stato quello di agevolare l'accesso ai dati da parte degli stessi consumatori, di altre imprese e delle pubbliche amministrazioni, così da garantire che il maggior numero possibile di soggetti abbia accesso ad una risorsa così fondamentale nella nuova economia moderna⁵. In particolare, mentre il *Data Governance Act* disciplina le procedure che permettono la condivisione dei dati, il *Data Act* stabilisce le categorie di dati condivisibili, le condizioni per la loro condivisione, nonché diritti e doveri dei soggetti coinvolti nel processo. In questo senso, il *Data Act* disciplina la condivisione di una categoria specifica di dati, ovverosia quelli - sia personali, sia, soprattutto, industriali - che vengono generati da tutti quegli oggetti che possono essere collegati a Internet, come veicoli o natanti (non solo automobili private, ma anche camion, treni, navi e aerei), robot industriali, elettrodomestici, smartphone e smartwatch, ecc. Ovviamente, qualora si tratti della condivisione di dati personali, il *Data Act*, ai sensi del Considerando n. 7⁶ e soprattutto dell'art. 1, par. 5⁷, fa salva la disciplina di

⁵ Insieme, si legge sui siti ufficiali dell'Unione, «questi due atti faciliteranno un accesso affidabile e sicuro ai dati, promuovendo l'uso in settori economici chiave e in settori di interesse pubblico. Contribuiranno inoltre alla creazione di un mercato unico dei dati nell'UE, a vantaggio, in ultima analisi, sia dell'economia europea che della società in generale» (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/data-act>).

⁶ Ai sensi del Considerando n. 7 del Regolamento (UE) 2023/2854 «il presente regolamento integra e lascia impregiudicato il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali e della vita privata, in particolare i regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e la direttiva 2002/58/CE. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere applicata o interpretata in modo da ridurre o limitare il diritto alla protezione dei dati personali o il diritto alla vita privata e alla riservatezza delle comunicazioni. Qualsiasi trattamento di dati personali a norma del presente regolamento dovrebbe rispettare il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati, tra cui il requisito di una valida base giuridica del trattamento a norma dell'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679 e, se del caso, e le condizioni di cui all'articolo 9 di tale regolamento e all'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58/CE».

⁷ Ai sensi dell'art. 1, par. 5, Regolamento (UE) 2023/2854 «il presente regolamento fa salvo il diritto dell'Unione e nazionale in materia di protezione dei dati personali, della vita privata e della riservatezza delle comunicazioni e dell'integrità delle apparecchiature terminali, che si applica ai dati personali trattati in relazione ai diritti e agli obblighi, in particolare i regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e la direttiva 2002/58/CE, nonché i poteri e le competenze delle autorità di controllo e i diritti degli interessati. Nella misura in cui gli utenti sono gli interessati, i diritti di cui al capo II del presente regolamento integrano i diritti di accesso da parte degli interessati e i diritti alla portabilità dei dati di cui agli articoli 15 e 20 del regolamento (UE) 2016/679. In caso di conflitto tra il presente regolamento e il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali o della vita privata o la legislazione nazionale adottata conformemente a tale diritto dell'Unione, prevale il

protezione della persona dettata da altre fonti europee e, in attuazione di queste, nazionali. Per quel che qui rileva, dunque, quando le informazioni di riferimento sono dati personali, le disposizioni del *Data Act* devono sottostare al rispetto del GDPR. In caso di contrasto, le norme di protezione prevalgono sempre sulle disposizioni del *Data Act*, le quali si limitano ad integrare, ove possibile, le prime senza limitarne la portata. Così, ad esempio, il *Data Act* introduce nuovi diritti per l'interessato, ma non modifica le disposizioni sulle basi giuridiche necessarie al trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 6 del GDPR.

Per quanto attiene alle previsioni specifiche, non essendo questa la sede per una disamina approfondita, ci si può limitare a ricordare alcune delle previsioni più significative della nuova direzione intrapresa. Ad esempio, produttori e fornitori di servizi sono tenuti a consentire ai loro utenti di accedere, riutilizzare e condividere gratuitamente i dati raccolti attraverso i loro prodotti e servizi correlati; devono permettere l'accesso ai dati a terzi su richiesta dell'utente o per obblighi legali; devono concedere i dati a terzi secondo termini e condizioni economiche eque, ragionevoli e non discriminatorie, e in modo trasparente.

In definitiva, si tratta di previsioni che vanno a regolare il mercato dei dati, principalmente industriali, ma non solo, dettando disposizioni volte a favorire la maggior diffusione, condivisione e circolazione dei dati stessi, tra consumatori, imprese e pubbliche amministrazioni, così da agevolare il più possibile la creazione di un mercato interno dei dati efficiente e produttivo per l'economia e la società europee.

Si coglie, peraltro, ancora una volta, quella tensione, quella contraddizione, che si è già rilevato contraddistinguere le diverse anime del GDPR e della normativa europea in generale, nonché delle Istituzioni chiamate ad interpretarla e applicarla: da un lato, la tendenza a tutelare la persona limitando la commerciabilità dei dati personali; dall'altro, la spinta verso un mercato dei dati libero, ispirato al principio di libera circolazione degli stessi.

Tali contraddizioni sono poi ancora più evidenti allorquando si provi ad ampliare l'angolo visuale al di fuori dell'Unione europea, a Paesi terzi, ove - non applicandosi il GDPR⁸ - la

pertinente diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali o della vita privata».

⁸ Cfr. art. 3 GDPR, ai sensi del quale il Regolamento si applica, da un lato, a tutti i soggetti che siano "stabiliti" (ai sensi del Considerando n. 22 GDPR «lo stabilimento implica l'effettivo e reale svolgimento di attività nel quadro di un'organizzazione stabile») all'interno dell'Unione europea (e cioè «indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione»); dall'altro, esso si applica anche ai soggetti che non sono stabiliti nell'UE, ma solo qualora le attività di trattamento riguardino: «a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento

protezione dei dati è meno rigorosa e la loro circolazione maggiormente libera permette uno sviluppo delle nuove tecnologie industriali più rapido ed efficiente. Al riguardo, certamente significativa è l'esperienza statunitense, ove - come si avrà modo di vedere - l'approccio è fortemente orientato alla libera circolazione e commercializzazione dei dati personali.

Infatti, dall'altro lato dell'oceano, lontano dalle esperienze totalitarie europee, l'attuale concezione della *data protection* è stata influenzata da una politica orientata allo sviluppo economico spregiudicato ed autoregolamentato e da una forte preminenza riconosciuta ai diritti di libertà economica. È innegabile che una rigida protezione dei dati personali, caratterizzata da altrettanto forti limitazioni al trattamento di questi ultimi, soprattutto in un'ottica di scambio economico, costituisca un limite al commercio e allo sviluppo delle imprese, soprattutto per quelle che operano nel campo dei servizi digitali, che rappresenta oggi uno dei principali campi di innovazione e di sviluppo dell'economia mondiale, comportando così un limite anche allo sviluppo dell'economia di uno Stato. E così, fin dalla nascita di Internet, sotto l'Amministrazione Clinton, il Governo statunitense, rimasto affascinato dall'impatto economico positivo delle imprese operanti nel campo delle nuove tecnologie, ha fatto di tutto per favorirne lo sviluppo economico⁹. In particolare, l'Amministrazione U.S.A. ha fatto ampio affidamento sui poteri di autoregolamentazione del mercato, limitando il meno possibile le imprese e consentendo dunque loro la più ampia libertà nel trattamento dei dati dei consumatori, ivi compresa la possibilità di una loro vendita a terze parti per fini di marketing mirato. Infatti, si evidenziava che *«personal data fuels an advertising marketplace that brings many online services and sources of content to*

dell'interessato; b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione». Infine, ai sensi dell'art. 3, par. 3, GDPR, il Regolamento trova applicazione altresì quando il «titolare del trattamento non è stabilito nell'Unione, ma in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico». Per la verità, indagare l'esatto ambito di applicazione territoriale del GDPR implica riflessioni molto più complesse e profonde in tema di sovranità dell'Unione europea. Non essendo questa la sede per affrontare un tema così sfaccettato, sia consentito rinviare a V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, in *Consumatori e mercato*, RomaTre Press, Roma, 2016, p. 7 ss. Ancorché sotto un diverso angolo visuale, evidenzia come il tema della circolazione dei dati coinvolga quello della sovranità dell'Unione anche S. TORREGIANI, *Il Data Act: una versione europea del data Nationalism?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2023, p. 131 ss.

⁹ A proposito di siffatto orientamento politico, Evgeny Morozov ha parlato di "Internet-centrismo", un'ideologia che negli U.S.A. è diventata quasi una religione: E. MOROZOV, *To save everything, click here: the folly of technological solutionism*, PublicAffairs, New York City, 2013, p. 111 ss.

consumers for free»¹⁰. L'esito è stato quello di concepire la disciplina della *data protection* come un aspetto della disciplina del mercato. Le persone vengono tutelate solo in quanto consumatori e non già da qualsiasi ingerenza nei propri dati personali, ma solo da quelle ingerenze che, dal punto di vista del diritto commerciale e della concorrenza, possano essere considerate come “*unfair*”, cioè come sleali o ingannevoli.

Come è stato sapientemente rilevato¹¹, le differenze tra i due sistemi giuridici, europeo e statunitense, si possono così riassumere nella dicotomia tra “*rights talk*” (discorso sui diritti) e “*marketplace discourse*” (concezione basata sul mercato). Questa alternativa, per quanto semplicistica, riflette con immediata chiarezza e intuitività le principali differenze dei due sistemi giuridici sul tema della *data protection*: l'uno, quello europeo, è, infatti, caratterizzato da un approccio più garantistico, maggiormente orientato verso la tutela dei diritti fondamentali delle persone in quanto tali; l'altro, quello statunitense, è incentrato sull'economia di mercato, su diritti di carattere economico - parimenti di imprese e consumatori - prima che su quelli di carattere personale.

Così, per ridurre la distanza tra le due diverse tendenze riscontrate e facilitare la libera commerciabilità dei dati personali si può forse tentare di prendere ispirazione dall'approccio statunitense per implementare, per quanto possibile e con quanto vi è in esso di condivisibile, il sistema giuridico europeo¹². Tale sforzo potrebbe essere portato avanti anche attraverso un intervento sulla normativa europea che, senza sacrificare i diritti fondamentali che l'Unione riconosce e protegge, la renda meno rigida e più favorevole ad un approccio - mercantile - che permetta maggiore libertà di iniziativa al consumatore e alle imprese, favorendo al contempo lo sviluppo del mercato dei dati, così fondamentale negli obiettivi politici, giuridici

¹⁰ Vedasi White House, *Consumer data privacy in a networked world*, 31-32 (feb. 2012), disponibile online all'indirizzo <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>, p. 5, in cui la Casa Bianca rilevava il ruolo positivo del commercio dei dati e il fondamentale ruolo governativo nel promuovere l'innovazione.

¹¹ P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, in *Georgetown law journal*, n. 106/2017, p. 115 ss .

¹² Questo tipo di approccio, per così dire “condiviso”, era stato promosso anche dal Governo del Presidente Barack Obama (cfr. White House, *Consumer data privacy in a networked world*, cit., *passim*) e dalla Federal Trade Commission (cfr. FTC, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change*, (2012)), i quali ritenevano fondamentale un «*multistakeholder process*» con i partner internazionali degli Stati Uniti «*to facilitate interoperable privacy regimes*». Tali regimi avrebbero poi dovuto basarsi sul principio del «*mutual recognition*», che implicava «*embrace of common values surrounding privacy and personal data protection*» (cfr. Cfr. P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 119.).

ed economici dell'Unione.

In particolare, due sono le ragioni che suggeriscono di guardare al modello statunitense piuttosto che a quello di altri Paesi¹³.

In primo luogo, e soprattutto, Unione europea e U.S.A. hanno una tradizione di fitte relazioni internazionali volte ad appianare le divergenze in materia di privacy e *data protection* al fine di risolvere i problemi dati dal c.d. «trasferimento transatlantico di dati personali»¹⁴. Con tale espressione ci si riferisce a quel trasferimento di dati tra un'impresa europea, e pertanto vincolata al rispetto del GDPR, e una avente sede negli Stati Uniti d'America, ove non solo non si applica il GDPR, ma la disciplina sulla protezione dei dati è più lacunosa e meno garantista di quella europea¹⁵. Accade, infatti, molto spesso che il consumatore europeo interagisca, nell'ambito del contratto di “scambio dati”, con società aventi sede all'interno dell'Unione, e pertanto vincolate al rispetto del GDPR, controllate da società con sede al di fuori dell'Unione, e pertanto non soggette al rispetto del GDPR, alle quali le prime trasferiscono i dati raccolti in Europa¹⁶. Così, allorché la prima trasferisce alla seconda i dati dei consumatori europei, si pone il grave rischio che tali dati non vengano trattati in conformità al GDPR e, di conseguenza, che si verifichi una lesione dei diritti fondamentali dei cittadini europei.

Tale problematica è stata intensamente dibattuta tra gli studiosi della privacy e del diritto

¹³ Vedasi, sul punto e in merito alle argomentazioni a seguire, P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 115 ss.

¹⁴ Sul c.d. «trasferimento transatlantico di dati personali» si veda soprattutto AA.VV., *La Protezione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Privacy Shield”*, cit., *passim*; F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, in *Law and contemporary problems*, n. 78/2015, p. 231 ss.

¹⁵ Si vedano, *ex multis*: F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, cit., *passim*; F. BIGNAMI, *The US legal system on data protection in the field of law enforcement. Safeguards, rights and remedies for EU citizens. Study for the LIBE Committee of the European Parliament*, in *GWU Law School public law research*, 54/2015 (disponibile online all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2705618>); F. BIGNAMI - G. RESTA, *Human rights extraterritoriality: the right to privacy and national security surveillance*, in (a cura di) E. BENVENISTI - G. NOLTE, *Community interests across international law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 357 ss.; P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., *passim*; P. M. SCHWARTZ, *The Eu-U.S. privacy collision: a turn to institutions and procedures*, in *Harvard law review*, 126/2013, p. 1966 ss.; M. GRAZIADEI, *Collisioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, in F. DI CIOMMO - O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquid. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Piacenza, 2018, p. 361 ss.

¹⁶ Ad esempio, Facebook Ireland Ltd. (oggi Meta Platform Ireland Ltd.), società con sede in Europa ma controllata da Facebook Inc. (oggi Meta Platform Inc.) con sede negli U.S.A., trasferisce a quest'ultima tutti i dati che raccoglie in Europa. Se però la prima, avendo sede in Europa, è soggetta al rispetto del GDPR, non così la controllante con sede negli Stati Uniti.

internazionale ed è stata altresì oggetto di molteplici accordi internazionali ed arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁷. La corposità del materiale e dell'elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale sul punto, ma anche politica, ha reso l'approccio adottato dalle Istituzioni europee con gli Stati Uniti il paradigma di riferimento per le relazioni internazionali con il resto del mondo¹⁸.

In secondo luogo, gli Stati Uniti rappresentano se non la più grande certamente una tra le più grandi ed importanti economie globali, nonché la sede delle più importanti aziende tecnologiche del mondo operanti nel settore dei servizi al consumatore. Si tratta cioè delle compagnie con le quali - attraverso le società controllate con sede in Europa - il consumatore europeo si interfaccia quotidianamente (basti pensare a Google, Apple, Meta, Amazon e Microsoft) e ciò le rende a maggior ragione meritevoli di un'attenzione particolare.

Ebbene, alla luce di quanto brevemente ora illustrato, non si potrà prescindere da una disamina generale della disciplina statunitense sulla privacy e sulla *data protection*, con l'obiettivo di capire quali siano i punti di divergenza tra le due normative e - soprattutto - i punti di contatto, a partire dai quali tentare di ricostruire un "*common legal framework*" in materia non già di privacy, quanto piuttosto di libera commercializzazione dei dati.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, A. MONTERIN, *Dell'incertezza nei trasferimenti di dati personali verso gli Stati Uniti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 154 ss.; M. GIACALONE, *Verso Schrems III? Analisi del nuovo EU-US Data Privacy Framework*, in *European papers*, 8/2023, p. 149 ss.; M. NINO, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbour: la sentenza Schrems*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2015, p. 286 ss.; S. MONTELEONE - L. PUCCIO, *The privacy shield update on the state of play of the EU-US data transfer rules*, in *European Parliament think tank*, 26 luglio 2018, disponibile online all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3532330>; S. SALUZZO, *La tutela dei dati personali e le deroghe in materia di sicurezza nazionale dopo l'entrata in vigore del Privacy Shield*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2016, p. 212 ss.; O. POLLICINO, *Diabolical persistence: thoughts on the Schrems II decision*, in *Medialaws*, 24 dicembre 2020, disponibile online all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/diabolical-persistence/>; T. CHRISTAKIS, *After Schrems II: uncertainties on the legal basis for data transfers and constitutional implications for Europe*, in *European law blog*, 21 luglio 2020, disponibile online all'indirizzo <https://europeanlawblog.eu/2020/07/21/after-schrems-ii-uncertainties-on-the-legal-basis-for-data-transfers-and-constitutional-implications-for-europe/>; C. KUNER, *The Schrems II judgment of the Court of Justice and the future of data transfer regulation*, in *European law blog*, 17 luglio 2020, disponibile online all'indirizzo <https://europeanlawblog.eu/2020/07/17/the-schrems-ii-judgment-of-the-court-of-justice-and-the-future-of-data-transfer-regulation>; S. BAKER, *How can the U.S. respond to Schrems II?*, in *Lawfare*, 21 luglio 2020, disponibile online all'indirizzo <https://www.lawfaremedia.org/article/how-can-us-respond-schrems-ii>; NOYB, *New trans-atlantic data privacy framework largely a copy of "Privacy Shield". Noyb will challenge the decision*, in *Noyb*, 10 luglio 2023, disponibile online all'indirizzo <https://noyb.eu/en/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>.

¹⁸ Decisioni di "adeguatezza" come quelle adottate dalla Commissione con riferimento all'ordinamento giuridico statunitense, sono poi state adottate anche con riferimento ad altri Paesi, quali Andorra, Argentina, Canada, Israele, Svizzera, e così via.

Lo studio si concentrerà, pertanto, in questa fase conclusiva, sugli aspetti poc'anzi accennati, non già nella prospettiva di fornire oggi una soluzione definitiva al problema, quanto piuttosto in quella di indicare possibili direttrici di ricerca futura. Le linee interpretative che si andranno a proporre non dovranno quindi essere lette in un'ottica *de jure condito*, quanto piuttosto *de jure condendo*, e potranno sollevare interrogativi circa l'opportunità o meno di rivedere quelli che sono i punti fermi della tradizione giuridica europea in materia di protezione dei dati personali.

2. La disciplina costituzionale della data protection.

L'obiettivo innanzi annunciato di ricercare all'interno del sistema giuridico statunitense degli spunti per risolvere quella tensione, avvertita a livello europeo, tra tendenze protezionistiche e tendenze mercantilistiche, non può che partire da una ricostruzione del sistema giuridico statunitense in fatto di privacy e *data protection*. Solo in questo modo sarà, infatti, possibile individuare le divergenze e, se ve ne sono, i punti di contatto tra le due esperienze giuridiche, nonché gli elementi da valorizzare anche in Europa per la creazione di un mercato dei dati più solido per le imprese e altrettanto garantista per i consumatori. E l'analisi non può che muovere dal livello costituzionale.

Ebbene, la Costituzione degli Stati Uniti non prevede alcun diritto assimilabile a quello, di stampo europeo, alla protezione dei dati personali, che si esplica sia nei rapporti c.d. "verticali" (e cioè del privato cittadino nei confronti della pubblica autorità), sia nei rapporti c.d. "orizzontali" (tra privati). Il settore della *data protection* negli Stati Uniti, soprattutto nei rapporti c.d. orizzontali, è infatti caratterizzato da una totale assenza di costituzionalizzazione, in quanto le - invero scarse - disposizioni costituzionali applicabili alla materia della *data protection* non si estendono alle relazioni tra privati, ma conferiscono diritti esclusivamente nei confronti del Governo¹⁹.

In tale contesto, alcuni fondamenti costituzionali per il riconoscimento - rigorosamente per via interpretativa - di tale diritto possono essere rinvenuti, coi limiti e nei termini di cui ora

¹⁹ Si veda G. R. STONE - L. M. SEIDMAN - C. R. SUNSTEIN - M. V. TUSHNET - P. S. KARLAN, *Constitutional law*, Aspen Publishing, Aspen, 2023, *passim*; F. I. MICHELMAN, *The state action doctrine*, in (a cura di) V. D. AMAR - M. V. TUSHNET, *Global perspectives on constitutional law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 228 ss.

si dirà, nel IV e nel XIV Emendamento della Costituzione²⁰.

Ai sensi del IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, infatti, «*the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*»²¹. Il fatto che la norma parli di “*searches*”, “*seizures*” e “*warrants*” (perquisizioni, sequestri e mandati giudiziari), se da un lato conferma il fatto che essa si rivolga esclusivamente ai rapporti verticali, e dunque tuteli i cittadini contro ingerenze dello Stato, dall’altro, rende complicata la sua applicazione alle ipotesi di trattamento dei dati personali. Come è stato osservato²², infatti, i concetti di perquisizione e sequestro mal si adattano alle moderne pratiche di trattamento e di raccolta dei dati personali, i quali molto spesso sono già in possesso delle pubbliche amministrazioni e non è necessario, dunque, alcun “prelievo” di dati da parte del Governo. In alcuni casi, la Suprema Corte ha rilevato l’inapplicabilità del IV Emendamento proprio a cagione dell’assenza di una iniziale “*search or seize*” di dati personali da parte del Governo statunitense²³. Altre volte, invece, la Corte ha escluso l’applicabilità del IV Emendamento per il fatto che i dati personali non fossero stati prelevati direttamente dalla sfera personale del cittadino, ma attraverso “*third parties*”, quali ad esempio le banche, che risultavano essere depositari dei dati oggetto di trattamento²⁴.

Ad ogni modo, al di là di questi limiti, il IV Emendamento risulta ad oggi la più solida ed utilizzata base giuridica per il riconoscimento del diritto alla privacy, alla riservatezza e alla *data protection* dei cittadini nei confronti della pubblica autorità²⁵. Tale Emendamento non fornisce invece nessuna tutela ai privati contro il trattamento effettuato ad opera delle imprese.

²⁰ Cfr. P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 132 ss.

²¹ Letteralmente: «Il diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, nei confronti di perquisizioni e sequestri ingiustificati non potrà essere violato; e non si emetteranno mandati giudiziari se non su fondati motivi sostenuti da giuramento o da dichiarazione solenne e con descrizione precisa del luogo da perquisire e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare».

²² Cfr. P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *op. ult. cit.*, p. 132 ss.

²³ Cfr. P. M. SCHWARTZ, *Regulating data mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and new technology*, in *William & Mary law review*, 53/2011, p. 351 ss., spec. p. 356.

²⁴ Si veda *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

²⁵ F. BIGNAMI, *The US legal system on data protection in the field of law enforcement. Safeguards, rights and remedies for EU citizens*, cit., *passim*.

Il XIV Emendamento della Costituzione statunitense, poi, tutela la privacy nella misura in cui sancisce il diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà²⁶. In particolare, la privacy viene tutelata come espressione del diritto alla libertà, intesa come diritto di gestire la propria esistenza liberamente e senza ingerenze da parte dello Stato. Ancora una volta, dunque, una tutela solo verticale, originariamente riferita ad altri diritti e solo successivamente estesa - per via interpretativa nel c.d. caso Whalen²⁷ - a quelli, di nuova generazione, della privacy, della riservatezza e della *data protection*.

Peraltro, a differenza del IV Emendamento, che rappresenta una base giuridica più solida, in questo caso, l'effettiva possibilità di recuperare realmente - per via interpretativa - un diritto alla *data protection* nel XIV Emendamento è fortemente discussa²⁸. Infatti, più di un Tribunale ha espresso seri dubbi sull'interpretazione adottata dalla Corte Suprema nel caso Whalen, il quale è rimasto dunque un caso isolato²⁹.

In considerazione di ciò, nell'ambito del sistema giuridico statunitense, il diritto alla *data protection* non ha un fondamento solido a livello costituzionale, in quanto è stato riconosciuto solo per via interpretativa, come espressione dei principi di libertà sanciti dal IV e XIV Emendamento. Inoltre, anche tale riconoscimento subisce notevoli limiti, che ostacolano un'espressione forte e generale del principio al pari di quanto invece avviene in Europa.

Il primo limite, che abbiamo già evidenziato, attiene al fatto che le norme costituzionali dalle quali viene ricavato, per via induttiva, il diritto alla *data protection* sono norme che riguardano esclusivamente i rapporti verticali, che dunque proteggono il cittadino solo nei confronti di ingerenze dello Stato e non anche nei confronti del trattamento da parte di terzi, come potrebbero essere le imprese con le quali commerciano i cittadini. Un limitato diritto

²⁶ Il XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America recita così: «*all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

²⁷ Vedasi il caso Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

²⁸ Per una ricostruzione della dottrina che recupera il diritto alla *data protection* nel XIV Emendamento, si veda P. M. SCHWARTZ, *Privacy and participation: personal information and public sector regulation in the United States*, in *Iowa law review*, 80(3)/1995, p. 553 ss., spec. p. 574 ss., il quale mette in luce l'incertezza della dottrina e la sua debolezza.

²⁹ Cfr. *American Federation of Government Employees, AFL-CIO, v. Department of Housing and Urban Development*, 118 F.3d 786 (D.C. Cir. 1997)). Altri Tribunali hanno ritenuto che il diritto alla riservatezza delle informazioni protegga solo una piccola serie di diritti che possono essere considerati "fondamentali": si veda ad esempio J.P. v. DeSanti, 653 F.2d 1080 (6th Cir. 1981).

alla *data protection* nell'ambito dei rapporti orizzontali viene riconosciuto, come si vedrà in prosieguo³⁰, solo dalle leggi ordinarie che regolano i vari settori del commercio e dell'economia.

A questo primo limite, che già illumina su quale sia l'approccio del sistema giuridico statunitense alla *data protection*, se ne aggiungono altri di non minor importanza che caratterizzano il sistema giuridico costituzionale degli Stati Uniti.

Il secondo limite, infatti, attiene alla portata e al grado di rilevanza del diritto alla *data protection* nel complesso sistema di valori e di principi costituzionali. In altre parole, il tema è quello del bilanciamento del diritto alla *data protection* con altri diritti, e del suo sacrificio rispetto a questi ultimi, ritenuti di preminente rilievo dalla giurisprudenza statunitense. In particolare, un ostacolo, non tanto al riconoscimento, quanto piuttosto all'applicazione concreta del diritto alla *data protection* (sia nei rapporti verticali sia, nei marginali casi in cui viene previsto, nei rapporti orizzontali) è rappresentato dal I Emendamento della Costituzione americana, il quale garantisce, tra gli altri, il diritto alla libertà di parola e di espressione³¹. Tali specifiche forme di libertà sono state utilizzate con forza e a più riprese dalla dottrina e dalla giurisprudenza per contrastare un'applicazione estensiva del IV Emendamento e del diritto alla protezione dei dati personali³². È divenuta celebre, al riguardo, una sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti³³, nella quale la Corte ha dichiarato incostituzionale, e quindi invalidato, una legge del Vermont che vietava alle farmacie di vendere - senza il consenso dell'interessato - a terzi soggetti i dati dei medici che avevano prescritto determinati farmaci ai clienti delle farmacie stesse. Il ragionamento posto dalla Corte alla base della decisione si fonda sul fatto che tale legge comprometteva la libertà

³⁰ Cfr. Cap. III, sez. I, par. 4, p. 174 ss.

³¹ Il I Emendamento della Costituzione americana recita così: «*congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

³² Si veda ad esempio E. VOLOKH, *Freedom of speech and information privacy: the troubling implications of a right to stop people from speaking about you*, in *Stanford law review*, 52/2000, p. 1049 ss., ove si è sostenuto che «*restrictions on speech that reveals personal information are constitutional under current doctrine only if they are imposed by contract, express or implied*»; si veda anche E. VOLOKH, *Freedom of speech and the constitutional tension method*, in *The University of Chicago law school roundtable*, 3/1996, p. 223 ss., ove si critica l'argomentazione secondo cui la garanzia di libertà di parola della Costituzione deve talvolta cedere ad altri valori costituzionalmente protetti.

³³ *Sorrel v. IMS Health Care, Inc.*, 564 U.S. 552 (2011).

di parola delle imprese farmaceutiche nella misura in cui ne limitava la libertà di fare marketing con le informazioni che possedeva³⁴. Una siffatta limitazione del diritto alla libertà di parola, per essere ritenuta legittima, avrebbe dovuto superare uno «*heighted judicial scrutiny*» che però la legge non è riuscita a superare³⁵. In altre parole, nell'ambito del sistema costituzionale statunitense, il giudizio di bilanciamento tra interessi confliggenti, da una parte libertà di parola, intesa soprattutto in un'ottica imprenditoriale e di marketing, dall'altra, più che privacy, riservatezza e tutela dei dati personali, viene tendenzialmente risolto a favore della prima e a scapito dei secondi. La Costituzione americana, quindi, quando interviene nei rapporti orizzontali, lo fa tutelando maggiormente le imprese nella loro attività economica, attività che si realizza anche attraverso la commercializzazione dei dati.

A ben vedere, dunque, anche qualora venisse riconosciuto un generale diritto alla *data protection*, anche a livello orizzontale tra privati, il I Emendamento rappresenterebbe comunque una notevole limitazione all'effettività di tale riconoscimento e alla possibilità di una sua applicazione concreta³⁶.

Un ulteriore elemento che funge da ostacolo al concreto esercizio del diritto alla *data protection* in territorio americano è rappresentato dall'interpretazione che la Suprema Corte fornisce dell'art. 3 della Costituzione e, più in generale, di quella che nel nostro sistema chiameremmo legittimazione ad agire in giudizio.

L'art. 3 della Costituzione americana, infatti, istituisce il potere giudiziario del Governo federale e ne disciplina sommariamente il funzionamento, ma la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema interpreta tale articolo nel senso di riconoscere ai cittadini il diritto ad adire un Tribunale solo a fronte di un danno effettivo, di un pregiudizio concreto e misurabile, subito dal ricorrente³⁷. In altri termini, senza un danno concreto, non esiste nemmeno un «*case or controversy*» che, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione americana, consenta il

³⁴ La Corte parla di «*speech in aid of pharmaceutical marketing*».

³⁵ Vedasi sul punto P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 134, ma anche M. GRAZIADEI, *Collisioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 366.

³⁶ Cfr. C. J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission Privacy Law And Policy (Introduction and Excerpt)*, in *Cambridge University Press*, Cambridge, 2016, p. 286, il quale parla di una tensione tra la giurisprudenza del I Emendamento e la legislazione nazionale in tema di *data protection*. Si veda altresì P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 134, i quali rilevano come «*the First Amendment is likely to be an increasingly fertile source of rights for data processors in other areas of the economy*».

³⁷ Vedasi da ultimo *Clapper v. Amnesty International USA*, 568 U.S. 398 (2013).

ricorso al sistema giudiziario³⁸. Questa lettura, combinata all'estrema difficoltà di configurare l'esistenza di un danno concreto e misurabile nei confronti dei soggetti che abbiano subito una lesione del loro diritto alla *data protection*³⁹, che abbiano subito cioè un trattamento illecito dei loro dati personali, rende del tutto impervio ogni tentativo di ricostruire - per via interpretativa - l'esistenza di un diritto alla *data protection* e ciò in quanto, se anche tale diritto venisse riconosciuto, esso rimarrebbe privo di tutela effettiva avanti al sistema giudiziario statunitense⁴⁰. Un caso emblematico in tal senso è rappresentato dalla sentenza *Spokeo Inc. v. Robins*⁴¹, nella quale la Corte Suprema è giunta a negare un risarcimento anche a fronte di una legge (il *Fair credit reporting Act*, 15 U.S.C. (2012), d'ora in avanti FCRA) che prevedeva tale diritto nel caso di una violazione delle sue disposizioni. In particolare, il FCRA è una legge federale in materia di protezione delle informazioni finanziarie dei consumatori e prevede che, per poter diffondere tali informazioni, un'impresa debba rispettare determinate procedure e garanzie e che, in difetto, il consumatore abbia diritto ad un risarcimento del danno⁴². Nella vicenda *Spokeo Inc. v. Robins*, peraltro, nonostante fosse stata provata la violazione di regole procedurali sancite dal FCRA, la Corte ha rilevato che ciò non era sufficiente a garantire il diritto ad un ricorso ai sensi dell'art 3 della Costituzione, in quanto la violazione procedurale non dimostrava comunque quale lesione avesse subito il consumatore. Il consumatore, infatti, avrebbe dovuto fornire la prova di una «*injury in fact, concrete and particularized*»⁴³.

³⁸ Così P. M. SCHWARTZ, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 134.

³⁹ Cfr. Cap. II, sez. II, par. 6, p. 149 ss. Vedasi, altresì, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto, dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, Milano, 2018, p. 203 ss., ove l'Autore riconosce come, in caso di violazioni della normativa sul trattamento dei dati personali «la possibilità di richiedere indennizzi o risarcimenti è invece del tutto secondaria, sia per le difficoltà applicative in cui tali richieste incorrono, sia, ad ogni modo, per l'irrisorietà delle cifre coinvolte quando rapporti di massa (come quelli in esame) sono considerati singolarmente». Negli stessi termini G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 219 ss., il quale rileva come «la difficoltà di dimostrare un rilevante danno risarcibile è una delle ragioni che dissuadono il singolo dall'adire la via giudiziaria»; si veda, infine, anche G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 411 ss., che esprimono considerazioni del tutto analoghe.

⁴⁰ Vedasi J. R. REIDENBERG, *Privacy wrongs in search of remedies*, in *Hastings law journal*, 54/2003, p. 877 ss., il quale ha delineato efficacemente il problema come «*privacy wrongs in search of remedies*».

⁴¹ *Spokeo Inc. v. Robins*, 578 U.S. 330 (2016).

⁴² Sulla disciplina fornita in materia di privacy e *data protection* dalle leggi degli Stati federati, si veda *infra* Cap. III, sez. I, par. 3, p. 173 ss. e par. 4, p. 176 ss.

⁴³ P. M. SCHWARTZ, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 135.

In definitiva, il sistema costituzionale statunitense non solo non riconosce esplicitamente un diritto alla *data protection*, ma anche qualora questo dovesse essere ricostruito indirettamente, per via interpretativa, dal IV o dal XIV Emendamento, esso comunque da un lato verrebbe limitato da principi costituzionali di rango più elevato, quale la libertà di parola; dall'altro, rischierebbe di avere scarsa effettività a causa della rigorosa interpretazione che la Corte Suprema dà della legittimazione ad agire in giudizio. Se a tutto ciò si aggiunge poi il fatto che la tutela costituzionale viene garantita solo nei confronti della pubblica autorità e non già anche nei rapporti tra privati (rimessi alle Leggi di rango ordinario), si comprende come il quadro di insieme non sia particolarmente rassicurante dal punto di vista dei diritti a tutela della persona e come, viceversa, esso renda l'ordinamento statunitense un terreno molto fertile per lo sviluppo di concezioni “*marked oriented*” della *data protection*.

3. *La disciplina della data protection nella legislazione ordinaria: i rapporti verticali.*

Si è visto fino ad ora come il sistema giuridico statunitense sia caratterizzato da una gravissima “*lackness*” di tutele dei dati personali a livello costituzionale, come il diritto alla *data protection* non sia codificato e che, anche quando ricostruito per via interpretativa, attraverso il IV o il XIV Emendamento, sia caratterizzato da moltissimi limiti che ne precludono sostanzialmente l'effettività. Tra questi limiti, certamente vi rientra il fatto che le norme costituzionali attribuiscono diritti al singolo solo nei confronti della pubblica autorità e non anche nei confronti di altri privati. La *data protection*, in altri termini, è concepita a livello costituzionale come un diritto da tutelare solo contro le ingerenze governative e ciò ha portato a quella sostanziale assenza di costituzionalizzazione, cui si accennava nel paragrafo precedente.

Ebbene, la situazione a livello di legislazione ordinaria è, se possibile, ancora più problematica e si caratterizza, anche in questo caso, per una notevole differenza a seconda che si consideri il settore pubblico, e dunque i rapporti nei confronti del Governo, o il settore privato, e dunque i rapporti tra privati.

Nel settore pubblico, la legge federale più importante in materia di privacy è certamente il *Privacy Act* del 1974⁴⁴, la cui storia può essere brevemente ricostruita a partire dallo scandalo

⁴⁴ *Privacy Act* of 1974, 15 U.S.C. 552a.

politico Watergate, che influenzò a tal punto la società e la politica americane da avere ripercussioni anche sulla produzione normativa successiva. Le scoperte sul sistema di controllo e spionaggio politico in cui era coinvolto il Governo federale diedero vita ad un sentimento sociale di enorme sfiducia nei confronti del Governo, visto come il principale nemico della privacy del cittadino, che favorì, nel 1973, la pubblicazione del primo atto normativo espressamente dedicato al tema della privacy: il *Code of Fair Information Practises*⁴⁵, il quale conteneva una serie di principi molto generali in materia di privacy, come i principi di trasparenza e di accuratezza, il diritto di accesso, quello di correzione, l'obbligo di precauzione, e il principio di limitazione, principi che ricordano da vicino gli attuali principi sanciti dal GDPR. Alcuni dei principi giuridici contenuti nel Codice vennero infatti adottati dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, allorquando, nel 1980, adottò alcune linee guida per la protezione dei dati⁴⁶. Tali linee guida, poi, influenzarono i negoziati per la Convenzione di Strasburgo n. 108/1981 (c.d. "Convenzione 108")⁴⁷, che ha posto le basi, in Europa e nel mondo, per la creazione di una società fondata sui principi del rispetto della dignità umana e dei diritti umani in generale nel settore digitale e che ha ispirato i principali atti normativi europei in materia, dalla Direttiva (UE) 1995/46 sino al GDPR⁴⁸.

A livello nazionale statunitense, i principi del *Code of Fair Information Practises* vennero trasposti nel *Privacy Act* del 1974, il quale costituisce la principale fonte normativa statunitense in materia di privacy e *data protection*. Esso ribadisce i principi, già contenuti nel *Code*, di trasparenza, accesso, correzione, affidabilità e sicurezza e stabilisce alcuni limiti - invero pochi - cui deve soggiacere il trattamento⁴⁹. In particolare, gli unici dati personali

⁴⁵ Cfr., per un approfondimento sul tema, U.S. DEPARTEMENT OF HEALTH, EDUCATION & WELFARE, SECRETARY'S ADVISORY COMMITTEE ON AUTOMATED PERSONAL DATA SYSTEMS, *Records, computers, and the rights of citizens*, 1 Jul. 1973, disponibile online all'indirizzo <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>.

⁴⁶ Cfr. M. ROTENBERG, *Fair information practices and the architecture of privacy (what Larry doesn't get)*, in *Stanford technology law review*, 1(8)/2001, p. 44 ss.

⁴⁷ Convenzione di Strasburgo n. 108/1981 ratificata con Legge 21 febbraio 1989, n. 98, "Ratifica ed esecuzione della convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981".

⁴⁸ Esempio emblematico ne è l'art 5 del GDPR, il quale sancisce i principi di trasparenza e di limitazione delle finalità del trattamento, minimizzazione e correttezza dei dati, limitazione della conservazione e integrità.

⁴⁹ Vedasi, anche per i rilievi successivi, F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, cit., p. 237 ss.

considerati “sensibili”, per i quali dunque è richiesta una speciale giustificazione per consentirne il trattamento, sono solo quelli «*describing how any individual exercises rights guaranteed by the First Amendment*»⁵⁰, a differenza della più ampia gamma di dati tutelati come “sensibili” a livello europeo. Diversamente da quanto avviene in Europa, poi, ove viene sancito anche il principio di limitazione temporale della conservazione dei dati, il *Privacy Act* non contiene alcuna disposizione che regoli o limiti la durata della conservazione dei dati, consentendone così la conservazione *ad libitum*. Inoltre, se da un lato il *Privacy Act* vieta - in assenza del consenso del soggetto cui i dati si riferiscono - la condivisione dei dati personali tra agenzie governative, dall’altro esso prevede un’ampia eccezione per gli “usi di routine” che siano stati resi noti al pubblico al momento della raccolta dei dati. Ancora, le forze dell’ordine e le agenzie di intelligence godono di ampie eccezioni per il perseguimento degli obiettivi di pubblica sicurezza che consentono loro di aggirare gran parte dei vincoli sanciti dal *Privacy Act*. A livello di “*enforcement*”, infine, il *Privacy Act* attribuisce ai soggetti che abbiano subito una lesione dei propri diritti la possibilità di agire in giudizio nei confronti del Governo e di chiedere un risarcimento del danno subito. Sennonché, si è già visto come la tendenza della Suprema Corte sia quella di disconoscere il diritto ad un risarcimento, anche in presenza di una comprovata violazione di una legge federale che riconosca tale diritto, per la difficoltà di rinvenire un danno concreto ed effettivo subito dalla persona, requisito necessario per poter invocare i diritti riconosciuti dall’art. 3 della Costituzione americana.

Ad ogni modo, la principale limitazione che affligge il *Privacy Act* è costituita dal fatto che - come accennato - esso si applica solo ai rapporti verticali, nei confronti cioè del Governo statunitense, e non disciplina anche i rapporti tra privati, replicando così a livello di legislazione ordinaria il medesimo vuoto normativo che affligge il livello costituzionale. All’epoca in cui fu adottato il *Privacy Act*, infatti, lo scandalo Watergate era ancora troppo vivo nell’immaginario collettivo e il principale interesse sociopolitico era dunque quello di limitare il più possibile i poteri di controllo del Governo⁵¹. Così, a fronte di un disegno di legge che prevedeva un’applicazione generalizzata del *Privacy Act* ai rapporti sia verticali

⁵⁰ Cfr. 5 U.S.C. 552a, *subsection* (e)(7).

⁵¹ F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, cit., p. 238.

che orizzontali⁵², la versione finale del *Privacy Act* che ne risultò fu una versione epurata dei riferimenti ai rapporti tra privati e dedicata unicamente a limitare le ingerenze governative. Vi è da dire che, oltre alla maggiore attenzione che lo scandalo Watergate attirava sui poteri di controllo del Governo, anche diversi gruppi sociali, principalmente imprenditoriali, fecero pressioni perché non si arrivasse ad una regolamentazione della *data protection* nel settore privato, sostenendo che fossero ancora incerti i problemi e le esigenze che il mercato avrebbe manifestato⁵³.

Così, ciò che caratterizza tale livello legislativo - al pari di quello costituzionale - è la totale assenza di una legge generale e completa sulla *data protection* applicabile al settore privato, una legge “*omnibus*”, che disciplini cioè la materia in via generale, o meglio, in via trasversale, con disposizioni applicabili a tutti i settori del commercio.

4. (Segue) *La data protection nei rapporti orizzontali: un mosaico di leggi federali e statali.*

Si è evidenziato come, a livello di legislazione ordinaria, così come avviene a livello costituzionale, l'unica legge generale, di ampio respiro, che disciplina la materia in maniera trasversale è il *Privacy Act* del 1974, che però si applica unicamente ai rapporti verticali, tra cittadini statunitensi e Governo.

Al contrario, la legislazione statunitense in materia di *data protection* nel settore privato è caratterizzata da un vero e proprio mosaico normativo, formato da leggi e regolamenti statali e federali che non disciplinano trasversalmente la materia, ma disciplinano singoli settori del commercio, come ad esempio quello bancario, quello assicurativo, quello delle telecomunicazioni, e solo all'interno di quei singoli contesti prevedono regole a tutela dei dati personali. Dove non vi sono leggi speciali, non vi è alcuna protezione, così come avviene ad esempio in materia di brokeraggio⁵⁴. In altri termini, le leggi settoriali degli Stati Uniti concepiscono il soggetto i cui dati vengono in gioco solo in riferimento allo specifico

⁵² Cfr. S. 3418, 93d Congress (1974).

⁵³ F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, cit., p. 238.

⁵⁴ Cfr. il report della FTC dal titolo “*Data brokers: a call for transparency and accountability*”, maggio 2014, disponibile online all'indirizzo <https://www.FTC.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>

rapporto di mercato in cui il soggetto opera, come cioè un attore che interviene in quel mercato nella veste di consumatore. In questo contesto, la disciplina della *data protection* rappresenta solo un aspetto della regolamentazione dell'operazione economica posta in essere. In breve: «*U.S. information privacy law conceives privacy interest protections as being embedded within specific marketplaces and specific consumer relationships*»⁵⁵. Così, ad esempio, il già citato⁵⁶ FCRA protegge - a livello federale - i dati personali dei consumatori che intendano ottenere del credito; il *California Online Privacy Protection Act* (c.d. "CalOPPA") - a livello statale - tutela i dati personali dei consumatori che intendano acquistare beni o servizi online⁵⁷; e così via per ogni settore del mercato. La frammentarietà della situazione è aggravata dal fatto che poi tali leggi settoriali non condividono un nucleo di principi o di norme comuni, ma rispondono ad esigenze del tutto peculiari del settore cui si riferiscono o ad esigenze contingenti dello Stato che le ha emanate, provocando così anche una notevole differenza di disciplina tra i vari Stati federati⁵⁸.

Ciò che invece accomuna tutte queste fonti normative è - come detto - la medesima concezione dell'interessato, il quale è concepito come un attore del mercato e, in particolare, come consumatore partecipante ad un mercato in cui i dati personali sono «liberamente negoziabili»⁵⁹. Il che si riflette evidentemente sulla tutela accordata, una tutela di carattere economico-commerciale, e sulla concezione della *data protection* come diritto di natura non già personale, riconosciuto all'essere umano in quanto tale e in ciascun ambito della sua vita, ma di natura economica, e dunque riconosciuto solo se e nella misura in cui un soggetto agisca nell'ambito di un determinato mercato regolamentato.

In particolare, si può osservare che, in assenza di un principio costituzionale che sancisca la

⁵⁵ P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 136.

⁵⁶ Cfr. *supra* Cap. III, sez. I, par. 2, p. 167 ss.

⁵⁷ Trattasi di un atto normativo non molto distante, come spirito, dalla Direttiva (UE) 2019/770, pur trattandosi di un atto normativo la cui estensione è limitata al territorio della California e che inoltre subisce tutte quelle limitazioni costituzionali di cui si è già parlato. Per un approfondimento sul *CalOPPA*, si veda L. DETERMANN, *California privacy law*, International Association of Privacy Professionals, Portsmouth, 2017, *passim*.

⁵⁸ Cfr. V. BERGELSON, *It's personal but is it mine? Toward property rights in personal information*, in *UC Davis law review*, 37/2003, p. 379 ss., spec. p. 392, la quale lamenta che «*adopted in response to specific violations or concerns relating to a particular industry, these regulations are not based on any uniform theory of rights and differ significantly in the scope of protection offered to individuals*».

⁵⁹ M. GRAZIADEI, *Collisionsi transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 361 ss.

protezione dei dati personali degli individui, l'ordinamento statunitense è caratterizzato da una generale libertà nella circolazione delle informazioni e dei dati e che quindi il trattamento dei dati altrui sia di regola libero, a meno che non intervenga una legge a vietarlo o a limitarlo. L'approccio, dunque, è opposto a quello europeo, ove vige un generale divieto di trattamento dei dati altrui, salve le eccezioni o comunque le condizioni previste dalla legge stessa per la liceità del trattamento. Così, le imprese che, interagendo con i consumatori (ad esempio vendendo loro un bene o un servizio), ottenessero alcuni loro dati personali, diverrebbero in un certo qual senso "proprietarie"⁶⁰ di quei dati e potrebbero utilizzarli liberamente a scopo commerciale, ad esempio vendendoli a terzi per finalità di marketing. Il tutto, ovviamente, salvo che quelle imprese non operino in un campo regolato da una legge speciale che limiti o disciplini diversamente tali facoltà⁶¹.

Peraltro, anche quando interviene una legge ordinaria a disciplinare la protezione dei dati personali dei consumatori in un dato settore, i limiti che essa introduce al trattamento dei dati personali sono molto più tenui di quelli previsti in Europa e le garanzie sono più limitate⁶². In particolare, come in parte si vedrà, le leggi settoriali contengono meno restrizioni sulla quantità di dati personali che possono essere raccolti, sulle modalità di raccolta e sulla durata della loro conservazione⁶³.

Per quanto riguarda i possibili limiti, e in generale i meccanismi con cui le leggi settoriali degli U.S.A. limitano o disciplinano la circolazione dei dati, si può notare come un primo (e più diffuso) livello di tutela fornito dalle leggi statali o federali sia costituito dal meccanismo del "notice and consent", consistente nell'imporre non già la necessità di un consenso autorizzativo del trattamento, quanto piuttosto un obbligo di mera informazione ai consumatori, da parte delle imprese, delle proprie politiche in fatto di trattamento dei dati personali⁶⁴. In questo modo, si rendono edotti i consumatori del fatto che i loro dati verranno

⁶⁰ Il termine non è casuale e sul concetto di proprietà dei dati personali torneremo *infra* (cfr. Cap. III, sez. I, par. 5, p. 183 ss.).

⁶¹ Abbiamo però già visto (cfr. *supra* Cap. III, sez. I, par. 2, p. 167 ss.) che, anche laddove esistano leggi simili, la Corte Suprema degli Stati Uniti le ha spesso disapplicate, rilevandone il contrasto con il I Emendamento.

⁶² Vedi, più dettagliatamente, F. BIGNAMI, *The US legal system on data protection in the field of law enforcement*, cit., *passim*.

⁶³ F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, cit., p. 236.

⁶⁴ Si veda, ad esempio, il *Gramm-Leach-Bliley Act*, 15 U.S.C. 6803 (2012), il quale impone alle istituzioni finanziarie di notificare ai consumatori le proprie politiche in fatto di privacy, o anche il *Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act*, 42 U.S.C. 300jj, subsection (52) (2012), il quale impone di

trattati e con quali modalità, nonché con quali tipologie di trattamento, permettendo così ai consumatori di decidere se avvalersi - ad esempio - del servizio fornito da quella impresa oppure no. In realtà si può dubitare del fatto che questo meccanismo, basato esclusivamente sull'informazione, garantisca realmente una libertà di scelta in capo al consumatore, il quale molto spesso si trova sommerso da un'enorme quantità di informative che difficilmente legge o, ancor più difficilmente, comprende⁶⁵.

Ad ogni modo, ciò che sicuramente non viene concesso ai consumatori, in questi casi, è di opporsi al trattamento o di pretendere che esso avvenga solo dopo un esplicito consenso: in tutti questi casi, l'uso del servizio implica necessariamente adesione alle *policies* aziendali in materia di trattamento dei dati personali.

Un secondo, più approfondito, ma più raro, livello di tutela è poi saltuariamente previsto sotto forma di consenso al trattamento, il quale però riveste un ruolo meramente secondario nel panorama della frammentata disciplina statunitense in fatto di *data protection*⁶⁶. In particolare, le leggi statunitensi, quando ricorrono al meccanismo del consenso, lo adottano nella variante del “*opt-in*” o in quella del “*opt-out*”. Nel primo caso, il trattamento dei dati altrui da parte delle imprese è subordinato ad un preventivo consenso da parte dei consumatori; nel secondo caso, il trattamento è di regola legittimo, ma è concesso al consumatore il diritto di opporsi al trattamento e porvi così fine successivamente.

L'esempio di “*opt-in*” forse più rilevante è rappresentato dalla disciplina contenuta nel già citato *Fair Credit Reporting Act*. Il FCRA detta la regolamentazione per le agenzie di

divulgare ogni “*data breach*” delle informazioni sanitarie. Per un approfondimento sul tema si veda in generale D. SOLOVE - P. M. SCHWARZ, *Privacy law fundamentals*, International Association of Privacy Professionals, 2011, disponibile online all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1790262>.

⁶⁵ Cfr. O. BEN-SHAHAR - C. E. SCHNEIDER, *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 95 ss., ove gli Autori definiscono questo problema “*the accumulation problem*”. Come notano i due Autori, «*a single disclosure may be manageable, but en masse, disclosures are overwhelming, and people cannot hope to attend to more than a trickle of the flood*». Inoltre, altri Autori evidenziano anche che altrettanto spesso il consumatore si trova in una situazione di incapacità di scegliere tra diversi fornitori, a causa dell'assenza di differenze significative nelle loro *privacy policies* (cfr. F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, in *Law and contemporary problems*, cit., p. 240). È lo stesso problema che si è posto in Europa con riferimento al contratto condizionato alla prestazione del consenso al trattamento, allorché la Cassazione ha rilevato che condizionare l'esecuzione di un contratto al consenso al trattamento di dati personali può non essere legittimo, allorché il consumatore non abbia concretamente la possibilità di scegliere un altro fornitore e il servizio possa qualificarsi come essenziale. Si veda, sul punto, il capitolo precedente e segnatamente Cap. II, sez. I, par. 6, p. 105 ss.

⁶⁶ P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 153.

segnalazione dei consumatori e stabilisce gli usi che tali agenzie possono fare dei dati personali dei consumatori⁶⁷. In via generale, le agenzie di segnalazione possono condividere e diffondere i dati personali dei consumatori senza il loro consenso, e ciò per un'ampia serie di scopi, tra cui quando hanno ragione di credere che vi sia «*a legitimate business need for the information*»⁶⁸. Solo in casi specifici ed eccezionali, la legge prevede la necessità di un consenso preventivo (il c.d. “*opt-in*”) da parte del consumatore, ad esempio quando i dati afferiscono a condizioni sanitarie⁶⁹ (dati che in Europa sono parimenti maggiormente tutelati, quali “dati particolari”) o allorquando i dati debbono essere utilizzati a fini occupazionali⁷⁰. Il FCRA - ad ulteriore conferma di quanto affermato in merito alla maggiore tenuità delle garanzie previste dalle leggi statunitensi rispetto a quelle europee⁷¹- non considera, peraltro, gli aspetti inerenti allo squilibrio di posizione tra datore di lavoro e lavoratore e la sostanziale impossibilità per quest'ultimo di opporsi ad una richiesta del datore di accedere ai suoi dati finanziari, pena la mancata assunzione.

Medesime osservazioni possono compiersi con riferimento ad un'altra fonte normativa che prevede meccanismi di *opt-in*, come il *Video Privacy Protection Act* (c.d. “VPPA”) ⁷², il quale, nel disciplinare la condivisione online di contenuti video preregistrati, se da un lato prevede la necessità di un consenso per il trattamento dei dati dei consumatori che caricano online i video, dall'altro limita tale necessità solo ad alcune informazioni, come quelle relative al titolo e al contenuto del video, e consente il trattamento e la diffusione di ogni altra informazione del consumatore⁷³.

Il meccanismo dell'*opt-out*, invece, attiene non già ad un consenso preventivo, ma, come si

⁶⁷ Per un approfondimento sul FCRA, si veda D. J. SOLOVE - P. M. SCHWARTZ, *Information privacy law*, Wolters Kluwer, New York City, 2017, p. 743 ss.; K. J. MATTHEWS, *Proskauer on privacy: a guide to privacy and data security law in the information age*, Practising Law Institute, New York City, 2023, *passim*.

⁶⁸ 15 U.S.C. 1681b, *subsection* (a)(3)(F) (2012).

⁶⁹ 15 U.S.C. 1681b, *subsection* (g).

⁷⁰ 15 U.S.C. 1681b, *subsection* (b).

⁷¹ Si veda, ad esempio Gruppo di lavoro art. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., ai sensi delle quali il consenso non deve essere considerato libero se intervenuto nell'ambito di un rapporto squilibrato tra le parti, com'è quello tra datore di lavoro e lavoratore e ciò in quanto «data la dipendenza risultante dal rapporto datore di lavoro/dipendente, è improbabile che l'interessato sia in grado di negare al datore di lavoro il consenso al trattamento dei dati senza temere o rischiare di subire ripercussioni negative come conseguenza del rifiuto» (pp. 7-8). Ma si veda anche il *Parere 8/2001 sul trattamento dei dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro*, WP 48 del 13 settembre 2001 e il *Parere n. 2/2017 sul trattamento dei dati sul posto di lavoro*, WP 259 del 28 novembre 2017, entrambi resi dal Gruppo di lavoro art. 29.

⁷² 18 U.S.C. 2710 (2012).

⁷³ P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 154.

diceva, alla possibilità per il consumatore di opporsi al trattamento. In altri termini, il trattamento è lecito fintantoché non interviene l'opposizione da parte del consumatore. All'impresa è imposto solamente l'obbligo di informare il consumatore delle proprie pratiche in materia di trattamento dei dati personali, così da consentire allo stesso di esercitare il suo diritto di *opt-out*.

Un esempio di questo meccanismo si può rinvenire nel *Gramm-Leach-Bliley Act* (c.d. "GLBA"), una legge federale del 1999 che ha operato una pesante riforma dei servizi finanziari e della privacy in quel contesto⁷⁴. Anche in questo caso, peraltro, vengono in risalto quei caratteri di morbidezza della tutela cui si accennava in precedenza. Infatti, la regola generale per le imprese cui il GLBA si rivolge è la possibilità di trattare i dati dei consumatori senza il loro consenso, ma con l'unico obbligo di garantire la sicurezza dei dati trattati e una chiara informativa ai consumatori delle loro *privacy policies*. In particolare, gli enti finanziari possono condividere le informazioni dei clienti sia all'interno della propria organizzazione aziendale, sia all'esterno, nei confronti di imprese c.d. "affiliate". La limitazione, nella forma del consenso *opt-out*, si manifesta solo allorquando l'ente finanziario intenda condividere i dati con imprese terze, non affiliate. In questi casi, in altri termini, il consumatore deve essere informato di tale pratica, così che possa decidere di opporsi o meno. Peraltro, anche in caso di opposizione, esistono eccezioni che permettono comunque la diffusione dei dati, come quella relativa al c.d. "marketing congiunto"⁷⁵.

Alla tutela fornita dalle leggi settoriali, infine, si aggiunge quella commerciale/consumeristica fornita dalla *Federal Trade Commission* (c.d. "FTC"), quale garante della concorrenza leale nel mercato e della correttezza delle pratiche adottate dalle imprese. Infatti, l'approccio tipicamente mercantile alla materia della privacy ha fatto sì che, storicamente, l'ente principale deputato ad occuparsi dell'*enforcement* delle norme in tema di privacy e *data protection* fosse proprio la FTC⁷⁶, un'agenzia federale deputata a sorvegliare il mercato e a perseguire ogni condotta contraria alle norme in tema di

⁷⁴ 15 U.S.C. 6801-6809 (2012).

⁷⁵ *Privacy of Consumer Financial Information*, 16 C.F.R. 313.13, subsection (a)-(b) (2017), ai sensi del quale «noting that opt out requirements do not apply when a company provides personal information to a nonaffiliated third party to market financial products or services offered pursuant to joint agreements between a company and a financial institution».

⁷⁶ Per un approfondimento del ruolo svolto dalla FTC nell'ambito della *data protection*, si veda C. J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission privacy law and policy (introduction and excerpt)*, cit., *passim*.

concorrenza leale sancite, a livello federale, dalla legge che l'ha istituita⁷⁷. In altri termini, la FTC è l'ente garante della concorrenza leale nel mercato statunitense ed è stata da sempre il principale ente a tutela dei dati dei consumatori proprio in considerazione del fatto che le norme in materia di *data protection* sono considerate alla stregua di norme commerciali. In particolare, la FTC non è stata creata per perseguire condotte lesive della *data protection* ma, ai sensi del *Federal Trade Commission Act*⁷⁸, essa persegue quelle pratiche commerciali che possono qualificarsi come "scorrette, sleali o ingannevoli"⁷⁹. Ebbene, è quindi solo con riferimento a trattamenti di dati che possano considerarsi come "*unfair*", cioè come scorretti o ingannevoli per il consumatore, che la FTC ha il potere di intervenire ed è, effettivamente, intervenuta. La stessa FTC ha delineato il concetto generale di pratiche ingannevoli come «*representation, omission or practice that is likely to mislead the consumer acting reasonably in the circumstances, to the consumer's detriment*»⁸⁰. Con specifico riferimento al trattamento dei dati personali, poi, la FTC ha specificato che la pratica scorretta o ingannevole può consistere alternativamente nell'omissione di informazioni rilevanti, in un avviso insufficiente o in una pratica "chiaramente discutibile" come ad esempio il c.d. "*pretexting*" (ovverosia la pratica di camuffare la propria identità al fine di ottenere informazioni da parte del consumatore)⁸¹. Così, sarà ad esempio considerata pratica scorretta o ingannevole quella dell'impresa che tratti i dati personali del consumatore in maniera differente da quanto pubblicizzato nelle *privacy policies* comunicate al consumatore stesso nell'ambito del meccanismo cosiddetto di "*notice and consent*".

Il problema di tale approccio, come rilevato da alcuni⁸², è che la FTC parte da un presupposto di fondo che è a tutti gli effetti una finzione giuridica, ovverosia la presunzione che un consumatore abbia effettivamente letto le informative fornite dalle imprese commerciali con cui entra in contatto. Al contrario, la maggior parte degli utenti non legge le informative sulla

⁷⁷ Si tratta del *Federal Trade Commission Act* del 1914, confluito poi nel Titolo 15 del U.S. Code.

⁷⁸ 15 U.S.C 45.

⁷⁹ 15 U.S.C 45, *subsection* (a)(1): "*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful*".

⁸⁰ Così P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 149, ma vedasi anche D. J. SOLOVE - W. HARTZOG, *The FTC and the new common law of privacy*, in *Columbia law review*, 114/2014, p. 583 ss., spec. p. 602 ss.; C. J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission privacy law and policy (introduction and excerpt)*, cit., p. 286.

⁸¹ D. J. SOLOVE - W. HARTZOG, *The FTC and the new common law of privacy*, cit., p. 602 ss.

⁸² P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 150.

privacy e non è a conoscenza delle *privacy policies*. Peraltro, non si tratta di irresponsabilità del consumatore, che non si interessa ai propri dati, quanto piuttosto di quello che è stato definito “*the accumulation problem*” e della incapacità del consumatore di scegliere tra fornitori che hanno medesime politiche in fatto di privacy⁸³.

5. *La concezione “latamente proprietaria” dei dati personali nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi.*

Si è visto, nel paragrafo precedente, come la legislazione statunitense in materia di privacy e *data protection* sia fortemente *market oriented*, ovvero sia come essa adotti un approccio tipicamente mercantile alla disciplina sul trattamento dei dati personali. Un approccio caratterizzato da una tutela che, oltre ad essere molto limitata dal punto di vista delle garanzie riconosciute agli interessati e dei limiti imposti ai titolari del trattamento, si esplica solo nell’ambito di specifici e codificati rapporti commerciali. L’interessato è cioè tutelato solo nel momento in cui agisce come attore, e in particolare come consumatore, in un mercato in cui i dati rappresentano oggettivamente un’utilità economica che gli operatori del mercato hanno diritto di sfruttare.

Se questo è il contesto normativo di riferimento, ci si può chiedere che ruolo abbia il contratto nella circolazione dei dati personali, come vengono concepiti questi ultimi nell’ambito dei rapporti contrattuali tra privati e con quali strumenti si verifica di fatto - o si dovrebbe verificare secondo gli studiosi - la circolazione dei dati. In altre parole, come si traduce l’approccio statunitense alla *data protection* nell’ambito del discorso che stiamo analizzando, quello della contrattualizzazione dei dati personali⁸⁴.

Ebbene, l’approccio prettamente mercantile alla materia del trattamento dei dati personali ha fatto sì che le elaborazioni della dottrina statunitense in fatto di commercializzazione dei dati si collocassero principalmente nell’ambito della c.d. *economics of privacy*, che raccoglie

⁸³ Vedi *supra*, Cap. III, sez. I, par. 4, nota 65, p. 179.

⁸⁴ Ovviamente non è possibile, e sarebbe fuorviante, calare nel contesto statunitense le categorie privatistiche tipiche di un ordinamento di *civil law*, come i concetti di proprietà o bene giuridico. Non vi è spazio in questa sede e non è nemmeno lo scopo di questo lavoro. Piuttosto, sarà utile indagare come i dati personali circolino nel sistema giuridico statunitense e rinvenire, se ve ne sono, dei punti di contatto con quanto avviene a livello europeo.

opere e scritti di stampo sostanzialmente giuseconomico⁸⁵. Per la verità, il dibattito giuseconomico - al pari, come vedremo, di quello strettamente giuridico - non si è concentrato nell'elaborare una teoria generale sulla qualificazione giuridica dei dati personali o dei diritti che insistono su di essi. Piuttosto, gli sforzi ermeneutici sono stati sempre orientati nella direzione di individuare quale fosse il regime di circolazione dei dati migliore, nell'ottica di garantire la maggiore efficienza del mercato. Il dibattito si è quindi tradotto principalmente in argomenti a favore o contro la privacy. In particolare, la principale questione, tra sostenitori del diritto alla privacy e suoi avversatori, si traduceva sostanzialmente in un dibattito relativo all'individuazione dei soggetti ai quali fosse preferibile - sempre sulla base di argomenti di efficienza economica - attribuire il potere di controllo sui dati personali e sulla loro circolazione, se il consumatore o l'impresa⁸⁶. Peraltro, tutte queste teorie - che fossero a favore di un rafforzamento o di una limitazione dei diritti di privacy - sottintendevano comunque sempre una concezione "proprietaria" dei dati personali, cioè come beni sui quali insistono diritti di proprietà.

La concezione proprietaria dei dati personali, ampiamente diffusa nella dottrina statunitense, è figlia della cultura mercantile che - come abbiamo visto - ha tradizionalmente permeato la materia. Attraverso quello che alcuni potrebbero assimilare ad un acquisto a titolo originario, o ad una sorta di appropriazione⁸⁷, le imprese vengono considerate da alcuni come proprietarie dei dati personali che hanno raccolto o acquisito fornendo ad esempio un servizio o in generale investendo tempo e denaro, anche nell'elaborazione delle informazioni raccolte⁸⁸.

Alla base di questa concezione vi è l'idea che i dati personali, come informazioni sulle persone, non abbiano alcun valore, né possano essere considerate effettivamente come beni dotati di una propria individualità, finché non vengono raccolti e organizzati⁸⁹. Addirittura, a livello pubblico, le agenzie di Intelligence sostengono che finché non vi è un'analisi e

⁸⁵ Si veda, più approfonditamente, A. ACQUISTI - C. TAYLOR - L. WACMAN, *The economics of privacy*, in *Journal of economic literature*, 54(2)/2016, p. 442 ss., che svolgono una disamina dettagliata del tema.

⁸⁶ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 88.

⁸⁷ Si veda, in generale, M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 607 ss., il quale sostiene l'idea che, nel contesto del diritto neoliberale, la "appropriazione" costituisca meccanismo tipico di acquisizione di nuove risorse, tra cui i dati.

⁸⁸ Cfr. F. H. CATE, *Privacy in the information age*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1997, spec. p. 14 ss.

⁸⁹ Cfr. V. BERGELSON, *It's personal but is it mine?*, cit., p. 400 ss.

un'organizzazione delle informazioni raccolte, che le trasformi in dati personali sfruttabili, non vi sia un vero trattamento e dunque alcuna necessità di tutela⁹⁰. L'idea richiama la cosiddetta “*wild animals' theory*”, una teoria affermata dalla Corte Suprema dello Stato di New York nel caso *Pierson v. Post*⁹¹ e secondo la quale gli animali selvatici sono quelle che nel nostro ordinamento chiameremmo “*res nullius*”, ovverosia cose che non appartengono a nessuno, e sono suscettibili di essere acquisiti mediante appropriazione originaria⁹². Allo stesso modo vengono considerati generalmente i dati personali, laddove appunto essi - nonostante se ne riconosca il loro valore intrinseco - non vengono considerati come beni giuridici appartenenti a qualcuno fintantoché non vengano raccolti e organizzati e il momento della raccolta rappresenta quella appropriazione che rende l'autore della stessa proprietario dei dati, a prescindere da chi sia il soggetto cui i dati si riferiscono, il quale non può vantare su di essi diritti di alcun tipo, né proprietari, né meramente economici⁹³. Il concetto, poi, è stato affermato con maggior forza in alcuni casi, in cui le Corti sono giunte a negare la richiesta dei ricorrenti di bloccare la diffusione di informazioni personali che li riguardavano e ad affermare che essi non avevano diritti di proprietà sui loro nomi, tali da impedire alle imprese di sfruttarli a fini commerciali⁹⁴. Ancora, alcuni Tribunali hanno riconosciuto i diritti di proprietà delle imprese commerciali sugli elenchi dei propri clienti e ciò - ad esempio - sulla base delle leggi in materia di fallimento e tassazione⁹⁵. Non mancano poi decisioni in cui i Tribunali hanno fornito un'indicazione in più sulla natura o sulla qualificazione giuridica

⁹⁰ Cfr. F. BIGNAMI - G. RESTA, *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, cit., p. 253. Il concetto richiama la concezione dei dati come beni distinti dalle informazioni che forniscono, concezione ripresa in P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, Cedam, 2001, p. 21 ss., ove l'Autrice teorizza l'esistenza di due distinti beni giuridici: la notizia e il dato, ove il secondo costituisce un'elaborazione della prima. Cfr. più approfonditamente *infra* Cap. III, sez. II, par. 3, p. 197 ss.

⁹¹ *Pierson v. Post*, 3 Cai. R. 175 (1805) (Supreme Court of New York).

⁹² V. BERGELSON, *It's personal but is it mine?*, cit., p. 403.

⁹³ Si veda, ad esempio, *Moore v. Regents of the University of California* (1990) (Supreme Court of California), ove la Corte Suprema dello Stato della California ha negato ad un paziente del *UCLA Medical Centre* diritti proprietari o anche solo economici sulle informazioni che i ricercatori medici dell'Università avevano raccolto dall'analisi delle sue cellule, ricavandone altresì ingenti profitti economici attraverso la loro commercializzazione.

⁹⁴ Si veda ad esempio: *Dwyer v. American Express Co.*, 652 N.E.2d 1351 (Ill. App. Ct. 1995); *U.S. News & World Report Inc. v. Avrahami*, No. 95-1318, (Va. Cir., 1996); *Shibley v. Time, Inc.*, 341 N.E.2d 337 (Ohio Ct. App. 1975).

⁹⁵ Cfr. W. W. MILLER JR. - M. A. O'ROURKE, *Bankruptcy law v. privacy rights: which holds the trump card?*, in *Houston law review*, 38/2001, p. 777 ss., i quali notano che la legislazione in materia finanziaria ha rafforzato la natura patrimoniale degli elenchi dei clienti detenuti dalle imprese.

dei dati personali come beni giuridici. In particolare, alcuni Tribunali hanno affermato che gli elenchi dei clienti sono beni immateriali afferenti al patrimonio immateriale delle imprese che li hanno raccolti⁹⁶.

Del resto, se - come si è visto nei paragrafi precedenti - di regola le imprese possono trattare e diffondere liberamente i dati personali dei consumatori con cui sono entrate in contatto, e ciò senza il loro preventivo consenso, è logico ritenere che, nell'ambito della legislazione statunitense, se un diritto di proprietà sui dati personali esiste, esso è in capo alle imprese che hanno raccolto quei dati.

In questo contesto, il contratto, come meccanismo per rafforzare la tutela dei consumatori, trova poco spazio e, anche quando interviene, risulta inefficace. L'acquisizione dei dati a titolo originario da parte delle imprese, infatti, rende superflua una contrattazione tra queste e gli interessati, non avendo questi ultimi alcun potere di controllo sui dati, né, di conseguenza, alcuna possibilità di decidere se e come questi possano essere trasferiti⁹⁷. L'unico limite per le imprese, infatti, è dato dal rispetto di quelle leggi settoriali che - come si è visto - impongono loro obblighi di informazione e, in rari casi, introducono meccanismi di consenso nelle forme del *opt-out* o, ancor più raramente, *opt-in*. Sennonché, anche tali obblighi gravanti sulle imprese vengono raramente concepiti come obblighi contrattuali nei confronti dei consumatori⁹⁸. Infatti, alcuni tribunali hanno qualificato le informative sulla *privacy policy* come «*nonbinding statements of policy*», ovvero sia come dichiarazioni di politica non vincolanti che non costituiscono, dunque, vere e proprie obbligazioni contrattuali nei confronti dei clienti⁹⁹.

Per la verità, non sono mancate decisioni che hanno dimostrato un'apertura a considerare le

⁹⁶ Si veda, ad esempio, *Patterson Labs. Inc. v. Roman Cleanser Co.*, 802 F.2d 207 (6th Cir. 1986); si veda anche DAN L. NICEWANDER, *General intangibles under revised article 9*, in *Consumer finance law quarterly report*, 54/2000, p. 169 ss.

⁹⁷ Si veda K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, in *Communications of the ACM*, 39(9)/1996, p. 92 ss., il quale riportava alcune indagini sociali che, già nel 1996, avevano riscontrato un generale sentimento di impotenza dei consumatori davanti all'utilizzo dei loro dati da parte delle imprese.

⁹⁸ P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 151.

⁹⁹ Così si è espressa la Corte territoriale nel caso *Northwest Airlines Privacy Litigation*, 2004 WL 1278459 (D. Minn. June 6, 2004), ove i ricorrenti lamentavano che la compagnia aerea Northwest Airlines avesse violato gli obblighi contrattuali nel momento in cui, a fronte di *privacy policies* che garantivano che i dati raccolti sarebbero stati utilizzati solo per "scopi limitati", la compagnia aerea aveva invece condiviso grandi quantità di dati con il Governo federale nell'ambito di un programma di studio sulla sicurezza delle compagnie aeree. Vedi anche P. M. SCHWARTZ - K. N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 152.

privacy policies come dichiarazioni contrattuali vincolanti, ma in tali casi raramente le Corti sono giunte ad accogliere i ricorsi dei consumatori, e ciò per il noto problema - di cui si è ampiamente parlato¹⁰⁰ - relativo all'impossibilità di riconoscere un risarcimento o, ancor prima, di riconoscere il diritto di agire in giudizio ai sensi dell'art. 3 della Costituzione americana, in assenza di un danno concreto subito dai ricorrenti. Così, ad esempio, alcune Corti hanno riconosciuto che vi fosse stata una violazione delle politiche in fatto di *privacy* da parte di alcune compagnie aeree, ma i ricorsi dei clienti sono comunque stati rigettati per via del fatto che «*there is ... no support for the proposition that an individual passenger's personal information has or had any compensable value in the economy at large*»¹⁰¹.

In definitiva, la concezione tradizionale sui dati personali, negli Stati Uniti, è una concezione che potremmo definire "latamente proprietaria", che si basa sull'idea che i dati personali siano un bene liberamente appropriabile da parte di coloro che, come le imprese, li raccolgono e che con la raccolta essi diventino di proprietà di queste ultime. Non esistono, quindi, accordi contrattuali che possano tutelare i consumatori o garantire loro un controllo sui propri dati. In sintesi, una concezione dei dati personali come beni giuridici, su cui insistono diritti di proprietà, i quali peraltro stanno in capo alle imprese e non già in capo ai consumatori.

6. *L'approccio mercantile degli U.S.A. come sistema più favorevole alla creazione di un "mercato dei dati".*

Come si è visto, la frammentarietà della disciplina sulla *data protection* a livello di legislazione ordinaria, con l'assenza di una legge *omnibus* che disciplini la materia in via trasversale, da un lato crea dei vuoti normativi nell'ambito dei quali i dati personali dei consumatori vengono lasciati in balia delle imprese; dall'altro, ove anche intervenga una legge settoriale, essa si caratterizza comunque per una generale debolezza delle tutele e delle garanzie offerte ai consumatori. Si tratta, infatti, per lo più di leggi che disciplinano sommariamente i profili di *data protection* che entrano in gioco in ciascun campo e che

¹⁰⁰ Cfr. *supra* Cap. III, sez. I, par. 2, p. 167 ss.

¹⁰¹ Cfr. *JetBlue Airways Corp. Privacy Litigation*, 379 F Supp. 2d 299 (Eastern District of New York, 2005). Affermazioni simili si trovano anche in *American Airlines Inc. Privacy Litigation*, 370 F Supp. 2d 552 (Northern District of Texas, 2005).

impongono alle imprese pochi limiti, riservando così ai consumatori diritti limitati e molto spesso scarsamente effettivi, soprattutto alla luce degli squilibri di potere che caratterizzano il mercato a danno del consumatore.

L'*enforcement* di queste norme è tendenzialmente rimesso all'operato della FTC, non già un organo amministrativo indipendente, ma un'agenzia federale deputata a sorvegliare la correttezza delle pratiche commerciali poste in essere dalle imprese, la quale opera però con i limiti rappresentati dalla possibilità di perseguire solo quelle pratiche che rientrino nel concetto di pratiche "ingannevoli" da un punto di vista commerciale, anche alla luce delle *privacy policies* pubblicizzate. Un approccio, dunque, puramente commerciale alla materia, che tratta gli interessati solo come consumatori, quali parti cioè del mercato nel quale intervengono.

Questa concezione, per così dire mercantilista, della *data protection* si riflette inevitabilmente sulla concezione dei dati personali e delle forme della loro commercializzazione. In particolare, i dati sono tendenzialmente considerati alla stregua di beni liberamente commerciabili dalle imprese che li ottengono, sulla base di una concezione che abbiamo definito "latamente proprietaria" e che permette alle imprese di "appropriarsi" dei dati personali dei consumatori e di "venderli" nel mercato.

Peraltro, se da un lato questa concezione comporta una scarsa protezione degli interessati quali persone e un maggior interesse per i titolari del trattamento, dall'altra ciò consente anche una maggiore libertà nella commercializzazione dei dati personali e un incentivo per la creazione di un loro mercato, che anche l'Unione europea vorrebbe raggiungere. E in effetti, la scelta degli Stati Uniti, più che a favore dei titolari dei dati e contro gli interessati, è una scelta a favore del commercio e contro la sua limitazione. In questi termini, si può notare come vi sia un punto di contatto importante tra le due legislazioni. L'Unione europea, infatti, con il GDPR prima e con la Direttiva (UE) 2019/770 poi, ma soprattutto con i Regolamenti di recente approvazione, quali il *Data Governance Act* e il *Data Act*, ha dimostrato di concepire l'interessato non solo come persona, ma anche come consumatore; ha dimostrato di tutelare dunque i suoi dati non solo come esplicazione della sua personalità, ma anche nell'ambito di quei rapporti commerciali in cui i dati personali vengono - di fatto - scambiati a fronte di un bene o un servizio; infine, ha dimostrato di essere attenta anche alle esigenze del mercato e di voler creare un mercato interno dei dati caratterizzato dalla loro

massima condivisione. In altre parole, si può notare come l'approccio adottato dall'Unione europea con i recenti interventi normativi dimostri un notevole avvicinamento tra le due concezioni, quella continentale e quella statunitense, proprio nella misura in cui l'Unione ha cominciato a considerare i dati personali come afferenti ad un rapporto di consumo e in esso a tutelarli in un'ottica di bilanciamento, nel quale l'interessato non è considerato come esclusivo portatore di interessi sui suoi dati personali.

In conclusione, si può rilevare che l'ordinamento americano rappresenta certamente un terreno più fertile per l'introduzione di una commercializzazione dei dati alla stregua di beni giuridici ed infatti è in questi termini che, in quell'ordinamento, essi vengono disciplinati. È alla luce di queste considerazioni che si spiegano tutte quelle voci dottrinali, di cui parleremo in prosieguo, che assimilano i dati personali ai beni immateriali oggetto di proprietà intellettuale. Tali voci, peraltro, non sono solo americane, in quanto anche nell'ambito della tradizione giuridica europea vi sono stati alcuni Autori che hanno proposto questa lettura, unitamente a nuove forme per la circolazione dei dati. Nel prosieguo approfondiremo queste correnti dottrinali per comprendere se e in che limiti esse possono essere recuperate e se è possibile in esse trovare uno spunto per quell'indagine *de jure condendo* cui si è fatto cenno.

Sezione II

La licenza d'uso dei dati personali come strumento privilegiato per la loro circolazione.

1. *La difficoltà di recuperare una concezione prettamente proprietaria a vantaggio dei consumatori.*

La concezione che abbiamo definito “latamente proprietaria” dei dati personali, dominante nel panorama normativo statunitense, avvantaggia enormemente la circolazione dei dati personali, ma fa pendere il piatto della bilancia maggiormente a carico dei consumatori e a favore delle imprese.

Peraltro, già a partire dagli anni Novanta del Secolo scorso, tra gli Autori statunitensi non sono mancate voci dottrinali che spingevano ad adottare una concezione proprietaria dei dati personali che si traducesse però in una maggior tutela non già delle imprese, bensì dei consumatori¹⁰². L'idea di fondo di questi Autori era quella di attribuire ai singoli il potere di decidere se trasferire o meno i propri dati personali, a chi e per quali scopi, dietro remunerazione, attribuendo così ai consumatori un potere contrattuale molto più forte e in generale il controllo sui propri dati. In questo modo, si proponeva di conciliare la tutela personale, inevitabilmente connessa ai dati, e quella, prettamente economica, di una libera

¹⁰² Vedasi, ad esempio, K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., p. 92, il quale si chiede: «*who owns and controls personal information in national data networks? Why not let individuals own the information about themselves and decide how the information is used? A regulated national information market could allow personal information to be bought and sold, conferring on the seller the right to determine how much information is divulged*». Nella stessa direzione, poi, si collocano, ad esempio, L. LESSIG, *The architecture of privacy*, in *1 Vanderbilt journal of entertainment and technology law*, 1/1999, p. 56 ss.; L. LESSIG, *The law of the horse: what cyberlaw might teach*, in *Harvard law review*, 113/1999, p. 501 ss.; P. MELL, *Seeking shade in a land of perpetual sunlight: privacy as property in the electronic wilderness*, in *Berkeley Technology law journal*, 11(1)/1996, p. 1 ss.; R. S. MURPHY, *Property rights in personal information: an economic defense of privacy*, in *Georgetown law journal*, 84/1996, p. 2381 ss.; J. R. REIDENBERG, *Privacy wrongs in search of remedies*, cit., p. 877 ss.; S. SHORR, *Personal information contracts: how to protect privacy without violating the First Amendment*, in *Cornell law review*, 80/1995, p. 1756 ss., il quale suggerisce una soluzione basata sul diritto di proprietà per proteggere la privacy dei cittadini contro le agenzie governative; C. M. V. BARRAD, *Genetic information and property theory*, in *Northwestern University law review*, 87/1993, p. 1037 ss., ove si ricorreva al concetto di “*natural rights*” per riconoscere una diritto proprietario sulle informazioni genetiche.

commercializzazione dei dati personali nel mercato. Tra questi scritti, di particolare interesse risulta la prospettiva, pur criticata da alcuni¹⁰³, di quanti propendono per riconoscere all'interessato dei diritti proprietari in una forma particolare, ovverosia quella dei diritti di proprietà intellettuale¹⁰⁴.

Parimenti, anche nel diverso contesto europeo, caratterizzato, come si è visto, da un sottofondo giuridico-culturale nettamente diverso da quello statunitense e anche da importanti indicatori normativi, come la Direttiva (CE) 1995/46 prima e il GDPR poi, non sono mancate voci dottrinali che, affascinate dall'idea della "proprietarizzazione" dei dati personali in funzione protettiva del consumatore, ne hanno approfondito lo studio, suggerendo un recupero dell'impostazione americana, modulandola però a favore del consumatore. In particolare, in Europa, l'interesse verso la "proprietarizzazione" dei dati personali nasce in Francia¹⁰⁵, per poi diffondersi in tutta Europa, suscitando l'intervento sul tema anche di importanti voci dottrinali italiane¹⁰⁶. Peraltro, sopito per diverso tempo, il tema ha recentemente trovato nuova linfa vitale, come notato da alcuni¹⁰⁷, nella letteratura di provenienza principalmente tedesca e olandese¹⁰⁸.

¹⁰³ Cfr. P. B. HUGENHOLTZ, *Data property in the system of intellectual property law: welcome guest or misfit?*, in (a cura di) S. LOHSSE - R. SCHULZE - D. STAUDENMAYER, *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools: Münster colloquia on EU law and the digital economy III*, Hart/Nomos, Oxford/Baden-Baden, 2017, p. 75 ss.

¹⁰⁴ Tra tutti, si veda, più di recente, L. TRAKMAN - R. WALTERS - B. ZELLERIS, *Privacy and personal data set to become the new intellectual property?*, in *International review of intellectual property and competition law*, 70/2019, p. 1 ss.

¹⁰⁵ Si veda P. CATALA, *Ebauche d'une théorie de l'information*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1983, p. 26 ss., il quale riteneva che l'individuo vanta dei diritti sui dati personali, piuttosto che ad una loro protezione, e che tali diritti fossero a tutti gli effetti diritti reali.

¹⁰⁶ Vedasi ad esempio P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 326 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 426 ss.; ID., *Sull'informazione come bene (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 485 ss.

¹⁰⁷ G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 91.

¹⁰⁸ Uno degli studi più approfonditi sul tema è quello contenuto in N. PURTOVA, *Property rights in personal data: a european perspective*, Wolters Kluwer, Oisterwijk, 2011, *passim*, ove l'Autrice - nell'affermare la necessità della *propertisation* ai fini di una maggior tutela dell'interessato - suggerisce l'idea di una "fragmented ownership", caratterizzata dall'esistenza di prerogative sui dati personali che insistono in capo a soggetti diversi e dal concetto di un "controllo" che non esclude ma anzi si accompagna all'inalienabilità dei dati personali. Nella stessa direzione di un approccio proprietario a tutela degli interessati si muovono N. PURTOVA., *Do property rights in personal data make sense after the Big Data turn? Individual control and transparency*, in *Journal of law and economic regulation*, 10(2)/2017, p. 64 ss.; E. TJONC TJIN TAI, *Data ownership and consumer protection*, in *Journal of european market and consumer law*, 4/2018, p. 136 ss.; A. BOERDING - N. CULIK - C. DOEPKE - T. HOEREN - T. JUELICHER - C. ROETTGEN - M. V. SCHOENFELD, *Data ownership - A property rights approach from a european perspective*, in *Journal of civil law studies*, 2018, p. 323 ss.; P. B.

Tali concezioni, prettamente proprietarie, per quanto apprezzabili nell'intento perseguito, sono state ampiamente criticate da quanti evidenziano come esse si scontrino con la tradizione giuridica europea che concepisce il diritto al trattamento dei dati personali come un diritto della personalità, un diritto fondamentale della persona e per ciò stesso inalienabile¹⁰⁹. L'ostacolo principale ad adottare una simile concezione sarebbe cioè di origine concettuale e dogmatica e atterrebbe alla impossibilità di concepire i dati personali come separati dalla persona cui si riferiscono, alla «irriducibilità degli attributi della persona alla mera dimensione dell'aver»¹¹⁰. È dunque la concezione tipicamente europea, sposata anche in questo lavoro, che guarda al diritto alla protezione dei dati come diritto fondamentale della persona, che impedisce di concepire i dati personali come beni giuridici sui quali insistano diritti di proprietà tali da permettere una loro alienazione, una separazione definitiva dal soggetto cui si riferiscono.

Peraltro, per quanto si condivida l'assunto di principio e la qualificazione del diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale dell'individuo, il che impedisce il recupero della concezione prettamente proprietaria tipicamente statunitense, ciò non comporta l'abbandono di ogni tentativo di recuperare da essa quanto vi è di funzionale e di utile alla creazione di un mercato dei dati più libero ed efficiente. Citando Pardolesi, «un'impostazione multi-dimensionale - aperta cioè al riconoscimento che una persona può avere interessi differenti rispetto alle informazioni che la riguardano, anche se in ragione del contesto rispetto al quale opera le valutazioni di circostanza - si candida come prospettiva più acconcia a gestire la complessità dei problemi legati alla *data collection* e postula un grado di flessibilità che una rigorosa predeterminazione normativa non è comunque idonea a garantire»¹¹¹. Ciò che l'Autore evidenzia è dunque il fatto che non solo le imprese e il

HUGENHOLTZ, *Data property in the system of intellectual property law: welcome guest or misfit?*, cit., p. 75 ss.; D. ZIMMER, *Property rights regarding data*, in (a cura di) S. LOHSSE - R. SCHULZE - D. STAUDENMAYER, *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools*, cit., p. 101 ss.; L. SPECHT, *Property rights concerning personal data*, in *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2017, p. 411 ss.; H. ZECH, *Information as property*, JIPITEC, 3/2015, p. 192 ss.

¹⁰⁹ Cfr. G. PINO, *Il diritto all'identità personali ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 257 ss., spec. p. 276.

¹¹⁰ G. ALPA, *La proprietà dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 9 ss., spec. p. 32 ss.

¹¹¹ R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ss., spec. p. 56. Nello stesso senso anche G. PINO, *Il diritto all'identità personali ieri e oggi*,

mercato, ma anche lo stesso consumatore può avere un interesse economico sui dati e che ciò deve suggerire l'abbandono della rigidità normativa della tutela personalistica a favore di un approccio più elastico che, pur mantenendo le garanzie minime in fatto di protezione dei dati personali, ne favorisca maggiormente la commercializzazione.¹¹²

Quale via, però, per perseguire tale obiettivo?

2. *Il right of publicity di marca statunitense.*

Tenendo sempre a mente l'obiettivo di fondo, ovverosia quello di individuare nel sistema statunitense degli elementi da recuperare ed importare in quello europeo per favorire la commercializzazione dei dati e la creazione di un mercato dei dati più libero ed efficiente, non si possono non apprezzare alcune ricostruzioni dottrinali che, pur criticate in passato¹¹³, forse oggi possono essere rivalutate alla luce dei recenti cambiamenti normativi e culturali intervenuti in Europa, nonché alla luce dell'urgenza politico-economica, oggi maggiormente avvertita dalle Istituzioni europee, di creare un mercato interno fondato sulla condivisione e sulla libera commercializzazione dei dati personali. In particolare, ci si riferisce a quanti, pur sposando appieno la qualifica del diritto alla protezione dei dati personali come diritto della personalità, suggeriscono di adottare - in generale per i diritti della personalità, e in particolare per i dati personali - la concezione dualistica tipica del *right of publicity* di marca statunitense¹¹⁴.

cit., p. 280.

¹¹² Trattasi della medesima esigenza già manifestata al termine del primo capitolo (cfr. Cap. I, sez. II, par. 7, p. 71 ss.) e a cui si è già data una risposta valida per l'ordinamento italiano nel capitolo secondo (cfr. Cap. II, sez. II, par. 2, p. 122 ss.). Qui il problema si ripropone da una prospettiva ampliata e in termini differenti, dovendosi tentare non già di verificare come e con che limiti la normativa attuale *permetta* la commercializzazione dei dati personali, ma di suggerire una soluzione *de jure condendo* che *favorisca* tale commercializzazione.

¹¹³ Si veda principalmente G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 241.

¹¹⁴ Tra i principali autori di area europea che recuperano questa concezione con riferimento, in generale, ai diritti della personalità, si veda J.C.S. PINCKAERS, *From privacy toward a new intellectual property right in persona. The right of publicity (United States) and portrait law (Netherlands) balanced with freedom of speech and free trade principles*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, p. 490 ss.; C. SCONAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 1 ss.; G. SAVORANI, *La notorietà della persona da interesse protetto a bene giuridico*, Cedam, 2000, *passim*; P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Utet, Torino, 1959, ora in P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e rights of publicity*, in *Rivista trimestrale di diritto e*

Il *right of publicity* è un diritto elaborato dalla giurisprudenza statunitense che contiene contaminazioni tipiche sia dei diritti della personalità, sia dei diritti di proprietà intellettuale verso i quali tende inesorabilmente¹¹⁵, e come tale rappresenta forse il campo più fertile ove rinvenire una soluzione mediana tra le due contrapposte visioni dei dati personali, quella personalistica europea (limitante per il mercato) e quella proprietaria nordamericana (poco garantista per l'interessato). Esso consiste sostanzialmente nel diritto di sfruttare economicamente gli attributi della propria identità, come ad esempio il nome e l'immagine¹¹⁶. Secondo tale concezione, in particolare, i diritti della personalità si articolerebbero e si strutturerebbero in due distinte situazioni giuridiche soggettive: l'una, a carattere non patrimoniale e indisponibile, il diritto primario della personalità; l'altra, a carattere patrimoniale e disponibile, il diritto allo sfruttamento economico degli elementi nei quali la personalità si estrinseca (il c.d. *right of publicity*).

La sua nascita è strettamente interconnessa a quella del *right to privacy* ideato da Warren e Brandeis¹¹⁷. Con la storica sentenza *Haelan v. Topps*¹¹⁸, infatti, la giurisprudenza americana elaborò il *right of publicity* proprio in netta contrapposizione al *right to privacy* e la sua tutela meramente personalistica degli elementi evocativi dell'identità¹¹⁹, così poco efficace nel garantire gli interessi economici sottesi agli attributi della personalità come nome e immagine¹²⁰.

procedura civile, 1995, p. 1163 ss.; per un riferimento ad una cospicua corrente dottrinale di area francese, si veda G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 239 ss., spec. nota 300. Con specifico riferimento ai dati personali, poi, si veda L. C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in L. C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi: scritti*, Milano, 2000, p. 183 ss., il quale propone una rilettura in chiave prettamente dualistica del diritto alla protezione dei dati personali.

¹¹⁵ Si veda, su questo specifico profilo, J. E. ROTHMAN, *The right of publicity's intellectual property turn*, in *Columbia journal of law & the arts*, 42(3)/2019, p. 277 ss.; J.C.S. PINCKAERS, *From privacy toward a new intellectual property right in persona*, cit., p. 234 ss. Per ulteriore bibliografia, di area soprattutto francese e tedesca, si veda G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 204, spec. nota 211.

¹¹⁶ Cfr. T. J. MCCARTHY, *The rights of publicity and privacy*, Thomson/West, New York City, 2005, p. 27: «*The Right of Publicity is the right of a person to control the commercial use of his or her identity*».

¹¹⁷ S. D. WARREN - L. D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 4/1890, p. 193 ss. Sul punto, si rinvia al Cap. I, sez. I, par. 1, p. 9 ss.

¹¹⁸ *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

¹¹⁹ Si veda, *ex multis*, A. M. TONI, *Il Right of publicity nell'esperienza nordamericana*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 82 ss.; M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 1991, p. 404; G. SAVORANI, *La notorietà della persona da interesse protetto a bene giuridico*, cit., p. 83 ss.; C. SCONAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, cit., p. 5 ss.

¹²⁰ La natura personalistica del *right to privacy*, per come concepito da Warren e Brandeis, portò le Corti americane ad applicarlo solo a tutela della persona e contro le logiche di mercato, mai a favore di queste ultime

Così, in quella sentenza, la Corte riconobbe che, affianco al *right to privacy*, di per sé intrasmissibile e posto a tutela della sfera meramente personale dell'individuo, esiste un ulteriore e autonomo diritto avente ad oggetto la componente patrimoniale della propria identità, diritto alienabile e disponibile. Il passaggio decisivo della sentenza è rappresentato da un'argomentazione e un approccio che sono stati definiti rispettivamente "teleologica" e "realista", in contrapposizione ad un approccio formalista eccessivamente appiattito sul rispetto dei precedenti e delle prerogative del Legislatore¹²¹. In particolare, la Corte evidenzia *l'utilità pratica del right of publicity e l'opportunità del suo riconoscimento giudiziale*: «in assenza di un diritto patrimoniale distinto dal *right to privacy* e liberamente alienabile le persone note non potrebbero capitalizzare il valore economico della propria celebrità»¹²². Il *right of publicity* viene così elaborato come situazione giuridica soggettiva contrapposta al *right to privacy* e in particolare, grazie alla sua alienabilità, funzionale alle esigenze del mercato.

Con il passare degli anni e l'incremento del fenomeno del *merchandising* e delle sponsorizzazioni, il *right of publicity* acquistò sempre più importanza, al punto da sopravanzare di gran lunga il *right to privacy* come *cause of action*¹²³. Al giorno d'oggi, il

(cfr. C. L. BUCHANAN, *A comparative analysis of name and likeness rights in the United States and England*, in *Golden Gate University law review*, 18/1988, p. 301 ss.; H. BEVERLEY-SMITH, *The commercial appropriation of personality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, spec. p. 381 ss.; H. STALLARD, *The right of publicity in the United Kingdom*, in *Loyola of Los Angeles entertainment law journal*, 18(3)/1998, p. 565 ss. Un simile approccio, a ben vedere, garantisce una tutela poco efficace degli interessi economici dei soggetti coinvolti (cfr. M. B. NIMMER, *The right of publicity*, in *Law and contemporary problems*, 19/1954, p. 203 ss., il quale evidenziava l'inefficienza del *right to privacy* alla tutela degli interessi economici connessi allo sfruttamento degli attributi immateriali della personalità). Con la nascita di nuove esigenze del mercato, e segnatamente con le nuove forme di marketing e di sponsorizzazione, nacque infatti l'esigenza degli stessi titolari (tendenzialmente personaggi noti come attori o sportivi) ad una tutela anche patrimoniale, a favore delle dinamiche di mercato e non contro di esse (cfr. G. J. BATTERSBY - C. W. GRIMES, *The law of merchandise and character licensing merchandising: merchandising law and practice*, Thomson-West, Deerfield-New York City-Rochester, 2002, p. 2390), una tutela che consentisse l'alienabilità del diritto e la commercializzazione degli attributi immateriali della personalità. In questo nuovo contesto, l'originaria concezione del *right to privacy* cominciò così a manifestare tutti i limiti di una impostazione rigidamente personalistica.

¹²¹ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 225, il quale rileva come la decisione Haelan è «sensibile alle implicazioni patrimoniali del conflitto [tra interessi economici dell'individuo e certezza del diritto] e pronta a fondare la regola del caso su argomenti di tipo teleologico, ma poco preoccupata delle esigenze di prevedibilità dell'azione giudiziale e apertamente scettica nei confronti del ruolo dei concetti e delle tassonomie giuridiche».

¹²² Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 225, spec. nota 261.

¹²³ Vedasi O. R. GOODENOUGH, *Privacy and publicity: society, doctrine and the development of law*, The Intellectual Property Institute, London, 1996, p. 23, ove l'Autore parla del *right of privacy* come paradigma che da "empowering" è divenuto "entrapping".

right of publicity è stato recepito in tutti gli stati federati degli U.S.A., tramite leggi *ad hoc* o tramite l'elaborazione giurisprudenziale, con l'eccezione dello Stato di New York, ove peraltro il diritto di sfruttamento economico degli attributi della personalità viene comunque riconosciuto attraverso un'applicazione eccezionalmente estensiva del *right to privacy*¹²⁴. Oggi, dunque, il *right of publicity* protegge il valore economico dell'identità, quali che siano i suoi strumenti di richiamo, dal nome e l'immagine ai dettagli biografici di una persona. In altri termini, tutti i *personal indicia* concretamente idonei a produrre un effetto evocativo dell'identità di una persona¹²⁵. Così, con l'elaborazione del *right of publicity*, si è venuta a creare, per i diritti della personalità, una doppia tutela: da un lato, una tutela personalistica fondata sul *right to privacy*; dall'altro, una tutela economica basata sul *right of publicity*. Quest'ultima, peraltro, secondo una interpretazione non unanime, ma autorevole, realizzerebbe, sugli attributi della personalità, «una forma di appartenenza a tutti gli effetti proprietaria»¹²⁶, in quanto tali attributi verrebbero concepiti e trattati come *commodities*, liberamente alienabili nel mercato. In questo modo, tale concezione risolve il problema posto dallo sfruttamento economico dei diritti della personalità tramite il riconoscimento di un nuovo diritto, per certi versi assimilabile ai diritti di proprietà intellettuale¹²⁷, su quel particolare bene immateriale che è il valore economico dell'identità¹²⁸.

3. (Segue) Limiti e potenzialità dell'applicazione del right of publicity al diritto alla protezione dei dati personali.

Ebbene, se questo è, in estrema sintesi, l'approccio statunitense allo sfruttamento economico degli attributi della personalità, parte della dottrina europea suggerisce, come detto, di recuperare proprio questa concezione per la commercializzazione dei dati personali, che altro

¹²⁴ Cfr. T. B. MULROONEY, *A critical examination of New York's right of publicity claim*, in *St. John's law review*, 74/2000, p. 1139 ss.

¹²⁵ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 231, ma vedasi anche S. L. DOGAN, *An exclusive right to evoke*, in *Boston College law review*, 44/2003, p. 291 ss., spec. p. 303 ss.; T. J. MCCARTHY, *The human persona as commercial property: the right of publicity*, in *Columbia journal of law & the arts*, 19/1995, p. 129 ss.

¹²⁶ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 234.

¹²⁷ Cfr. J. E. ROTHMAN, *The right of publicity's intellectual property turn*, cit., *passim*; vedasi anche T.S. JACKSON, *How far is too far? The extension of the right of publicity to a form of intellectual property comparable to trademark/copyright*, in *Tulane journal of technology & intellectual property*, 6/2004, p. 181 ss.

¹²⁸ Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 239.

non sono se non elementi evocativi dell'identità di una persona. In particolare, questa corrente dottrinale, partendo dalla nozione di bene immateriale elaborata dalla dottrina che si occupa di diritto industriale¹²⁹, e dunque recuperando almeno parzialmente quelle logiche proprietarie che si è visto non possono essere adottate *tout court*¹³⁰, propone una lettura in chiave dualistica dei diritti della personalità, secondo lo schema tipico del *right of publicity*. I diritti della personalità, generalmente e latamente intesi, si estrinsecerebbero in due distinti diritti: l'uno, di rango fondamentale, a contenuto non patrimoniale e indisponibile, tutelerebbe la componente personale del diritto della personalità; l'altro, di rango inferiore, a contenuto patrimoniale e disponibile, consisterebbe nel diritto di sfruttamento economico di quegli specifici elementi - tra i quali i dati personali¹³¹ - nei quali la personalità si manifesta ed esteriorizza. Oggetto del trasferimento, o meglio di disposizione¹³², sarebbe il solo diritto

¹²⁹ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1995, p. 431 ss.

¹³⁰ Nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale, di cui il diritto industriale è una branca, oggetto del diritto sono le opere dell'ingegno, le quali sono rette da logiche solo parzialmente proprietarie. In materia di *intellectual property* vi è stato un intenso dibattito, mai sopito, in ordine alla possibilità di concepire gli oggetti di tale diritto come beni giuridici e al rapporto - di identità o meno - tra proprietà intellettuale e la proprietà di cui al Libro Terzo del Codice civile. Si veda, per un primo inquadramento, F. H. EASTERBROOK, *Intellectual property is still property*, in *Harvard journal of law & public policy*, 13/1990, p. 108 ss.; più di recente si veda A. MOSSOFF, *Intellectual property and property rights*, in *George Mason law & economics research paper no. 14-31*, 15 luglio 2014, disponibile online all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2466479>. Sul punto, è significativa la riflessione di P. Trimarchi, laddove sostiene che «l'opera dell'ingegno si può dunque concepire come un bene immateriale e si parla sovente di proprietà di beni immateriali, per analogia con la proprietà di cose materiali. Ma il parallelo è ingannevole, perché quella e questa non hanno nulla in comune, tranne la caratteristica dell'assolutezza. Soprattutto è diverso il modo di godimento del bene che, nel caso della creazione intellettuale tutelata dal diritto d'autore o da un brevetto, consiste in un particolare regime della concorrenza: la possibilità, cioè, di riprodurre l'opera o di sfruttare l'invenzione nell'industria ad esclusione di chiunque altro» (così P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 20^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 88 ss.). Nello stesso senso L. NIVARRA - V. RICCIUTO - C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 208 ss. Inoltre, sull'impossibilità di applicare alcune delle regole cardine della tutela proprietaria di cui al Libro Terzo del Codice Civile scrive U. Mattei che «sul piano tecnico, la struttura della proprietà intellettuale, non sembra reggere l'omologazione funzionale fra inibitoria, rivendicazione e reintegrazione come strumenti rimediali tipici della situazione dominicale» (così U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, vol. II, Utet, Torino, 2015, p. 88 ss.).

¹³¹ Applicano questa concezione dualistica allo specifico caso dei dati personali diversi Autori, tra cui, nel contesto italiano, L. C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, cit., p. 185, il quale propone una rilettura in chiave prettamente dualistica del diritto alla protezione dei dati personali; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., *passim*; F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giustizia civile*, 2002, p. 157 ss., spec. p. 162 ss.; E. GIANNANTONIO, *Sub art. 1*, in E. GIANNANTONIO - M. G. LOSANO - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, Cedam, Padova, 1997, p. 6 ss.; A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 106 ss. Ma si veda anche la riflessione di T. WEICHERT, *Wem gehören die privaten Daten?*, in *Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 2004, p. 281 ss., spec. p. 284 ss.

¹³² Come si vedrà (vedi *infra* Cap. III, sez. II, par. 4, p. 202 ss.), infatti, anche in questo caso non avviene un vero trasferimento del diritto, ma un'attribuzione precaria, limitata nei modi e nei tempi.

di sfruttamento economico di tali elementi.

Ciò che questi Autori suggeriscono, quindi, e che potrebbe essere recuperato come utile integrazione dei modelli europeo e statunitense, è di adottare pur sempre una concezione europea del diritto al trattamento dei dati personali, configurandolo dunque come diritto della personalità, ma di applicare ad esso la disciplina che tipicamente governa quella materia negli Stati Uniti. In questo modo, si adotterebbe una commistione tra le due discipline, una commistione che raccoglierebbe quanto di meglio vi è in ciascuna di esse: gli aspetti tipici della tradizione europea, più garantisti nei confronti della persona; e quelli tipici della tradizione statunitense, maggiormente attenti agli interessi economici e di mercato in gioco. Non solo. Questo approccio potrebbe essere in grado di superare anche la storica diatriba tra sostenitori della natura autorizzativa del consenso e sostenitori della natura negoziale¹³³. Infatti, ai due diversi diritti individuati, corrisponderebbero altrettanti distinti beni giuridici: il diritto personalissimo avrebbe ad oggetto la “notizia”, un bene dal «contenuto informativo-valutativo [che può] costituire segno distintivo e identificativo della persona»; il diritto di sfruttamento economico, invece, avrebbe ad oggetto il “dato”, il quale «come mezzo di diffusione della notizia [...] può perdere il suo connotato esclusivo di attributo della personalità per assumere la fisionomia di entità patrimonialmente valutabile». In questo modo, sarebbe possibile rinvenire un consenso “autorizzativo” con riferimento alle notizie e un consenso “negoziale” con riferimento ai dati personali¹³⁴.

Orbene, questa dottrina, è stata in passato criticata - in relazione ai diritti della personalità in generale - da quanti hanno sostenuto che essa si basi su un equivoco di fondo, figlio di un retaggio del passato, ovverosia l'idea che «il sistema di tutela civile della persona rappresenti - ed abbia sempre rappresentato - una sorta di “isola” che il mare dei rapporti patrimoniali potrebbe soltanto lambire ma non penetrare»¹³⁵. Al contrario, la dimensione patrimoniale dei diritti della personalità non sarebbe mai stata assente, storicamente, dalla loro teorizzazione

¹³³ Cfr. Cap. II, sez. I, par. 2, p. 83 ss.

¹³⁴ Così P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 21 ss., p. 62 ss.

¹³⁵ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 241, il quale richiama l'opera francese di F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, In *Revue internationale de droit comparé*, 43(2)/1991, p. 42, ed evidenzia come l'Autore faccia notare che «l'idea della «sacralità» dei diritti della persona abbia condotto ad erigere una vera e propria barriera tra la suddetta categoria e gli altri istituti del diritto privato, altrettanto invalicabile quanto il celebre «muro» (Royer-Collard) posto a confine tra la sfera pubblica e la sfera privata».

e la compresenza delle due dimensioni sarebbe stata un suo elemento fondante, riconosciuto sia a livello dogmatico¹³⁶, sia a livello applicativo¹³⁷. Secondo tali Autori, la divaricazione tra la dimensione ideale e quella patrimoniale non è quindi coerente con le caratteristiche di fondo del sistema civilistico di protezione della persona, come concretamente affermatosi nell'esperienza europea. Piuttosto, andrebbe recuperata la persona umana nella sua "dimensione unitaria"¹³⁸, quale titolare di un complesso multiforme di situazioni giuridiche soggettive, afferenti sia alla sua dimensione patrimoniale, sia a quella esistenziale, abbandonando così «un'artificiosa distinzione tra tipologie di interessi che nella multiformità del reale si presentano il più delle volte inscindibilmente connessi»¹³⁹. In altre parole, i diritti della personalità si caratterizzerebbero per essere diritti dal contenuto complesso, per incorporare cioè facoltà e componenti sia morali che patrimoniali. La stretta interconnessione tra gli interessi coinvolti nell'ambito dei diritti della personalità renderebbe così inscindibili le due componenti del diritto e impedirebbe di configurare qualsiasi separazione tra le prerogative patrimoniali e quelle personalistiche.

Le critiche sopra riportate sono certamente suggestive, oltre che evocative di una concezione più moderna della persona umana e dei diritti della personalità¹⁴⁰. Peraltro, tali critiche, formulate con riferimento ai diritti della personalità *in generale*, mal si adattano ad una fattispecie del tutto peculiare qual è il diritto alla protezione dei dati personali¹⁴¹, rigorosamente disciplinato e soprattutto caratterizzato da un'intrinseca ed irriducibile

¹³⁶ Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 242, il quale riferisce di come «inizialmente la compresenza dei due profili era apertamente verbalizzata e compiutamente riflessa sul piano dogmatico: emblematica, a tal riguardo, è l'elaborazione tedesca di fine ottocento, là dove il paradigma dell'*Individualität* era frequentemente invocato al fine di assicurare la protezione dei risultati dell'attività creativa ed imprenditoriale del soggetto; e dove quindi si ammetteva, senza timore di contraddizione, che i diritti della personalità potessero «sviluppare» al loro interno un contenuto patrimoniale giuridicamente rilevante».

¹³⁷ Cfr. G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 243, ove l'Autore riferisce di come «ben prima dell'introduzione del Codice civile le corti italiane avessero elaborato una serie di tecniche idonee ad assicurare la riserva in capo a ciascun individuo delle utilità economiche ricomprese nella propria immagine».

¹³⁸ C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 70 ss., che rinvia al concetto espresso in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino-Napoli, 1972, *passim*.

¹³⁹ Così G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 145.

¹⁴⁰ Tale concezione è stata condivisa anche in questo lavoro, allorquando si è trattato di dimostrare la *liceità* della commercializzazione degli attributi della personalità (cfr. Cap. I, sez. II, par. 5, p. 58 ss.).

¹⁴¹ Si è già evidenziato (cfr. Cap. II, sez. I, par. 1, p. 75 ss.) che i dati personali presentano delle peculiarità rispetto agli attributi della personalità per così dire "tradizionali" tali da rendere necessaria l'elaborazione, con riferimento ad essi, di meccanismi di circolazione del tutto differenti.

tensione, per non dire contraddizione, tra gli interessi di tutela personalistica e quelli di disciplina e innovazione del mercato.

Vale qui la pena di ricordare brevemente le considerazioni già esposte all'inizio di questo lavoro¹⁴² per comprendere meglio perché può essere coerente con la disciplina generale e complessiva della *data protection* recuperare le teorie dottrinali che, a partire dal *right of publicity* statunitense, teorizzano la natura dualistica del diritto alla protezione dei dati personali, separando la componente esistenziale da quella patrimoniale.

Ebbene, si è già avuto modo di constatare come in materia di protezione dei dati personali, in parte già con la c.d. “Direttiva madre”, ma ancor più con il GDPR, il Legislatore europeo abbia dato avvio ad un procedimento di deviazione dalle logiche tradizionali, esclusivamente personalistiche, favorendo un sistema concentrato *anche* su quelle economiche; si è avuto modo altresì di constatare come in particolare il GDPR abbia comportato un mutamento nel *focus* della disciplina, dalle implicazioni personalistiche dei dati personali alla disciplina della loro circolazione. Alla base di questo mutamento vi è certamente la consapevolezza da parte del Legislatore europeo dell’immenso valore economico che i dati rivestono nell’economia di oggi, in un mercato ove essi costituiscono una vera e propria risorsa, un mercato che necessita, per il suo sviluppo, che tale circolazione venga incrementata.

Peraltro, si è parimenti rilevato come il valore economico assunto dai dati personali e la loro importanza per l’implementazione dell’economia digitale europea non possano pregiudicare il diritto fondamentale della persona alla protezione dei propri dati personali e dunque al controllo sulla loro circolazione. Pertanto, il Legislatore europeo ha tentato di conciliare la natura di diritto fondamentale della persona del diritto alla protezione dei dati personali con il riconosciuto valore economico di questi ultimi attraverso un sistema di bilanciamento tra i molteplici interessi contrapposti, principalmente di natura personale ed economica.

È in quest’ottica che devono essere lette, ad esempio, le disposizioni del GDPR che regolano la circolazione dei dati personali su base consensuale e che limitano il più possibile tale forma di diffusione, circondandola di garanzie a tutela della consapevolezza dell’interessato e dell’effettività della sua volontà. Sono proprio tali previsioni che hanno impedito, nel corso di questo lavoro, di ricostruire il fenomeno citato dalla Direttiva (UE) 2019/770 come un tradizionale contratto a prestazioni corrispettive e che hanno imposto di ricostruire la

¹⁴² Cfr. Cap. I, sez. I, par. 3, p. 26 ss.

fattispecie di scambio di dati personali come una fattispecie articolata, costituita da due distinti momenti cui corrispondono due altrettanto distinti consensi: l'uno finalizzato alla conclusione del contratto e l'altro esclusivamente ad autorizzare il trattamento dei dati personali. Emerge quindi con evidenza, all'interno della stessa disciplina europea, la presenza di due diverse tendenze, in tensione e contraddizione tra loro, che riflettono quella che abbiamo definito la "doppia anima" dei dati personali, in parte attinente alla persona e in parte di natura economica.

In altre parole, nella materia della protezione dei dati personali, più che nelle ipotesi di commercializzazione degli attributi "tradizionali" della personalità, si fa molto più intensa e percepibile l'esistenza di una duplice natura, patrimoniale ed esistenziale, dell'attributo commercializzato, cui corrispondono interessi tra loro non sempre coerenti, ma spesso anche confliggenti. A ciò, infine, fa da *pendant* una disciplina europea che, anche attraverso fonti normative difficilmente conciliabili tra loro, riflette chiaramente questa irriducibile tensione tra dimensione patrimoniale ed esistenziale che affligge la circolazione dei dati personali.

Alla luce di queste considerazioni, infine, una distinzione tra la componente esistenziale e quella economica del diritto alla protezione dei dati personali non è affatto "incoerente"¹⁴³ con il sistema di protezione dei dati personali, ma anzi è certamente più in linea con il sostrato culturale che fa da fondamento alla specifica normativa di settore, finalizzata contemporaneamente a proteggere le persone e a garantire la creazione di un mercato caratterizzato dalla libera circolazione dei dati personali.

4. Critiche ad una logica circolatoria strettamente traslativa. Verso lo schema della licenza.

Superata la ritrosia ad adottare la teoria del *right of publicity* anche per il diritto alla protezione dei dati personali, e le correlate critiche di incoerenza della separazione che tale teoria adotta, si può piuttosto evidenziare la difficoltà di applicare alla circolazione dei dati personali (*rectius*, del diritto al loro sfruttamento economico) una logica prettamente

¹⁴³ Si ricordi che una delle principali critiche al recupero del *right of publicity* era la sostenuta incoerenza della separazione tra dimensione ideale e patrimoniale rispetto alle caratteristiche del sistema civilistico di protezione della persona.

traslativa, logica invece tipica del *right of publicity*, che in quanto tale importerebbe un distacco definitivo delle prerogative patrimoniali di sfruttamento economico dal loro titolare. In primo luogo, come appena ricordato¹⁴⁴, l'intera materia della *data protection* è caratterizzata da una dimensione relazionale, da una molteplicità di interessi contrapposti coinvolti nella circolazione dei dati, interessi che non vengono sempre sacrificati in nome della tutela dell'interessato, ma che al contrario ricevono un costante bilanciamento reciproco, e ciò anche quando la base per il trattamento è costituita dal consenso dell'interessato. Al contrario, la circolazione di beni o diritti secondo logiche traslative è caratterizzata da una dimensione esclusivamente individuale, incentrata cioè sul singolo e sui suoi soli interessi, validi ed efficaci *erga omnes*¹⁴⁵.

In secondo luogo, vi è poi l'ostacolo più imponente all'adozione di una logica traslativa, ovvero il fatto che l'interessato mantiene pur sempre un controllo, anche molto stretto, sui dati personali anche dopo il loro "trasferimento", il che si pone in contrasto con la logica del negozio traslativo, il quale invece postula una cesura netta e definitiva con il diritto trasferito¹⁴⁶. Tale controllo si esplica attraverso i diritti che il GDPR riconosce all'interessato agli artt. 15-22 (diritto di accesso, di rettifica e di cancellazione dei dati, il diritto di limitazione del trattamento, il diritto di notifica di eventuali rettifiche o cancellazioni o limitazioni del trattamento effettuate, il diritto alla portabilità dei dati, il diritto di opposizione al trattamento e ad un processo decisionale automatizzato), diritti che peraltro possono essere fatti valere non solo nei confronti del primo titolare del trattamento (l'ipotetico primo acquirente dei dati), ma anche nei confronti dei successivi titolari, il che rappresenta

¹⁴⁴ Vedasi, sul punto, quanto detto *supra* Cap. III, sez. II, par. 3, p. 197 ss.

¹⁴⁵ Vedasi, per la riflessione, F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 613 ss., spec. p. 624. Cfr. anche A. PALMIERI, *Personal data privacy nell'Information Age tra diritti, regole e mercato: spunti di riflessione*, in *Notizie di Politeia*, 2000, p. 102 ss. Alcuni Autori, sulla base di queste osservazioni, si sono spinti sino al punto da mettere in dubbio che la stessa disciplina della *data protection* possa essere ricondotta e letta attraverso lo schema del diritto soggettivo, per di più rigido come lo è il diritto di proprietà, quando invece la disciplina in questione tutela una serie di interessi coinvolti e in contrasto tra loro: vedasi F. PIRAINO, *Codice della privacy e bilanciamento di interessi*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., p. 695 ss.

¹⁴⁶ Si veda, *ex multis*, S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 291 ss., spec. p. 307; G. CONTE, *Diritto dell'interessato e obblighi di sicurezza*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1998, p. 225 ss., spec. p. 234; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, *passim*.

un'ulteriore notevole differenza rispetto alle logiche traslative¹⁴⁷. Se a tutto ciò si aggiunge il fatto che, ai sensi dell'art. 7 GDPR, il consenso al trattamento dei dati personali può essere revocato da chi lo ha prestato in qualsiasi momento e senza alcuna giustificazione, con conseguente caducazione delle prerogative patrimoniali "acquisite" dal titolare del trattamento, appare chiaro come i dati personali non possano circolare, nemmeno ricorrendo alla scissione - propria del *right of publicity* - tra prerogative personali e patrimoniali, secondo il paradigma classico del contratto traslativo. Il consenso al trattamento dei dati personali, infatti, dà vita ad un rapporto «strutturalmente precario [...] entro il quale il cedente mantiene significativi poteri di controllo sulle utilità cedute»¹⁴⁸. In definitiva, «il rilascio del consenso dell'interessato al trattamento (...) non riproduce uno schema dismissivo e, una volta prestato, non estingue il rapporto tra il soggetto e le sue informazioni; allo stesso tempo, non è espressione né di disinteresse alla protezione, né di "rinuncia"»¹⁴⁹.

Senonché, come si è già rilevato¹⁵⁰, queste riflessioni, se da un lato impediscono di adottare una logica prettamente traslativa alla circolazione dei dati personali, in quanto ciò comporterebbe un distacco definitivo tra questi ultimi e l'interessato, dall'altro esse non precludono il ricorso a forme di commercializzazione diverse. In altri termini, se anche l'inalienabilità è un elemento cardine e irrinunciabile del diritto alla protezione dei dati personali e se, quindi, è vero che le prerogative di sfruttamento patrimoniale dei dati non possono essere validamente dismesse e trasferite a terzi in via definitiva, dall'altra è pur sempre vero che lo schema del trasferimento non esaurisce le tipologie di disposizione. Oltre al contratto ad effetti traslativi, infatti, l'ordinamento conosce anche la figura del contratto ad effetti costitutivi, il cui esito, com'è noto, non è quello di trasferire a terzi un proprio diritto in maniera irreversibile, ma di determinare in capo all'avente causa l'acquisto di un diritto

¹⁴⁷ Cfr. A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, cit., p. 141 ss., il quale rileva come l'art. 1379 c.c. non consenta all'alienante di opporre ai terzi subacquirenti del bene l'eventuale divieto di alienazione - o altre limitazioni - pattuito con il primo acquirente.

¹⁴⁸ Così A. LAS CASAS, *Contrattazione digitale e modelli di scambio*, in U. SALANITRO (a cura di), *Smart. La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 387 ss., spec. p. 411.

¹⁴⁹ Così C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 78; ma si veda anche G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 299 ss., spec. p. 303.

¹⁵⁰ Cfr. Cap. I, sez. II, par. 5, p. 58 ss., ove peraltro queste considerazioni erano funzionali ad una riflessione diversa e cioè a dimostrare come l'inalienabilità dei diritti della personalità non è di ostacolo alla loro commerciabilità.

nuovo, qualitativamente differente, che non estingue, ma limita quello del disponente¹⁵¹.

In particolare, il tendenziale avvicinamento del *right of publicity* alla disciplina dei diritti di proprietà intellettuale apre la strada alla valorizzazione delle forme di circolazione tipiche di quella materia. Al riguardo, molti Autori hanno correttamente valorizzato quel carattere di precarietà precedentemente citato, caratterizzato dalla revocabilità del consenso e soprattutto dal fatto che «il cedente mantiene significativi poteri di controllo sulle utilità cedute»¹⁵², per evidenziare come tale tipologia contrattuale sia del tutto paragonabile a quella della licenza d'uso¹⁵³, che tradizionalmente rappresenta uno dei principali mezzi di circolazione dei beni oggetto di proprietà intellettuale¹⁵⁴. Tanto nella licenza d'uso quanto nel trattamento dei dati personali, infatti, il titolare originario del diritto (licenziante o interessato) concede all'altra parte (licenziatario o titolare del trattamento) un particolare diritto di sfruttamento economico della specifica entità ceduta, per un determinato scopo e per un periodo di tempo limitato. Il diritto acquisito dall'avente causa, quindi, non sarebbe il “diritto alla protezione dei dati personali”, diritto fondamentale dell'individuo che in quanto tale permane in capo al disponente, quanto piuttosto il diritto allo sfruttamento economico dei dati¹⁵⁵.

¹⁵¹ Per una ricostruzione dell'istituto si vedano, in particolare, S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 82 ss.; ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 111 ss.; ID., voce *Acquisto del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 513 ss.; R. NICOLA, voce “*Successione nei diritti*”, in *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 605 ss.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 1976, p. 109 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU - F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI e poi da P. SCHLESINGER, v. XI, t. 1, Giuffrè, Milano, 1979, p. 337 ss.

¹⁵² Così A. LAS CASAS, *Contrattazione digitale e modelli di scambio*, cit., p. 411, ma cfr. anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 93.

¹⁵³ Il carattere “precario” del rapporto che si viene ad instaurare tra consumatore e titolare del trattamento, caratterizzato altresì da notevoli poteri di controllo che il primo mantiene sui dati, «induce ad escludere almeno nel contesto del diritto europeo, che i dati possano essere equiparati a “beni” in senso giuridico sui quali possano insistere diritti proprietari in senso tecnico e che la loro cessione possa dar luogo ad un “trasferimento” di beni o diritti proprietari su beni e a valorizzare piuttosto il modello della “licenza” al fine di dare forma giuridica all'accesso ai dati che si realizza a seguito del consenso» (così A. LAS CASAS, *op. ult. cit.*, p. 411).

¹⁵⁴ Per approfondimenti sul contratto di licenza, in generale e con specifico riferimento ai marchi, si vedano P. AUTERI, *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti “originali”*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 286 ss.; ID., *Riflessioni sul contratto di licenza di brevetto per invenzione*, in *Rivista di diritto industriale*, 1961, p. 360 ss.; F. DENOZZA, *Licenze di brevetto e circolazione delle tecniche*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*; D. VATTERMOLI, *I contratti di licenza del marchio nel fallimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1998, I, p. 115 ss.

¹⁵⁵ Alcuni Autori qualificano tale diritto di sfruttamento economico come diritto di accesso ai dati. In particolare, essi evidenziano come, nell'ambito della circolazione dei dati personali, l'attenzione debba spostarsi dai dati come beni, e dunque da un sistema di circolazione tradizionale basato sulla compravendita, all'idea dell'accesso agli stessi e dunque ad un sistema di circolazione basato sui servizi. Affronta la questione H. ZECH, *Data as a tradeable commodity. Implications for contract law*, in *European contract law and the*

In definitiva, e per usare le parole di autorevole dottrina, «con i dati - come con la maggior parte delle entità digitali (ad esempio i programmi software) - c'è un significativo spostamento dal paradigma della “vendita” (trasferimento completo, non limitato nel tempo e non reversibile dei diritti dal venditore all'acquirente) a un modello di licenza: il licenziante permette al licenziatario di utilizzare una certa entità, per un certo scopo, per un certo tempo. Non c'è trasferimento, ma accesso concordato a un database ed eventualmente a strutture di analisi dei dati»¹⁵⁶. Con questo meccanismo, si osserva, «si realizza da un lato l'importante obiettivo di attribuire alla controparte una posizione stabile, di durata ed estensione variabile a seconda del concreto contenuto del regolamento pattizio, (...). Dall'altro lato, si garantisce la persistenza, a salvaguardia degli interessi del disponente, di un nucleo intangibile di prerogative, idonee ad assicurare che l'utilizzazione degli attributi in discorso si svolga nel quadro dei limiti prefissati dal negozio e nel rispetto dei valori della persona»¹⁵⁷.

5. Riflessioni conclusive e proposte de jure condendo. Un sistema integrato di meccanismi negoziali di licenza e vincoli legali.

digital single market. The implications of the digital revolution, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia Publishing, 2016, p. 4 ss., ove l'Autore evidenzia come il servizio di accesso ai dati, piuttosto che il bene “dati personali”, debba essere il paradigma per costruire un mercato dei dati. In questo modo, peraltro, si eviterebbero anche le critiche del EDPS in merito al divieto di trattare i dati personali come “merci”. Zech, infatti, sostiene l'idea del paradigma del servizio come modalità di commercializzazione dei dati alternativa rispetto al paradigma dei “dati come merce”, ipotizzando non solo l'accesso come servizio che il consumatore offre all'impresa, ma anche servizi “*data based*” offerti dalle imprese a terzi, ovverosia servizi basati sui dati raccolti, ma che non ne implicano la diffusione, come ad esempio i servizi di Google Maps. Nella stessa direzione si muove il lavoro di F. MEZZANOTTE, *Access to data: the role of consent and the licensing scheme*, in K.S. LOHSSE - R. SCHULZE - D. STAUDENMAYER (a cura di), *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools*, cit., p. 160 ss., in cui l'Autore, pur sotto un diverso angolo visuale (vengono analizzati solamente i sistemi *non consensuali* di circolazione e trasferimento dei dati *non personali*), evidenzia comunque come il sistema dell'“accesso” costituisca «*a key factor to the emergence of a data economy*» e ipotizza diversi sistemi di circolazione dei dati industriali basati tutti sull'idea dell'accesso. Nelle conclusioni, giunge a suggerire un modello per così dire integrato: «*a general, flexible, purpose-oriented access regime, coupled with sector-specific legislative interventions aimed at correcting peculiar market failures detectable in discrete contexts of the digital economy*». Un'integrazione tra libertà e limitazione non molto diversa, concettualmente, da quella che infine verrà proposta nella conclusione di questo lavoro. Per altre riflessioni sull'utilità di un sistema di circolazione dei dati basato su regimi differenziati di accesso, vedasi anche V. ZENO-ZENCOVICH - G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 36 ss.

¹⁵⁶ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Do “data markets” exist?*, in *MediaLaws*, 2/2019, p. 22 ss. Questo spostamento viene dettagliatamente analizzato in A. PERZANOWSKI - J. M. SCHULTZ, *The end of ownership. Personal property in the digital economy*, MIT Press, Cambridge, 2016, *passim*. Si veda anche H. ZECH, *Data as a tradeable commodity. Implications for contract law*, cit., p. 51 ss.

¹⁵⁷ Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 337 ss.

Dalle argomentazioni esposte nelle pagine che precedono si possono trarre alcune considerazioni conclusive e alcune proposte *de jure condendo* per la creazione di un sistema di circolazione dei dati personali più vicino a quello statunitense, fortemente *marked oriented*.

In particolare, si è visto come una possibile strada per conciliare le diverse e contrapposte esigenze che animano la materia della *data protection* potrebbe ravvisarsi nella soluzione proposta da quanti, a partire dalla nozione di bene immateriale sviluppata dalla dottrina in materia di diritto industriale, suggeriscono di recuperare la concezione dualistica dei diritti della personalità tipica del *right of publicity* di marca statunitense. Secondo tale concezione, il diritto alla protezione dei dati personali si articolerebbe in due distinte situazioni giuridiche, l'una personalissima e indisponibile, avente ad oggetto gli aspetti più strettamente personali della tutela; l'altra di carattere economico e disponibile, avente ad oggetto il diritto di sfruttamento economico dei dati personali. In particolare, tale ultima posizione giuridica sarebbe suscettibile di circolazione in una forma tutta peculiare, in quanto il consenso al trattamento darebbe vita ad un rapporto precario caratterizzato dal fatto che il dante causa mantiene sempre dei poteri di controllo sulle utilità cedute, anche qualora queste vengano ulteriormente concesse in uso a terzi soggetti. Tale dinamica, che rispecchia la disciplina del GDPR sui diritti concessi all'interessato, troverebbe la sua realizzazione attraverso un contratto ad effetti costitutivi, nella forma del contratto di licenza d'uso, ove al licenziatario verrebbe concesso, con i limiti stabiliti dalla legge e dal contratto, un diritto di accesso ai dati personali e di sfruttamento economico degli stessi, diritto che si configurerebbe come precario stante la revocabilità *ad nutum* del consenso.

Ovviamente, una simile concezione implicherebbe un ripensamento dell'istituto del consenso in quanto, per non scindere la conclusione del contratto in due momenti distinti¹⁵⁸, si richiederebbe un unico consenso capace di autorizzare il trattamento dei dati e contestualmente di concludere il relativo contratto di licenza. Peraltro, ciò non significa e non deve significare un abbandono degli obiettivi di tutela della persona. Tale tutela, infatti, non deve avvenire necessariamente limitando la circolazione su base consensuale dei dati personali, quanto piuttosto adottando un regime di tutela inderogabile che integri gli eventuali

¹⁵⁸ Cfr. *supra* Cap. II, sez. I, par 3, p. 91 ss.

accordi contrattuali con cui si concede un diritto sui propri dati personali.

Al riguardo, si potrebbe suggerire l'adozione di una soluzione basata su una commistione tra meccanismi negoziali di licenza e vincoli legali, in modo tale da conciliare così sia gli interessi personalistici legati alla tutela della persona (che verrebbero garantiti attraverso norme inderogabili di tutela), sia gli interessi commerciali legati alla circolazione dei dati personali (che verrebbe promossa attraverso il ricorso al contratto di licenza)¹⁵⁹. In particolare, la legge dovrebbe garantire una protezione ai dati personali stabilendo regole predefinite e inderogabili che regolino tale mercato, vietando ad esempio determinati utilizzi dei dati o prescrivendo informative dettagliate. Allo stesso modo di quanto avviene nella normativa statunitense sul segreto commerciale, cioè, si potrebbero stabilire regole predefinite per i contratti di licenza, volte a limitare l'accesso ai dati e a regolare i diritti e le modalità di sfruttamento commerciale degli stessi¹⁶⁰. Le *privacy policies*, di cui si è parlato in precedenza, dovrebbero essere qualificate come veri e propri contratti di licenza, le cui clausole dovrebbero essere integrate, o automaticamente sostituite, se illegittime, dalle previsioni di legge inderogabili¹⁶¹.

Del resto, questa soluzione non è molto differente da quella già adottata dal Legislatore europeo e, per quanto qui di interesse, da quello italiano, in materia di contratti con i consumatori, ove la disciplina si caratterizza appunto per la presenza di una serie di regole inderogabili poste a tutela del consumatore, che, proprio in considerazione della sua posizione di debolezza, impongono standard minimi di tutela che tali contratti debbono rispettare¹⁶². Si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle clausole vessatorie e, in particolare,

¹⁵⁹ P. SAMUELSON, *Privacy as intellectual property?*, in *Stanford law review*, 52(5)/2000, p. 1125 ss., spec. p. 1151, l'Autrice sostiene che «a licensing system built on modified trade secrecy default principles might offer a useful model for licensing of personal data» e intende offrire «some suggestions about how such a system might be implemented to facilitate greater protection for personal data in cyberspace».

¹⁶⁰ P. SAMUELSON, *ibidem*: l'Autrice evidenzia come entrambe le discipline, quella sul segreto commerciale e quella sulla riservatezza delle informazioni, hanno alcuni interessi in comune: (i) l'imitare l'accesso e l'uso non autorizzato di informazioni segrete/private; (ii) attribuire alle imprese/individui il controllo sullo sfruttamento commerciale di tali dati; (iii) garantire standard minimi in ordine alle pratiche commerciali accettabili.

¹⁶¹ Cfr. P. SAMUELSON, *ivi*, p. 1162 ss. Più nel dettaglio, S. KILLINGSWORTH, *Minding your own business: privacy policies in principle and in practice*, in *Journal of intellectual property law*, 7/1999, p. 57 ss., suggerisce che tali informative abbiano la natura di offerte contrattuali che debbono ricevere l'accettazione da parte del consumatore. Ovviamente, si tratterebbe di un contratto concluso mediante moduli o formulari, il che richiamerebbe anche le norme consumeristiche sul punto.

¹⁶² L'idea che sta alla base di queste limitazioni, e che potrebbe essere recuperata nel campo dei dati personali, è non solo la posizione di debolezza del consumatore e dunque l'impossibilità in certi casi di operare

alla disciplina contenuta nell'art. 33, comma 2, Cod. cons. ai sensi del quale per determinate clausole vi è la presunzione di nullità che può essere vinta solo da un'ardua prova contraria che deve essere fornita dal professionista. Si consideri, altresì, il fatto che tale nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice o ancora che tale nullità non può essere eccepita dal professionista e così via. In effetti, è la stessa Direttiva (UE) 2019/770 che spinge in questa direzione, laddove qualifica l'interessato che riceva un servizio in cambio dei propri dati personali come consumatore. Ecco perché allora probabilmente la soluzione migliore, anche nell'ottica di conciliare la visione statunitense e quella europea, sarebbe quella di adottare l'approccio consumeristico, di una tutela inderogabile che vada ad integrare le norme contrattuali, anche con riferimento al "caso" della licenza d'uso dei dati personali concessa in cambio di un servizio digitale¹⁶³. Del resto, come è stato giustamente osservato, sarebbe miope non considerare che ogni individuo può avere non già un solo interesse, personalistico, nei confronti dei dati personali, ma una pluralità di interessi, alcuni qualificabili come interessi di libertà civile, altri di carattere prettamente economico¹⁶⁴. E l'approccio contrattuale suggerito è certamente quello che meglio si presterebbe a tenere conto dei molteplici interessi che la persona ha sui propri dati, sia personali che commerciali, ed è la soluzione che meglio coordina e contempera le esigenze di protezione dei dati con quelle della loro commercializzazione.

In conclusione, sono queste le direzioni che la Commissione europea potrebbe tenere in

scelte davvero *libere*, ma anche - e correlativamente - la considerazione delle difficoltà cognitive che gli individui possono presentare nel valutare i rischi di determinate transazioni economiche e dunque l'impossibilità di operare scelte *consapevoli*. Le stesse preoccupazioni agitano gli oppositori della *commodification* dei dati personali. Evidenziano le difficoltà per i consumatori di comprendere i rischi insiti nel commercializzare i propri dati personali, ad esempio, J. D. LASICA, *Your past is your future*, Washington Post, 11.10.1998, disponibile online all'indirizzo <https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1998/10/11/your-past-is-your-future-web-wise/88c9bce1-9ab0-4942-b180-6242f70406f5/>; W. SAFIRE, *Nosy Parker lives*, N.Y. Times, 23.09.1999, disponibile online all'indirizzo <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/opinion/safire/092399safi.html>.

¹⁶³ Dello stesso avviso sembra essere anche P. Samuelson, allorquando suggerisce che «*consumer protection organizations could, for example, draft standard form restrictive licensing agreements for individuals to use to protect their privacy interests when dealing with Web site*». E in merito alla posizione di debolezza contrattuale dei consumatori rileva che «*given the current technical infrastructure of the web, individual users may not be in a position to present their standard form contracts to the site owner in a meaningful way. However, the technical infrastructure of the web may in time allow automated negotiations of privacy licenses that will restrict uses that can be made of personal data*» (così P. SAMUELSON, *Privacy as intellectual property?*, cit., p. 1166).

¹⁶⁴ P. SAMUELSON, *op. ult. cit.*, p. 1171.

considerazione per il futuro al fine di adottare normative funzionali alla creazione di un mercato interno caratterizzato da una circolazione dei dati che sia al contempo libera e protetta. Come detto, peraltro, l'attuale concezione del consenso al trattamento, per come delineato dalle norme del GDPR e per come interpretato dalle Istituzioni dell'Unione, ovvero sia come ontologicamente distinto dal consenso negoziale, impedisce l'adozione *tout court* di una simile ricostruzione, in quanto richiederebbe di attribuire al consenso una efficacia contrattuale che al momento non possiede e non può possedere. Al contrario, come si è visto, esso costituisce - nella prospettiva qui avanzata - un momento distinto e separato dalla conclusione del contratto. Peraltro, quanto suggerito può essere uno spunto per rivedere e per attenuare la rigidità del GDPR in fatto di consenso al trattamento, o, perlomeno, per riconsiderare le interpretazioni che se ne danno, col fine di raggiungere quella libera circolazione dei dati cui ambisce l'Unione europea senza per questo rinunciare alle garanzie minime a tutela della persona. Rimane, peraltro, il problema del *contenuto* di queste garanzie minime, sul quale bisognerebbe trovare un accordo a livello politico, prima ancora che giuridico, ma già l'adozione del *right of publicity* e della licenza d'uso come idea per la commercializzazione dei dati personali e, segnatamente, del diritto al loro sfruttamento economico, con l'accoglimento dunque di una visione più mercantile dei dati personali, potrebbe costituire un notevole passo avanti nella direzione voluta e potrebbe facilitare l'individuazione di un accordo su quegli standard minimi di tutela che il contratto di licenza d'uso dei dati personali dovrebbe rispettare.

CONCLUSIONI

L'obiettivo perseguito con il presente lavoro era quello di fornire una ricostruzione giuridica di quel fenomeno negoziale individuato dal Legislatore europeo con la Direttiva (UE) 2019/770 e noto con l'evocativa espressione di "scambio di dati personali". Trattasi, in particolare, di quella peculiare dinamica commerciale, da anni diffusa nella prassi dei mercati digitali, che vede il professionista offrire il proprio servizio o il proprio prodotto ai consumatori subordinando tale fornitura non già al pagamento di un prezzo, bensì all'autorizzazione, da parte del consumatore stesso, a trattare i propri dati personali. Ebbene, descritto in questi termini, economici e social-tipici, il fenomeno, si è poi nel corso dell'analisi cercato di giungere ad una sua qualificazione giuridica, lasciando peraltro aperti, nella parte conclusiva dell'indagine, alcuni spunti di riflessione per future considerazioni su un possibile mercato dei dati che l'Unione europea sembrerebbe già volere più aperto e libero.

La ricostruzione giuridica dell'istituto è stata necessariamente preceduta da un'indagine sulla legittimità, alla luce dei principi costituzionali nazionali, della commercializzazione dei dati personali. In particolare, i dubbi sulla sua ammissibilità nascono dalla qualificazione del diritto alla protezione dei dati personali, di cui si dispone con tale negoziazione, come diritto fondamentale della persona, e segnatamente come diritto della personalità. Al riguardo, l'analisi delle radici più profonde dei diritti della personalità, nonché della loro evoluzione, ci ha permesso di comprendere come gli attributi della personalità morale, al di là delle declamazioni tradizionali che li vorrebbero indisponibili e privi di rilievo economico, siano al contrario ampiamente disponibili da parte del loro titolare, con l'unico limite che la negoziazione di cui vengono fatti oggetto non sia tale da ledere quel nucleo irriducibile di tutele della persona riconducibile al valore della dignità umana. Conseguentemente, si è conclusa l'indagine riconoscendo che la tutela della persona non deve essere perseguita tramite un generico e assoluto divieto di commercializzazione dei dati personali, quanto piuttosto attraverso un'attenta regolamentazione delle forme con cui può avvenire.

L'individuazione di tali forme di circolazione non ha potuto giovare delle riflessioni elaborate negli anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento ai diritti della personalità per così dire "tradizionali", come il diritto al nome e all'immagine, e ciò a causa,

da un lato, delle peculiarità che i dati personali presentano rispetto agli altri attributi della personalità, e dall'altro, e soprattutto, a causa della presenza di una normativa regolamentare europea che disciplina rigorosamente l'istituto del consenso al trattamento dei dati personali, limitando notevolmente le opzioni ermeneutiche percorribili. In particolare, l'attuale disciplina del GDPR, che circonda l'interessato di una serie di rigide garanzie volte a tutelare *in primis* l'effettività del suo consenso e la sua piena consapevolezza, ponendolo cioè al riparo da ogni influenza esterna, ci ha imposto di concepire il consenso al trattamento dei dati personali come ontologicamente distinto, e dotato di requisiti di validità più stringenti, rispetto a quella manifestazione di volontà che è diretta a concludere un contratto secondo le norme del diritto nazionale. Alla luce di simili vincoli normativi, per la ricostruzione del c.d. "contratto di scambio di dati personali" si è rinviato alle c.d. "promesse condizionate ad una prestazione", istituto di derivazione anglosassone che è stato in ultima analisi ricondotto ad un peculiare contratto a prestazioni corrispettive, ove una prestazione - la fornitura del servizio o del prodotto digitali - è effettivamente obbligatoria, mentre l'altra - il consenso al trattamento dei dati personali - è posta non già *in obligatione*, bensì *in condicione*. Si è poi evidenziato che, a seconda delle peculiarità del caso concreto, il contratto di scambio dovrà considerarsi concluso, ma sospensivamente condizionato, *ex art. 1353 c.c.*, alla prestazione dedotta *in condicione*, e cioè il consenso al trattamento dei dati, ovvero concluso direttamente, *ex art. 1327 c.c.*, mediante l'esecuzione della prestazione richiesta e cioè, ancora una volta, il consenso al trattamento dei dati. Questa ricostruzione ha poi permesso di applicare al contratto così individuato, oltre che la disciplina del GDPR in materia di *data protection*, quella dettata dal diritto nazionale per tale tipologia di contratti. In particolare, si è ritenuta applicabile, da un lato, parte della disciplina dettata dal Codice civile per i contratti a prestazioni corrispettive, e, dall'altro, - stante la qualifica di consumatore che la Direttiva (UE) 2019/770 attribuisce all'interessato che "cede" i propri dati personali - quella consumeristica in materia di difetto di conformità del prodotto o del servizio forniti. La ricostruzione ha così dimostrato la sua maggiore utilità laddove ha permesso di ampliare notevolmente il ventaglio di tutele dell'interessato-consumatore.

Infine, si è evidenziato come la ricostruzione sopra delineata se da un lato rappresenta, allo stato attuale della normativa europea in materia di consenso al trattamento dei dati personali, una possibile soluzione per permettere la circolazione dei dati su base negoziale, dall'altro

essa può altresì costituire un potenziale ostacolo all'obbiettivo unionale della creazione di un libero mercato dei dati, ispirato ad elevati livelli di condivisione degli stessi. Così, si è tentato di ampliare l'angolo visuale dell'analisi per verificare se, e in che limiti, sia possibile recuperare - in un'ottica *de jure condendo* - parte dell'approccio, fortemente "*marked oriented*", adottato sul punto dagli Stati Uniti d'America. Al riguardo, si è suggerito di recuperare la teoria del c.d. "*right of publicity*" che opera una distinzione, all'interno dei diritti della personalità, tra componente morale (indisponibile) e componente patrimoniale (liberamente alienabile). Evidenziato come nemmeno i diritti patrimoniali sui dati personali possano circolare secondo logiche tipicamente traslative, stante il fatto che l'interessato mantiene sempre dei poteri sui propri dati personali anche dopo aver acconsentito al loro trattamento, si è infine individuato il meccanismo della licenza come mezzo per la creazione di un mercato dei dati personali, ove essi circolano attraverso la costituzione in capo ai professionisti di diritti patrimoniali di sfruttamento economico a cui tuttavia l'interessato non rinuncia in via definitiva. In questo modo, in particolare, le garanzie di tutela della persona possono venire rispettate attraverso un sistema integrato di regole negoziali e vincoli legali, alla stregua di quanto avviene in materia consumeristica, ove la libertà negoziale viene limitata dal Legislatore e piegata alle esigenze di tutela della parte debole. Si è evidenziato, infine, come tale ricostruzione, suggerita in un'ottica *de jure condendo*, non possa che implicare una, seppur parziale, revisione e attenuazione delle rigide regole che il GDPR detta in materia di consenso al trattamento dei dati personali, dovendo in difetto ricorrere nuovamente a meccanismi negoziali più articolati, che, come le promesse condizionate ad una prestazione, scindano la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali dal consenso alla conclusione del contratto.

In conclusione, dunque, l'analisi svolta ha permesso di rispondere agli interrogativi che ci si era posti all'inizio del presente lavoro, ammettendo la legittimità di un contratto con cui si disponga dei propri dati personali e fornendone una ricostruzione giuridica. L'analisi, peraltro, non ha mancato di evidenziare gli ostacoli che l'approccio europeo, fortemente protezionistico per la persona, comporta per la creazione di un mercato caratterizzato dalla libera circolazione dei dati personali, obbiettivo cui tende inesorabilmente l'Unione europea. In un'era dominata dai servizi online, la strada migliore per la tutela della persona non sembra quindi quella di una tutela cieca dell'interessato, ma quella, che pure il Legislatore europeo

ha adottato in materia consumeristica, di una rigida regolamentazione delle previsioni contrattuali ammissibili senza però intaccare l'autonomia negoziale dei consumatori.

BIBLIOGRAFIA

ACQUISTI A. - TAYLOR C. - WACMAN L., *The economics of privacy*, in *Journal of economic literature*, 54(2)/2016, p. 442 ss.

ADDANTE A., *L'accesso ai dati personali quale corrispettivo di contenuti e servizi digitali*, in CUOCCI V. V. - LOPS F. P. - MOTTI C. (a cura di), *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 397 ss.

ADDANTE A., *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giustizia civile*, 2020, p. 889 ss.

AIELLO G. F., *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona. Natura e limiti di un diritto fondamentale «disomogeneo» alla luce della nuova proposta di General Data Protection Regulation*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2015, p. 421 ss.

AINIS M., *Circolazione dei dati personali e disciplina del mercato*, in PINELLI A. M. (a cura di), *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 53 ss.

ALPA G., *Introduzione*, in PANETTA R. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato: Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. XI ss.

ALPA G., *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 723 ss.

ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Bari, 2000, *passim*.

ALPA G., *La proprietà dei dati personali*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 9 ss.

ALVISI C., *Dati personali e diritti dei consumatori*, in CUFFARO V. - D'ORAZIO R. - RICCIUTO V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 669 ss.

AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, Padova, 1996, *passim*.

AMMENDOLA M., *Lo sfruttamento commerciale della notorietà civile di nomi e di segni*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

ANGIOLINI C., *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*.

ASTONE F., *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Annali italiani di diritto d'autore*, 2011, p. 108 ss.

ATELLI M., *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al "door to door"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, *passim*.

AUTERI P., *Riflessioni sul contratto di licenza di brevetto per invenzione*, in *Rivista di diritto industriale*, 1961, p. 360 ss.

AUTERI P., *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti "originali"*, Giuffrè, Milano, 1973, *passim*.

BAKER S., *How can the U.S. respond to Schrems II?*, in *Lawfare*, 21.07.2020 (<https://www.lawfaremedia.org/article/how-can-us-respond-schrems-ii>).

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1964.

BARCELLONA M., *Attribuzioni normative e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 607 ss.

BARENGHI A., *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, p. 575 ss.

BARRAD C. M. V., *Genetic information and property theory*, in *Northwestern University law review*, 87/1993, p. 1037 ss.

BASINI G. F., *La "promessa condizionata ad una prestazione": individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 200 ss.

BASINI G. F., *Le promesse premiali*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*.

BATTELLI E., *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono gratuiti*, in *I contratti*, 2022, p. 355 ss.

BATTERSBY G.J - GRIMES C. W., *The law of merchandise and character licensing*

merchandising: merchandising law and practice, Thomson-West, Deerfield - New York City - Rochester, 2002.

BAVETTA G., voce *Identità (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 953 ss.

BENEDETTI A.M., *L'eccezione di inadempimento*, in NAVARRETTA E. – ORESTANO A. (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice civile* diretto da GABRIELLI E., vol. IV, Utet, Torino, 2011, p. 480 ss.

BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, *passim*.

BEN-SHAHAR O. - SCHNEIDER C. E., *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

BERGELSON V., *It's personal but is it mine? Toward property rights in personal information*, in *UC Davis law review*, 37/2003, p. 379 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952.

BEVERLEY-SMITH H. - OHLY A. - LUCAS-SCHLOETTER A., *Privacy, property and personality. Civil law perspectives on commercial appropriation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

BEVERLEY-SMITH H., *The commercial appropriation of personality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

BIANCA C. M., *Diritto civile, vol. 1, La norma giuridica. I soggetti*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2002.

BIANCA C. M., *Note introduttive*, in BIANCA C. M. - BUSNELLI F. D. (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, t. I, CEDAM, Padova, 2007, p. XIX ss.

BIGLIAZZI GERI L. - BRECCIA U. - BUSNELLI F.D. - NATOLI U., *Diritto civile*, vol. I, UTET, Torino, 1986.

BIGLIAZZI GERI L., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. - MESSINEO F., continuato da MENGONI L. e poi da SCHLESINGER P., v. XI, t. 1, Giuffrè, Milano, 1979.

BIGNAMI F. - RESTA G., *Human rights extraterritoriality: the right to privacy and national security surveillance*, in BENVENISTI E. - NOLTE G. (a cura di), *Community interests across international law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 357 ss.

BIGNAMI F. - RESTA G., *Transatlantic privacy regulation: conflict and cooperation*, in *Law and contemporary problems*, n. 78/2015, p. 231 ss.

BIGNAMI F., *The US legal system on data protection in the field of law enforcement. Safeguards, rights and remedies for EU citizens. Study for the LIBE Committee of the European Parliament*, GWU Law School public law research paper no. 2015-54 (<https://ssrn.com/abstract=2705618>).

BILOTTA F., *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in PANETTA R. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato: Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 445 ss.

BISTOLFI C. - BOLOGNINI L. - PELINO E., *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016.

BOCCHINI F. - QUADRI E., *Diritto privato*, 10^a ed., Giappichelli, Torino, 2024.

BOERDING A. - CULIK N. - DOEPKE C. - HOEREN T. - JUELICHER T. - ROETTGEN C. - SCHOENFELD M. V., *Data Ownership - A Property rights approach from a european perspective*, in *Journal of civil law studies*, 2018, p. 323 ss.

BONETTI S. F., *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 1087 ss.

BRANDEIS L. D. - WARREN S., *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 4/1890, p. 193 ss.

BRAVO F., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, CEDAM, Padova, 2018, *passim*.

BRAVO F., *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 34 ss.

BRAVO F., *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito dei dati personali*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 383 ss.

BUCHANAN C. L., *A comparative analysis of name and likeness rights in the United States and England*, in *Golden Gate University law review*, 18(2)/1988, p. 301 ss.

BUSNELLI F. D., *Il diritto delle persone*, in AA.VV., *I cinquant'anni del Codice civile. Atti del convegno di Milano del 4-6 giugno 1992*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 99 ss.

BUSNELLI F. D., *Nota introduttiva al commento della l. 31 dicembre 1996, n. 675. Spunti per un inquadramento sistematico*, in BIANCA C. M. - BUSNELLI F. D. - BELLELLI A. - LUISO F. P. - NAVARRETTA E. - PATTI S. - VECCHI P. M. (Commentario a cura di), *Tutela della privacy*, CEDAM, Padova, 1999, p. 228 ss.

BUTTARELLI G., *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1997, *passim*.

BUZZACCHI C., *La politica europea per i Big Data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 153 ss.

CAFAGGI F., *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 613 ss.

CAGGIANO I. A., *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 67 ss.

CALZOLAIO S., voce *Protezione dei dati personali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Milano, 2017, p. 594 ss.

CAMARDI C., *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 1049 ss.

CAMARDI C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, p. 499 ss.

CASTIGLIA G., *Promesse unilaterali atipiche*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1983, p. 327 ss.

CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1037 ss.

CATALA P., *Ebauche d'une théorie de l'information*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1983, p. 26 ss.

CATE F. H., *Privacy in the information age*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1997.

CATTANEO G., *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 949 ss.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, 3^a ed., Jovene, Napoli, 1913.

CHRISTAKIS T., *After Schrems II: uncertainties on the Legal basis for data transfers and constitutional implications for Europe*, in *European law blog*, 21.07.2020 (<https://europeanlawblog.eu/2020/07/21/after-schrems-ii-uncertainties-on-the-legal-basis-for-data-transfers-and-constitutional-implications-for-europe/>).

CONTE G., *Diritto dell'interessato e obblighi di sicurezza*, in CUFFARO V. - RICCIUTO V. (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1998, p. 225 ss.

COOLEY T., *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independent of contract*, Callaghan & Company, Chicago, 1888.

CUCUCCIO M. A., *Il diritto alla identità personale e l'identità digitale*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, p. 949 ss.

CUFFARO V., *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 1097 ss.

CUFFARO V., *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in CUFFARO V. – D'ORAZIO R. - RICCIUTO V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1 ss.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, *passim*.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. - MESSINEO F., vol. II, Giuffrè, Milano, 1961, p. 91 ss.

- DE CUPIS A., *Il diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1949, *passim*.
- DE FRANCESCHI A., *Data as tradeable commodity and new measures for their protection*, in *The italian law journal*, 1/2015, p. 51 ss.
- DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali nella proposta di direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali*, in MANTELERO A. - POLETTI D. (a cura di), *Regolare la tecnologia: il regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 203 ss.
- DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, *passim*.
- DE GREGORIO G. - TORINO R., *Privacy, protezione dei dati personali e big data*, in TOSI E. (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 447 ss.
- DELFINI F., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*.
- DELL'ARTE S., *Il contratto di endorsement*, in *I contratti*, 2007, p. 89 ss.
- DENOZZA F., *Licenze di brevetto e circolazione delle tecniche*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*.
- DETERMANN L., *California privacy law*, International Association of Privacy Professionals, Portsmouth, 2017.
- DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, *passim*.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, *passim*.
- DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 279 ss.
- DOGAN S.L., *An exclusive right to evoke*, in *Boston College law review*, 44/2003, p. 291 ss.
- DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. II, t. I, Giappichelli, Torino, 1982.
- EASTERBROOK F.H., *Intellectual property is still property*, in *Harvard journal of law & public policy*, 13/1990, p. 108 ss.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 8 ottobre 2019 (https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_en).

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, 14 aprile 2024 (https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-01/2023-1261_d0219_opinion_en.pdf).

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content* (https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf).

FARALLI C., *La privacy dalle origini ad oggi. Profili storico-filosofici*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 1 ss.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Data brokers: a call for transparency and accountability*, maggio 2014, (<https://www.FTC.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>).

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendations for businesses and policymakers*, marzo 2012 (<https://www.ftc.gov/reports/protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations-businesses-policymakers>).

FERRANDO G., *Biotecnologie e “atti di disposizione del corpo”*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 761 ss.

FERRANTE E., *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 151ss.

FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano, I, Dottrine generali*, Athenaeum Edizioni Universitarie, Roma, 1921.

FERRI G. B., *Persona e privacy*, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio*

- di Macerata, 5-6 marzo 1982*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1983, p. 33 ss.
- FERRI G. B., *Privacy e identità personale*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1981, p. 379 ss.
- FERRI G. B., *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in CUFFARO V. - RICCIUTO V. - ZENOVICH V. (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 51 ss.
- FICI A. - PELLECCIA E., *Il consenso al trattamento. Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.
- FINOCCHIARO G., *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in FINOCCHIARO G. (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 1 ss.
- FINOCCHIARO G., *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1 ss.
- FINOCCHIARO G., *Una prima lettura della L. 675/1996*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 299 ss.
- FINOCCHIARO G., voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, Aggiornamento V, UTET, Torino, 2010, p. 721 ss.
- FRANZONI M., *I contratti tra i conviventi "more uxorio"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 737 ss.
- GAGGERO P., *Il trattamento dei dati personali nel settore bancario. Brevi note*, in *Contratto e impresa Europa*, 1998, p. 259 ss.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, 4^a ed., Cedam, Padova, 2004.
- GALLO P., *Consenso al trattamento dei dati personali e fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Digesto on line*, 2024, p. 1 ss.
- GALLO P., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, vol. VI, UTET, Torino, 1997, p. 94 ss.
- GALLO P., *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Rivista di diritto*

civile, 2022, p. 1054 ss.

GAMBARO A., *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in PIZZORUSSO A. - FERRERI S. (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Le fonti scritte*, vol. I, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 1998, p. 405 ss.

GAMBINO A. M., *I contratti di accesso ad Internet*, in PERLINGIERI C. - RUGGERI L. (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 191 ss.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, provv. n. 330 del 4 luglio 2013 (www.garanteprivacy.it).

GATTI S., *Il merchandising e la sua disciplina giuridica*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1989, p. 121 ss.

GIACALONE M., *Verso Schrems III? Analisi del nuovo EU-US Data Privacy Framework*, in *European papers*, 8/2023, p. 149 ss.

GIANNANTONIO E., *Sub art. 1*, in GIANNANTONIO E. - LOSANO M. G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, Cedam, Padova, 1997, p. 6 ss.

GIANNANTONIO E., voce *Dati personali (tutela dei)*, in *Enciclopedia del diritto, Agg. III*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 483 ss.

GOODENOUGH O.R., *Privacy and publicity: society, doctrine and the development of law*, The Intellectual Property Institute, London, 1996.

GORLA G., *Il contratto. Vol. I - Lineamenti generali. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954.

GORLA G., *Il cosiddetto "unilateral contract" o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, p. 271 ss.

GORLA G., *Il dogma del consenso o accordo e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Utet, Torino, 1960, p. 921 ss.

GORLA G., *Promesse "condizionate" a una prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1968, p. 431 ss.

GRANIERI M., *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 165 ss.

GRAZIADEI M., *Collisioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, in DI CIOMMO F. E TROIANO O. (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolessi*, La Tribuna, Piacenza, 2018, p. 361 ss.

GRAZIANI C. A., *Le promesse unilaterali*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1982, p. 657 ss.

GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, rese in data 28 novembre 2017, come modificate e riadottate dal Gruppo di lavoro art. 29 in data 10 aprile 2018 e infine fatte proprie dal CEPD con Endorsement n. 1/2018 del 25 maggio 2018.

HASKEL J. - WESTLAKE S., *Capitalism without capital: the rise of the intangible economy*, Princeton University Press, Princeton, 2018.

HOOFNAGLE C. J., *Federal Trade Commission Privacy Law and Policy (Introduction and Excerpt)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

HUGENHOLTZ P. B., *Data property in the system of intellectual property law: welcome guest or misfit?*, in (a cura di) LOHSSE S. - SCHULZE R. - STAUDENMAYER D., *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools: Münster colloquia on EU law and the digital economy III*, Hart/Nomos, Oxford - Baden-Baden, 2017, p. 75 ss.

INZITARI B., *Sponsorizzazione*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 249 ss.

IRTI C., *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*.

JACKSON T.S., *How far is too far? The extension of the right of publicity to a form of intellectual property comparable to trademark/copyright*, in *Tulane journal of technology & intellectual property*, 6/2004, p. 181 ss.

KILLINGSWORTH S., *Minding your own business: privacy policies in principle and in practice*, in *Journal of intellectual property law*, 7/1999, p. 57 ss.

KUNER C., *The Schrems II judgment of the Court of Justice and the future of data transfer regulation*, in *European law blog*, 17.07.2020 (<https://europeanlawblog.eu/2020/07/17/the-schrems-ii-judgment-of-the-court-of-justice-and-the-future-of-data-transfer-regulation>).

LANDINI S., *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2017, p. 180 ss.

LANGHANKE C. - SCHMIDT KESSEL M., *Consumer data as consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6/2015, p. 218 ss.

LAS CASAS A., *Contrattazione digitale e modelli di scambio*, in SALNITRO U. (a cura di), *Smart. La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 387 ss.

LASICA J. D., *Your past is your future*, *Washington Post*, 11.10.1998 (<https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1998/10/11/your-past-is-your-future-web-wise/88c9bce1-9ab0-4942-b180-6242f70406f5/>).

LAUDON K.C., *Markets and privacy*, in *Communications of the ACM*, 39(9)/1996, p. 92 ss.

LESSIG L., *The architecture of privacy*, in *1 Vanderbilt journal of entertainment and technology law*, 1/1999, p. 56 ss.

LESSIG L., *The law of the horse: what cyberlaw might teach*, in *Harvard law review*, 113/1999, p. 501 ss.

LIBERTINI M., *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa e diritto privato*, 2018, p. 1071 ss.

LO SURDO C., *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, in PARDOLESI R. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 699 ss.

LONGHINI S., *Se la partecipazione ad un programma televisivo possa valere come consenso implicito alla diffusione della propria immagine*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 399 ss.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 106 ss.

MACIOCE F., *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1984.

- MACIOCE F., *Tutela civile della persona e identità personale*, Cedam, Padova, 1984.
- MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, *passim*.
- MALGIERI G. - CUSTERS B., *Pricing privacy - the right to know the value of your personal data*, in *Computer law & security review*, 34/2017, p. 289 ss.
- MANES P., *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, Cedam, 2001, *passim*.
- MANTELERO A., *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer law & security review*, 32/2016, p. 238 ss.
- MANTELERO A., *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 144 ss.
- MARCHEGIANI L., *Il diritto sulla propria notorietà*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 191 ss.
- MARINI G., *Diritto alla privacy*, in BARBA A. - PAGLIANTINI S. (a cura di), *Delle persone*, in *Commentario del Codice civile* diretto da GABRIELLI E., vol. III, UTET, Torino, 2013, p. 199 ss.
- MARINI G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, p. 359 ss.
- MATTEI U., *La proprietà*, in Sacco R. (diretto da), *Trattato di Diritto Civile, I diritti reali*, vol. II, Utet, Torino, 2015.
- MATTHEWS K. J., *Proskauer on privacy: a guide to privacy and data security law in the information age*, Practising Law Institute, New York City, 2023.
- MAURO T., *I Big Data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, in PANETTA R. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato: Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 643 ss.

MAZZAMUTO S., *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in PANETTA R. (a cura), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2019, p. 993 ss.

MAZZARA G., *Promesse «condizionate» a una prestazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 347 ss.

MCCARTHY T. J., *The human persona as commercial property: the right of publicity*, in *Columbia journal of law & the arts*, 19/1995, p. 129 ss.

MCCARTHY T. J., *The rights of publicity and privacy*, Thomson/West, New York City, 2005.

MELL P., *Seeking shade in a land of perpetual sunlight: privacy as property in the electronic wilderness*, in *Berkeley technology law journal*, 11/1996, p. 1 ss.

MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 427 ss.

MESSINEO F., voce *Contratto collegato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 48 ss.

MESSINEO F., voce *Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 920 ss.

MESSINETTI D., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 339 ss.

MESSINETTI D., *Principio di gratuità ed atti di disposizione del proprio corpo*, in BELVEDERE A. - GRANELLI C. (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2001, p. 1 ss.

MESSINETTI D., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 355 ss.

MESSINETTI R., *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 137 ss.

METZGER A., *Data as counter-performance: what rights and duties do parties have?*, in *Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law*, 8/2017, p. 1 ss.

MEZZANOTTE F., *Access to data: the role of consent and the licensing scheme*, in LOHSSE K. S. - SCHULZE R. - STAUDENMAYER D. (a cura di), *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools: Münster colloquia on EU Law and the digital economy III*, Hart/Nomos, Oxford/Baden-Baden, 2017, p. 159 ss.

MICHELMAN F. I., *The state action doctrine*, in AMAR V. D. - TUSHNET M. V. (a cura di), *Global perspectives on constitutional law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 228 ss.

MIGNONE C., *Identità della persona e potere di disposizione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, *passim*.

MILLER JR. W. W. - O'ROURKE M. A., *Bankruptcy law v. privacy rights: which holds the trump card?*, in *Houston law review*, 38/2001, p. 777 ss.

MIRABELLI G., *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 313 ss.

MONTERIN A., *Dell'incertezza nei trasferimenti di dati personali verso gli Stati Uniti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 154 ss.

MORETTI A., *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 799 ss.

MOROZOV E., *To save everything, click here: the folly of technological solutionism*, PublicAffairs, New York City, 2013, p. 111 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

MOSSOFF A., *Intellectual property and property rights*, in *George Mason law & economics research paper no. 14-31*, 15 luglio 2014 (<https://ssrn.com/abstract=2466479>).

MULROONEY T. B., *A critical examination of New York's right of publicity claim*, in *St. John's law review*, 74/2000, p. 1139 ss.

MURPHY R. S., *Property rights in personal information: an economic defense of privacy*, in *Georgetown law journal*, 84/1996, p. 2381 ss.

NARCISO M., *"Gratuitous" digital content contracts in EU consumer law*, in *Journal of european consumer and market law*, 6/2017, p. 198 ss.

- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, 2^a ed., Milano, 1976.
- NICEWANDER D. L., *General intangibles under revised article 9*, in *Consumer finance law quarterly report*, 54/2000, p. 169 ss.
- NICOLO R., voce “*Successione nei diritti*”, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, UTET, Torino, 1971, p. 605 ss.
- NICOLUSSI A., voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 133 ss.
- NIGER S., *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006, *passim*.
- NIMMER M. B., *The right of publicity*, in *Law and contemporary problems*, 19/1954, p. 203 ss.
- NINO M., *La Corte di giustizia UE dichiara l’invalidità del sistema di Safe Harbour: la sentenza Schrems*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2015, p. 286 ss.
- NIVARRA L. - RICCIUTO V. - SCOGNAMIGLIO C., *Diritto privato*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2013.
- NOYB, *New trans-atlantic data privacy framework largely a copy of “Privacy Shield”*. *Noyb will challenge the decision*, in *Noyb*, 10 luglio 2023 (www.noyb.eu).
- OBERTO G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991.
- OLIVO F., *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giustizia civile*, 2002, p. 157 ss.
- OOSTVEEN M. - IRION K., *The Golden age of personal data: how to regulate an enabling fundamental right?*, in BAKHOUM M. - CONDE GALLEGO B. - MACKENRODT M. O. - SURBLYTE-NAMAVIČIENĖ G. (a cura di), *Personal data in Competition, consumer protection and intellectual property law, towards a holistic approach?*, Springer, Berlino, 2018, p. 7 ss.
- OPPO G., *Sul consenso dell’interessato*, in CUFFARO V. - RICCIUTO V. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 123 ss.
- ORESTANO A., *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*,

1991, p. 913 ss.

ORESTANO A., *La circolazione dei dati personali*, in PARDOLESI R. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 119 ss.

ORLANDO S., *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Persona e mercato*, 2023, p. 222 ss.

OSTI G., voce *Contratto*, in A. AZARA - E. EULA (diretto da), *Nuovissimo digesto italiano*, IV, Utet, Torino, 1959, p. 490 ss.

OSVALDO R. A., *Identità digitale: tra esigenze di condivisione e necessità di tutela*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2013, p. 403 ss.

OTTOLIA A., *Big data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

PALMIERI A., *Personal data privacy nell'information age tra diritti, regole e mercato: spunti di riflessione*, in *Notizie di Politeia*, 2000, p. 102 ss.

PANETTA R., *Privacy is not dead: It's hiring!*, in PANETTA R. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato: Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al Novellato d.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy): Scritti in Memoria di Stefano Rodotà*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 3 ss.

PARDOLESI R., *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in PARDOLESI R. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ss.

PARISER E., *The filter bubble: what the internet is hiding from you*, Penguin Books Limited, Londra, 2012.

PATTI S., *Commento all'art. 23*, in BIANCA C. M. – BUSNELLI F. D. (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, I, Cedam, Padova, 2007, p. 541 ss.

PATTI S., *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, p. 455 ss.

PATTI S., *La condizione di adempimento*, in *Vita notarile*, 2000, p. 1163 ss.

PATTI S., *Sub art. 11, Consenso*, in BIANCA C. M. – BUSNELLI F. D. (a cura di), *Tutela della privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 365 ss.

PELLECCHIA E., *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, deidentificati: combinazioni possibili di livello molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 360 ss.

PELLECCHIA E., *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1210 ss.

PERLINGIERI C., *Profili civilistici dei social networks*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, *passim*.

PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 326 ss.

PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino-Napoli, 1972, *passim*.

PERZANOWSKI A. - SCHULTZ J. M., *The end of ownership. Personal property in the digital economy*, MIT Press, Cambridge, 2016.

PINCKAERS J. C. S., *From privacy toward a new intellectual property right in persona. The right of publicity (United States) and portrait law (Netherlands) balanced with freedom of speech and free trade principles*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996.

PINELLI A. M., *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, p. 1322 ss.

PINO A., *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Cedam, Padova, 1963, *passim*.

PINO G., *Il diritto all'identità personale*, Il Mulino, Bologna, 2003, *passim*.

PINO G., *Il diritto all'identità personali ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in PANETTA R. (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 257 ss.

- PIRAINO F., *Codice della privacy e bilanciamento di interessi*, in PANETTA R. (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 695 ss.
- PIRAINO F., *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 369 ss.
- PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.
- POLLICINO O., *Diabolical persistence: thoughts on the Schrems II decision*, in *MediaLaws*, 24 dicembre 2020 (<https://verfassungsblog.de/diabolical-persistence/>).
- PONZANELLI G., *Alcune novità in tema di diritto al nome*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, p. 373 ss.
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935.
- PUGLIATTI S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964.
- PUGLIATTI S., *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, ora in PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 513 ss.
- PUGLIESE G., *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 1137 ss.
- PURTOVA N., *Do property rights in personal data make sense after the Big Data turn? Individual control and transparency*, in *Journal of law and economic regulation*, 10(2)/2017, p. 64 ss.
- PURTOVA N., *Property rights in personal data: a european perspective*, Wolters Kluwer, Oisterwijk, 2011, *passim*.
- QUARTA P., *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, *passim*.
- RADIN M. J., *Market-Inalienability*, in *Harvard law review*, 100(8)/1987, p. 1849 ss.
- RAVÀ A., *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Rivista*

italiana per le scienze giuridiche, vol. XXXI, 1901, p. 1 ss.

REIDENBERG J. R., *Privacy wrongs in search of remedies*, in *hastings law journal*, 54/2003, p. 877 ss.

RESCIGNO P., *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 762 ss.

RESCIGNO P., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1226 ss.

RESTA G. - SALERNO A., *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in ALPA G. - CONTE G. (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 643 ss.

RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 411 ss.

RESTA G., «Così è (se vi ap-pare)»: *identificabilità della persona celebre e sfruttamento economico della notorietà*, nota a Cass. civ. sez. I, 12 marzo 1997, n. 2223, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 544 ss.

RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005.

RESTA G., *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in D'ANGELO A. - ROPPO V. (a cura di), *Annuario del contratto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 125 ss.

RESTA G., *Identità personale e identità digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, p. 511 ss.

RESTA G., *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 299 ss.

RICCI A., *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e Impresa*, 2017, p. 586 ss.

RICCIUTO V., *Il consenso negoziale nella circolazione dei dati personali*, in PINELLI A. M. (a cura di), *La circolazione dei dati personali. Persona, contratto e mercato*, Pacini Giuridica, Roma, 2023, p. 65 ss.

RICCIUTO V., *Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche, in Europa e diritto privato*, 1998, p. 685 ss.

RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 689 ss.

RICOLFI M., *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Giuffrè, Milano, 1991, *passim*.

RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, in *Revue internationale de droit comparé*, 43(2)/1991, p. 42 ss.

ROCHET J. C. - TIROLE J., *Platform competition in two sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 1(4)/2003, p. 990 ss.

RODOTÀ S., *Conclusioni*, in CUFFARO V. - RICCIUTO V. - ZENO ZENCOVICH V. (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 291 ss.

RODOTÀ S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Jovene, Bologna, 1973, *passim*.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, *passim*.

RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 583 ss.

RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, *passim*.

ROPPO E., voce *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., IV, Utet, Torino, 1989, p. 101 ss.

ROPPO V., *Diritto privato*, 9^a ed., Giappichelli, Torino, 2024.

ROPPO V., *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011.

ROPPO V., *Il racconto della Legge. Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti*, Baldini&Castoldi, Milano, 2019, *passim*.

ROTENBERG M., *Fair information practices and the architecture of privacy (what Larry doesn't get)*, in *Stanford technology law review*, n. 1/8, 2001, p. 44 ss.

ROTHMAN J. E., *The right of publicity's intellectual property turn*, in *Columbia journal of law*

& the arts, 42(3)/2019, p. 277 ss.

S. MONTELEONE - L. PUCCIO, *The privacy shield update on the state of play of the EU-US data transfer rules*, in *European Parliament think tank*, 26 luglio 2018 (<https://ssrn.com/abstract=3532330>).

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, 4^a ed., UTET, Torino, 2016.

SACCO R., *Il contenuto del contratto*, in SACCO R. - DE NOVA G. (a cura di), *Il contratto*, II, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 1993.

SACCO R., *Il contratto*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. X - *Obbligazioni e contratti*, II, Utet, Torino, 1984.

SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet, Torino, 1959.

SAFIRE W., *Nosy Parker lives*, N.Y. Times, 23.09.1999 (<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/opinion/safire/092399safi.html>).

SALUZZO S., *La tutela dei dati personali e le deroghe in materia di sicurezza nazionale dopo l'entrata in vigore del Privacy Shield*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2016, p. 212 ss.

SAMMARCO P., *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 631 ss.

SAMUELSON P., *Privacy as intellectual property?*, in *Stanford law review*, 52(5)/2000, p. 1125 ss.

SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Jovene, Napoli, 1966.

SAVORANI G., *La notorietà della persona: da interesse protetto a bene giuridico*, Cedam, Padova, 2000, *passim*.

SBISÀ G., *La promessa al pubblico*, Giuffrè, Milano, 1974.

SCALFI G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1958, p. 452 ss.

SCALISI A., *Il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*.

SCHWARTZ P. M. - PEIFER K.N., *Transatlantic data privacy law*, in *Georgetown law journal*, n. 106/2017, p. 115 ss.

SCHWARTZ P. M., *Information privacy law*, Wolters Kluwer, New York City, 2017.

SCHWARTZ P. M., *Privacy and participation: personal information and public sector regulation in the United States*, in *Iowa law review*, 80(3)/1995, p. 553 ss.

SCHWARTZ P. M., *Property, privacy and personal data*, in *Harvard law review*, 7/2004, p. 2055 ss.

SCHWARTZ P. M., *Regulating data mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and new technology*, in *William & Mary law review*, 53/2011, p. 351 ss.

SCHWARTZ P.M., *The Eu-U.S. privacy collision: a turn to institutions and procedures*, in *Harvard law review*, n. 126/2013, p. 1966 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 1 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in G. GROSSO - F. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1975

SCOGNAMIGLIO R., *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1996, p. 119 ss.

SENIGAGLIA R., *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 760 ss.

SHORR S., *Personal information contracts: how to protect privacy without violating the First Amendment*, in *Cornell law review*, 80/1995, p. 1756 ss.

SICA S., *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 621 ss.

SIRENA P., *Lo sfruttamento commerciale abusivo dell'immagine altrui*, in GIACOBBE G. (a cura di), *Annali 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 307 ss.

SOLOVE D. - SCHWARZ P. M., *Privacy law fundamentals*, International Association of Privacy

Professionals, 2011 (<https://ssrn.com/abstract=1790262>).

SOLOVE D. J. - HARTZOG W., *The FTC and the new common law of privacy*, in *Columbia law review*, 114/2014, p. 583 ss.

SPECHT L., *Property rights concerning personal data*, in *Zeitschrift fur geistiges Eigentum*, 2017, p. 411 ss.

SPEZIALE I., *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contratto e impresa*, 2021, p. 602 ss.

STALLARD H., *The right of publicity in the United Kingdom*, in *Loyola of Los Angeles entertainment law journal*, 18(3)/1998, p. 565 ss.

STANZIONE P., *Introduzione*, in STANZIONE P. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1 ss.

STONE G. R. - SEIDMAN L. M. - SUNSTEIN C. R. - TUSHNET M. V. - KARLAN P. S., *Constitutional law*, 9^a ed., Aspen Publishing, Aspen, 2023.

THIENE A., *Commento all'art. 9 (Trattamento di categorie particolari di dati personali) del Regolamento (UE) 2016/679 - I. Principi generali*, in D'ORAZIO R. - FINOCCHIARO G. - POLLICINO O. - RESTA G. (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 240 ss.

THIENE A., *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 410 ss.

THOBANI S., *Diritti della personalità e contratto, dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, Milano, 2018, *passim*.

THOBANI S., *I requisiti del consenso al trattamento dei dati*, Maggioli, Rimini, 2016, *passim*.

THOBANI S., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 513 ss.

THOBANI S., *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 533 ss.

TJONC TJIN TAI E., *Data ownership and consumer protection*, in *Journal of european*

consumer and market law, 2018, p. 136 ss.

TONI A. M., *Il Right of publicity nell'esperienza nordamericana*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 82 ss.

TORREGIANI S., *Il Data Act: una versione europea del data Nationalism?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2023, p. 131 ss.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 50^a ed., Cedam, Padova, 2022.

TRAKMAN L. - WALTERS R. - ZELLERIS B., *Privacy and personal data set to become the new intellectual property?*, in *International review of intellectual property and competition law*, 70/2019, p. 1 ss.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, 20^a ed., Giuffrè, Milano, 2014.

TRUCCO L., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1976.

U.S. DEPARTEMENT OF HEALTH, EDUCATION & WELFARE, SECRETARY'S ADVISORY COMMITTEE ON AUTOMATED PERSONAL DATA SYSTEMS, *Records, computers, and the rights of citizens*, 1 Jul. 1973, (<https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>).

UBERTAZZI L. C., *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in UBERTAZZI L. C., *I diritti d'autore e connessi: scritti*, Milano, 2000, p. 183 ss.

VALLE L., *Il diritto all'identità personale*, in SESTA M. - CUFFARO V. (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 77 ss.

VATTERMOLI D., *I contratti di licenza del marchio nel fallimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1998, p. 115 ss.

VERCELLONE P., *Il diritto sul proprio ritratto*, UTET, Torino, 1959, ora in VERCELLONE P., *Diritti della personalità e rights of publicity*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 1163 ss.

VERCELLONE P., voce *Personalità (Diritti della)*, in *Novissimo digesto italiano.*, vol. XII, UTET, Torino, 1965, p. 810 ss.

VERSACI G., *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2022, p. 1130 ss.

VERSACI G., *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della Direttiva 2019/770/UE in una prospettiva comparata*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2022, p. 207 ss.

VERSACI G., *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, *passim*.

VIDIRI G., *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giustizia Civile*, 2001, p. 3 ss.

VILLANI U., *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 513 ss.

VITERBO A., *La tutela dei nomi a dominio come tutela del diritto al nome*, nota a margine di Trib. Torino, 23 dicembre 2000, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 539 ss.

VOLOKH E., *Freedom of speech and information privacy: the troubling implications of a right to stop people from speaking about you*, in *Stanford law review*, 52/2000, p. 1049 ss.

VOLOKH E., *Freedom of speech and the constitutional tension method*, in *The University of Chicago law school roundtable*, 3/1996, p. 223 ss.

WEICHERT T., *Wem gehören die privaten Daten?*, in *Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 2004, p. 281 ss.

WESTIN A., *Privacy and freedom*, Atheneum, New York City, 1970.

WHITE HOUSE, *Consumer data privacy in a networked world*, 23 february 2012 (<https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>).

WORLD ECONOMIC FORUM ON EUROPE AND CENTRAL ASIA 2011, *Personal data: the "new oil" of the 21st Century*, 9 June 2011 (<http://www.weforum.org/sessions/summary/personal-data-new-oil-21st-century>).

ZATTI P., *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, supplemento a *La nuova Giurisprudenza civile*

commentata, 2007, p. 1 ss.

ZECH H., *Data as a tradeable commodity. Implications for contract law*, in *European contract law and the digital single market. The implications of the digital revolution*, Intersentia Publishing, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 51 ss.

ZECH H., *Information as property*, in *JIPITEC*, 3/2015, p. 192 ss.

ZENO-ZENCOVICH V. - GIANNONE CODIGLIONE G., *Ten legal perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 29 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Do “Data Markets” exist?*, in *MediaLaws*, 2/2019, p. 22 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 466 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Il consenso informato e l’autodeterminazione informativa*, in *Il corriere giuridico*, 1997, p. 915 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, X. Torino, 1993, p. 426 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in RESTA G. – ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *La Protezione Transnazionale dei Dati Personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Privacy Shield”*, in *Consumatori e Mercato*, RomaTre Press, Roma, 2016, p. 7 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile. Uno studio comparato*, Jovene, Napoli, 1985, *passim*.

ZENO-ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1995, p. 431 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1993, p. 545 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Sull’informazione come bene (e metodo del dibattito giuridico)*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 485 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati*

personali, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 733 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., voce “*Identità personale*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, vol. IX, UTET, Torino, 1993, p. 294 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto delle discipline privatistiche.*, Sezione Civile, vol. XIII, UTET, Torino, 1995, p. 430 ss.

ZIMMER D., *Property rights regarding data*, in (a cura di) S. LOHSSE - R. SCHULZE - D. STAUDENMAYER, *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools: Münster colloquia on EU Law and the digital economy III*, Hart/Nomos, Oxford/Baden-Baden, 2017, p. 101 ss.

ZORZI GALGANO N., *Le due anime del GDPR e la tutela della privacy*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019, p. 35 ss.

ZUBOFF S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019, *passim*.