amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2021
ESTRATTO

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, José Manuel Ruano de la Fuente, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Una lettura giuspubblicistica del dibattito civilistico sulla patrimonializzazione dei dati personali.

di Nicoletta Pica

(Assegnista di ricerca Università degli Studi del Sannio)

Sommario

1. Note introduttive; 2. La patrimonializzazione dei dati personali; 2.1 La "doppia" natura del diritto alla protezione dei dati personali nella normativa europea; 2.2 Il contributo proveniente dal dibattito sulla patrimonializzazione dei diritti della personalità; 3. I dati personali come nuova "moneta di scambio" negli orientamenti dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa per la tutela del "consumatore"; 3.1 Il quadro normativo europeo: la direttiva 2019/770/UE relativa ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali; 3.2 La posizione del Garante per la protezione dei dati personali; 3.3 Gli spunti ricostruttivi offerti dal GDPR; 3.4 Le coordinate interpretative emerse nel dibattito civilistico; 4. Le implicazioni giuspubblicistiche della data economy; 4.1 Dalla tutela individuale del "consumatore" alla necessità di politiche pubbliche per la tutela della "persona" come nucleo essenziale della società

Abstract

The article describes the phenomenon of personal data capitalization and examines the recent judgments that establish the protection of digital services users is articulated on a dual level and is based on both privacy and consumer protection regulations. Starting from this introduction, the article proposes some considerations on the collective effects resulting from the exploitation of personal data, questioning the need for public policies that, going beyond the consumer protection, are able to cope with the consequences produced by the data economy.

ISSN 2036-7821

1. Note introduttive.

Lo scritto trae spunto dagli esiti interpretativi emersi nel dibattito civilistico che, perseguendo l'obiettivo dell'ampliamento delle tutele, ha ricercato nella normativa consumieristica meccanismi di protezione degli utenti dei servizi digitali ulteriori e complementari rispetto a quelli delineati dalla disciplina sulla *privacy*.

L'esigenza di indagarne i contenuti e gli scopi sorge dalle implicazioni applicative che ne sono derivate, rinvenibili nelle recenti affermazioni della giurisprudenza amministrativa secondo cui, come meglio si vedrà in seguito, sussiste l' "esigenza di garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali"[1].

Tali statuizioni, oltre a sollecitare una preliminare riflessione sulle cause sottese alla patrimonializzazione dei dati personali nonché sulle argomentazioni che hanno condotto alla loro configurabilità come controprestazione contrattuale di natura non pecuniaria, si rivelano di particolare interesse soprattutto nella misura in cui perseguono l'apprezzabile intento di riequilibrare il rapporto, evidentemente asimmetrico, tra i giganti del web e gli utenti dei servizi digitali.

La direzione intrapresa, peraltro condivisa con l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, produce indiscutibili vantaggi, rivelandosi, d'altro canto, realisticamente al passo con uno scenario economico dominato dallo sfruttamento dei dati personali. Cionondimeno, occorre forse chiedersi se l'odierno quadro delle tutele sia sufficiente ad arginare le implicazioni insite in modelli di mercato che si espandono a detrimento di diritti fondamentali involgenti non solo la dimensione individuale dell'utente che disponga del dato come "merce di scambio", ma soprattutto quella collettiva, atteso che la determinazione di ciascuno in ordine al trattamento dei propri dati produce rilevanti conseguenze sociali e finanche politiche.

2. La patrimonializzazione dei dati personali.

Preliminarmente, è bene rilevare come la dottrina abbia espresso posizioni divergenti in ordine alla patrimonializzazione dei dati personali, sebbene dal contesto socio-economico odierno paia potersene chiaramente desumere – per usare le parole della Commissione UE - il "valore economico *de facto*"[2] conseguente all'affermazione dei nuovi modelli di business.

[1] Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 marzo 2021 n. 2631, in www.giustizia-amministrativa.it.

[2] Documento di lavoro dei servizi della Commissione. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali* che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa* - 25 maggio 2016, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52016SC0163.

ISSN 2036-7821

Per meglio comprendere tale assunto, sotto il profilo eziologico, non si può prescindere dal considerare che ogni aspetto della vita personale risulta ormai investito dalla digitalizzazione[3], alimentata con l'utilizzo intensivo e sistematico dei dati[4] disseminati nel web, talvolta inconsapevolmente, dagli utenti dei servizi on line[5]; ed è così che tali fattori - digitalizzazione della società e crescente diffusione dei dati - combinandosi tra loro, hanno concorso a connotare la nostra società come "*digital society*", il cui "fondamento ed essenza sono costituiti dai dati e dalle informazioni"[6].

Ed infatti, le tecnologie informatiche rappresentano ormai più di un mero sostegno alle attività umane, assurgendo a fattore capace di incidere profondamente sulle relazioni sociali, sulla partecipazione alla vita pubblica così come sul progresso economico.

A quest'ultimo proposito, la dottrina ha però rilevato come l'informazione costituisca da sempre il "motore dell'economia", sicché ciò che nel contesto attuale fa la differenza è il Volume, la Varietà, la Velocità, la Veracità e il Valore economico dell'informazione, in quanto "con l'avvento dell'economia digitale diviene possibile inferire statisticamente con grande rapidità e con relativo poco impegno economico una vasta quantità di informazioni dall'elevato valore commerciale da una massa gigantesca di dati forniti dagli utilizzatori di internet, semplicemente registrando le loro operazioni in rete"[7].

Siffatte considerazioni conducono evidentemente a confrontarsi con il fenomeno dei big data.

Pur in assenza di univoca definizione, in buona sostanza si tratta di enormi quantitativi di dati, eterogenei quanto a tipologia, formato e fonti, suscettibili di rapida acquisizione ed analisi: "i big data si connotano quindi per "grande" volume, "grande" velocità e "grande" varietà"[8].

Muovendo dall'ottica economica, parte della letteratura li ha descritti aggiungendo le due ulteriori "V" di "veridicità" (*veracity*) e, soprattutto, di "valore" (*value*), con cui si

[3] E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in Diritto pubblico, 2017, 3, p. 732 osservano che il "nuovo scenario digitale" è "l'ambiente nel quale le persone non solo sono poste in pericolo dalla circolazione di informazioni, ma grazie a questa stessa circolazione di informazioni operano, comunicano, si esprimono, realizzano se stesse e le proprie potenzialità".

[4] P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in Rivista AIC, 2015, 1, p. 3.

[5] E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale*, Milano, 2019, p. 61.

[6] F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela del diritto nell'era digitale*, Milano, 2019, p. 4; V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datification e la sua giuridicizzazione*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2017, 3 parla di *datification* per descrivere quel processo in cui "tutto è riconducibile all'informazione e dove la dittatura degli algoritmi rappresenta come scientifiche ed oggettive scelte prodotte da modelli matematico-finanziari".

[7] F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, in Concorrenza e Mercato, 2016, vol. 23, p. 5.

[8] F. FAINI, *Data society* cit., p. 167.

ISSN 2036-7821

intende rispettivamente fare riferimento all'accuratezza dei dati e alla loro capacità di produrre valore economico[9] grazie ad algoritmi che, consentendo risultati predittivi, estraggono valore dai dati[10] e li trasformano nel nuovo *asset* delle imprese operanti in rete[11], in un vantaggio competitivo che aumenta con il crescere dei dati disponibili e della loro qualità[12].

A tal proposito, è opportuno sottolineare che "la chiave per estrarre valore dai dati è avere idee innovative su come utilizzarli e sviluppare *software* e sistemi di intelligenza artificiale efficaci per ricavarne le informazioni utili"[13]. Il valore economico risiede, cioè, nell'informazione tratta dall'aggregazione dei dati[14]; come è stato efficacemente rilevato, l'informazione è un "dato arricchito da una prospettiva di rilevanza e finalizzazione"[15].

Ed infatti, sovente accade che nelle cd. *two-sided platforms* un'impresa fornitrice di servizi digitali, sul primo versante, acquisisca i dati degli utenti per poi per rivendere, sul secondo versante, spazi pubblicitari, il cui valore economico è proporzionale alla probabilità che, grazie alla capacità predittiva dell'algoritmo, il messaggio veicolato colga nel segno incontrando le preferenze dell'utente.

Talvolta, l'attività imprenditoriale può altresì consistere nella rivendita dei dati, grezzi o già raffinati dagli algoritmi.

---

[9] G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e big data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale* cit., p. 449; C. BUZZACCHI, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in Concorrenza e Mercato, 2016, vol. 23, p. 156.

[10] Sul punto, E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, in Law and Media Working Paper Series, 2017, 6, p. 2: "Il valore delle informazioni non è dunque intrinseco, ma dato dalla capacità di organizzarle, analizzarle, misurarle e conseguentemente ricavarne fattori e decisioni. Ciò significa che le attività di analisi dei Big Data riposano su due piani: software e algoritmi per l'analisi, da un lato, e l'insieme dei dati raccolti e aggregati, dall'altro".

[11] G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in Diritto pubblico, 2019, 1, p. 90. Anche le Istituzioni europee hanno mostrato consapevolezza di quanto l'analisi dei dati possa essere importate per gli operato economici: si veda in tal senso la Comunicazione della Commissione europea *Verso una florida economia basata sui dati*, COM (2014) 442 final del 2 luglio 2014 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=EN). Ulteriori documenti rilevanti in materia sono le seguenti comunicazioni della Commissione: *Iniziativa europea per il cloud computing - Costruire un'economia competitiva dei dati e della conoscenza in Europa* COM(2016) 178 final del 19 aprile 2016 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2016:178:FIN), *Costruire un'economia dei dati europea* COM (2017) 9 final del 10 gennaio 2017 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:9:FIN), *Verso una spazio comune europeo dei dati* COM (2018) 232 final del 25 aprile 2018 (in https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)232&lang=it).

[12] F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data* cit., p. 9.

[13] G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2015, 4-5, p. 909 ss.

[14] *Il Valore dei dati: una ricchezza da governare tra privatizzazione e interesse pubblico*. Report dell' Osservatorio Cybersecurity Eurispes, in https://eurispes.eu/news/eurispes-osservatorio-cybersecurity-il-valore-dei-dati-una-ricchezza-da-governare.

[15] V. GUGGINO, B.BANORRI, *L'advertising ai tempi dell'intelligenza artificiale: algoritmi e marketing personalizzato*, in G. ALPA, A. BARBERA, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, p. 628 richiama, sul punto, F. DRUCKER, *Management challenges for the 21th Century*, New York, 1999.

ISSN 2036-7821

Risulta, dunque, evidente, quanto negli ultimi anni il regime di utilizzo dei dati si sia ampliato, avendo "superato la mera funzione di volano delle strategie commerciali (si pensi alle preferenze d'acquisto desumibili dal cd. *profiling* e alle proposte individuali effettuabili attraverso il *behaviour advertising*): sono i dati stessi l'oggetto principale dell'attività imprenditoriale. Il dato — sia esso personale che anonimo — viene captato, veicolato, trattato e nella maggior parte dei casi conservato ed accumulato, rappresentando una forma di "capitale" diverso e alternativo al plusvalore ottenuto dalla vendita dei servizi o degli spazi pubblicitari"[16].

Significative, a tal proposito, si rivelano le stime dell'Osservatorio Cybersecurity Eurispes. In particolare, nel report "Il Valore dei dati: una ricchezza da governare tra privatizzazione e interesse pubblico" si richiama il caso di Facebook come paradigmatico esempio del valore assunto dalla *digital economy*: la valutazione di mercato della società è cresciuta esponenzialmente, passando da 6,3 miliardi nel 2011 a 104 miliardi di dollari odierni, proprio per effetto del contributo apportato dai dati ricadenti nella disponibilità dell'azienda[17].

Quanto brevemente esposto consente di comprendere il quadro eziologico sotteso alla patrimonializzazione dei dati personali, per vero negata dalla dottrina secondo cui non vi è "consapevolezza nella coscienza sociale sul fatto che la produzione dei dati personali avvenga in funzione del loro carattere di merce, né tantomeno questa è la prospettiva assunta dalla normativa sul trattamento dei dati personali, che non disciplina il fenomeno della cessione di informazioni personali, né a titolo gratuito, né a titolo oneroso (…)"[18].

---

[16] G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa* cit., p. 909 ss.

[17] Parimenti rilevante è il caso di Apple, che in un decennio ha ricavato oltre 40 miliardi di dollari applicando agli sviluppatori di applicazioni una commissione del 30% sulle vendite in cambio dell'accesso ai dati sui consumatori. Per valutare l'impatto della *digital economy* sulle economie nazionali, è interessante prestare attenzione a taluni dati: già nel 2017, essa rappresentava il 6,9% del PIL, pari a 1351,3 miliardi di dollari. Nell'UE il valore della *data economy* era di 258 miliardi di euro nel 2015 e, secondo le stime svolte dalla Commissione europea nel 2017, era destinato a raggiungere i 739 miliardi nel 2020. I dati sono tratti dal Report dell'Osservatorio Eurispes, che cita i seguenti documenti: K. Barefoot, D. Curtis, W. A. Jolliff, J. R. Nicholson,R. Omohundro, "Research Spotlight Measuring the Digital Economy", Survey of Current Business, Bureau of Economic Analysis, Maggio 2019; IDC, Open Evidence, "European Data Market study", SMART 2013/0063, 1 febbraio 2017. Lo studio evidenzia il valore delle informazioni sui clienti anche attraverso il caso dell'acquisizione di Linkedin da parte di Microsoft: "Il valore delle informazioni riguardanti i clienti si mostra pienamente anche in recenti acquisizioni avvenute nel mondo della *digital economy* come, ad esempio, nel caso dell'acquisto di LinkedIn da parte di Microsoft, avvenuto nel 2016 per la cifra di 26,2 miliardi di dollari. Un valore notevolmente più alto rispetto a quello costituito dagli *asset* tangibili di LinkedIn. Se volessimo proporzionare l'investimento effettuato con gli utenti del *social network* (circa 100 milioni di utenti attivi, all'epoca), potremmo dire che Microsoft ha investito circa 260 dollari per utente attivo acquisito. Non è chiaro se il valore acquisito con questa operazione valesse l'investimento fatto, tanto che all'epoca le valutazioni delle agenzie di *rating* furono differenti. Moody's scelse di abbassare il *rating* di Microsoft a causa dell'operazione, ritenuta eccessivamente onerosa e non proporzionata al debito accumulato per finanziarla. Al contrario, la valutazione di Standard & Poor's fu positiva, con una previsione di prospettiva finanziaria stabile, anche all'esito dell'operazione LinkedIn".

[18] A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in Europa e Diritto privato, 2018, 1. L'A. soggiunge: "Né la negazione del valore di bene giuridico delle informazioni contraddice il ruolo da queste

ISSN 2036-7821

L'esposto indirizzo interpretativo sembrerebbe collocarsi nel solco tracciato dalla dottrina tradizionale, che per lungo tempo è parsa orientarsi in senso diametralmente opposto alla possibilità di attribuire valore economico ai dati personali, stante l'afferenza del diritto alla loro protezione al novero dei diritti della personalità, ontologicamente assoluti, imprescrittibili, indisponibili, intrasmissibili.
Nondimeno, siffatto approccio ha prestato il fianco alle critiche di chi[19] ne ha rilevato l'obsolescenza in una realtà economica sempre più incentrata sullo sfruttamento dei dati personali, dotati di un "valore economico *de facto*"[20].
Sicché, se, alla stregua dell'accezione oggettiva[21], la "patrimonialità" di una prestazione ricorre allorché "in un dato ambiente giuridico-sociale, i soggetti siano disposti ad un sacrificio economico per godere i vantaggi di quella prestazione" (purché "ciò possa avvenire senza offendere i principi della morale e del costume sociale, oltre, beninteso, la legge")[22], può senza dubbio ritenersi che – acclarata la

---

assunto nell'attuale processo di valorizzazione capitalistica ma, anzi, ne spiega meglio il carattere estrattivo (…). Si tratta infatti di un capitalismo che (…) sfrutta la capacità produttiva senza bisogno della mediazione classica rappresentata dal contratto di scambio, in stretta continuità con quell'ulteriore trasformazione che si va radicando e che è sintetizzabile nella formula del trapasso dalla proprietà al godimento".

[19] V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, 4-5, p. 26. L'A. osserva che: "il tema dell'operazione economica e della sua disciplina in termini di fenomeno negoziale-contrattuale e di definizione e regolazione di un mercato è rimasto assente o sullo sfondo nelle riflessioni della dottrina italiana, che ha continuato ad interrogarsi sul nuovo fenomeno economico dei dati personali ancora - e solo – in termini di diritti soggetti assoluti, di tutela risarcitoria extracontrattuale, di modelli rimediali di protezione della persona sul terreno della responsabilità civile, di danno non patrimoniale, ecc.". Secondo l'A., siffatto contesto culturale ha profondamente condizionato il formante normativo, che sin dalla L. n. 675/1996 ha mostrato una certa ritrosia nei confronti della prospettiva patrimonialistica, in antitesi con la stessa Direttiva 46/95/CEE che la citata legge si apprestava a recepire. Ed infatti, emergono "già nella prima normativa comunitaria, indici del fatto che, a ben vedere, oggetto della disciplina comunitaria sia stata sin dagli inizi un'attività (il più delle volte di natura economica) per la quale il legislatore si era preoccupato di dettare principi di bilanciamento con i diritti fondamentali della persona eventualmente coinvolti; un'attività idonea a tradursi, dunque, dal punto di vista civilistico, nella stipula di contratti funzionali alla realizzazione degli effetti di circolazione del dato. Oltre al chiaro e già citato richiamo di cui all'art. 1 della Direttiva al tema della circolazione del dato personale, non va trascurato che la normativa comunitaria in materia di trattamento dei dati personali è stata concepita avuto riguardo alle «attività di uno stabilimento» del responsabile del trattamento (art. 4 Direttiva 46/95 CE). Il collegamento è dunque posto con riferimento al concetto che, nel diritto comunitario, esprime la sede di un soggetto che in regime di libero mercato svolge – in uno Stato membro diverso dal proprio – un'attività non salariata e, segnatamente, di impresa: quello di stabilimento (artt. 49 ss. TFUE, ex artt. 43 ss. TCE)".

[20] Documento di lavoro dei servizi della Commissione. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali* che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa* - 25 maggio 2016, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52016SC0163.

[21] Secondo la diversa concezione soggettiva, "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" (in termini, Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro "Delle Obbligazioni" del Codice Civile).

[22] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Catania, 1945, p. 38

crescente attitudine delle imprese allo sfruttamento economico dei dati personali, nonché la loro predisposizione ad ottenerli anche mediante la fornitura di servizi digitali apparentemente gratuiti - il processo di "patrimonializzazione" sia ormai in atto.

2.1 La "doppia" natura del diritto alla protezione dei dati personali nella normativa europea.

Ove ciò non bastasse, occorre altresì considerare che la configurazione del diritto alla protezione dei dati personali delineata dalla normativa europea non rifiuta la prospettiva economica. Come è stato detto, sia la direttiva del 1996 che il regolamento del 2016 sottendono la consapevolezza e il riconoscimento del "valore di risorsa che possono assumere i dati personali, quali informazioni necessarie al funzionamento della vita economica e sociale degli Stati membri" [23].

Anzi, secondo parte della dottrina, nella direttiva 95/46/CE, non a caso intitolata "Direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati"[24], sarebbe persino possibile riconoscere come prevalente la dimensione economico-funzionale della tutela dei dati personali, una tutela che si inquadra nell'ottica del buon funzionamento del mercato interno[25].

Conferma di siffatto approccio si rinviene nel GDPR, il cui sesto considerando recita: "(…) 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 informazioni personali che li riguardano. La tecnologia

[23] A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in Contratto e impresa, 2017, vol. 33, 2, p. 591.

[24] In tal senso, il considerando 8 qualificava espressamente come obiettivo fondamentale per il mercato interno l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei dati personali e l'art. 1 inseriva la libera circolazione dei dati personali nell'oggetto della direttiva.

[25] G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy* cit., p. 461. Secondo F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, in Giur. merito, 2012, 12, p. 2555 ss., "a ben vedere, fin dalla sua origine, la materia del trattamento dei dati personali ha evidenziato uno stretto parallelismo con il fenomeno economico, dal quale, per molti versi, ha tratto impulso la matrice normativa comunitaria: si ricorderà, al riguardo, la Direttiva 1995/46/CE del 24 ottobre 1995, dove si sanciva l'esigenza di ravvicinare le normative nazionali, con l'espresso intento di favorire, in particolar modo, il progresso degli scambi e del mercato interno, mediante la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e per ciò che qui più interessa dei dati personali, fermo restando il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.
Il principio in argomento, per il vero, era stato in parte già anticipato dalla Convenzione di Strasburgo n. 108 del 28 gennaio 1981, a comprova di una sensibilità ben più risalente sulla materia. Più di recente, dopo il riconoscimento del diritto alla protezione dei dati intervenuto con l'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, sempre in sede continentale si segnalano gli ulteriori richiami alla necessità, in questa materia, di un approccio che bilanci l'esigenza di incremento degli scambi con la tutela della persona da possibili abusi commessi con l'utilizzo dei suoi dati personali: a tale proposito, appare di rilievo la Conferenza internazionale delle Autorità di protezione dei dati tenutasi a Strasburgo dal 15 al 17 ottobre 2008 e, in particolare, la risoluzione adottata per la definizione di standard internazionali sulla tutela della *privacy*".

ISSN 2036-7821

ha trasformato l'economica e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali"; ancora, a mente dell'art. 1, par. 3: "La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali".

Le disposizioni sopra citate parrebbero inequivocabilmente confermare quanto colto dalla dottrina secondo cui "il sistema che si è andato costruendo in questi anni è indirizzato ad una disciplina che abbandona l'idea della protezione esclusiva, della 'prerogativa assoluta', e intende coniugare l'esigenza di tutela della persona con l'inevitabile realtà della circolazione dei dati personali"[26].

Sulla scorta di ciò, si è anche giunti a reputare che l'intento del regolamento sia quello di "portare a maggior compimento una normativa sulla *privacy* che, più che occuparsi di riservatezza, tenda a regolare *in primis* la libera circolazione dei dati (e dunque la loro protezione), di pari passo con la libera circolazione dei diritti, delle merci e delle persone all'interno dell'Unione"[27].

D'altro canto, in tal senso parrebbero evidentemente deporre le parole della Commissione UE, secondo cui: "Le preoccupazioni relative alla *privacy* sono legittime, ma non devono essere utilizzate dalle amministrazioni pubbliche come motivo per limitare il libero flusso dei dati in modo ingiustificato. (…) Il regolamento promuove la fiducia necessaria al trattamento dei dati e costituisce la base per la libera circolazione dei dati personali nell'UE. Vieta le restrizioni alla libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione allorché si fondano su motivi connessi alla protezione dei dati personali"[28].

---

[26] V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati*, in Contratto e impresa, 2018, vol. 24, 3, p. 12-13. In tal senso, anche G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione delle finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, 6: "il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (UE) 2016/679 ("General Data Protection Regulation" o "GDPR"), non ha come obiettivo quello di vietare l'uso di dati personali ma di bilanciare due interessi ugualmente meritevoli di tutela: la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, e la tutela del mercato, la libera circolazione di tali dati e quindi l'incentivo alle più innovative attività di impresa".

[27] L. DURST, *Oggetto e finalità: un nuovo statuto giuridico dei dati personali*, in L. DURST, R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al GDPR, Regolamento EU n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018*, Milano, 2019, p. 59.

[28] In termini, Comunicazione della Commissione *Costruire un'economia dei dati europea* COM(2017) 9 final, del 10 gennaio 2017, p. 5-6 (in https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2017:0009:FIN:IT:PDF); v. altresì Comunicazione della Commissione europea *Verso uno spazio comune europeo dei dati* COM(2018) 232 final, del 25 aprile 2018 (in https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-232-F1-ITMAIN-PART-1.PDF).

ISSN 2036-7821

Ad ogni buon conto, non può sottacersi quanto il GDPR sia altrettanto inequivocabile nel qualificare[29] il diritto alla protezione dei dati personali in termini di diritto fondamentale, sicché pare di poter condividere la prospettiva secondo cui la protezione dei dati personali si articola su un duplice livello: quello inerente all'identità personale, quale diritto fondamentale, e quello economico[30].
La soluzione per rendere compatibili i due piani non può che essere quella del bilanciamento[31], un bilanciamento che parrebbe suggerito dallo stesso legislatore europeo[32] nel considerando 4 del Regolamento ("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 contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità"[33]), interpretato dalla dottrina nel senso di ritenere che: "i dati personali rivestono una duplice valenza: sono componenti della sfera identitaria della persona e, sotto questo aspetto, è garantito a chiunque il diritto di protezione che nel controllo trova il nucleo fondante la pretesa; possono essere informazioni necessarie o comunque strumentali al funzionamento della vita economica e sociale e, sotto questo aspetto, risulta possibile, nel necessario bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali parimenti tutelate, introdurre restrizioni alla pretesa del singolo"[34].
Siffatto condivisibile esito interpretativo viene desunto dalla espressa qualificazione del diritto alla protezione dei dati personali come diritto "non assoluto" suscettibile di assolvere ad una "funzione sociale".
Segnatamente, secondo la dottrina sopra citata, la prima espressione – "non assoluto" –andrebbe riferita non al diritto, che verrebbe altrimenti ad essere inteso come diritto inopponibile *erga omnes* secondo la tradizionale distinzione civilistica tra diritti assoluti efficaci *erga omnes* (ad es. i diritti reali) e diritti relativi efficaci *inter partes* (ad es. i diritti di credito)[35], bensì al contenuto del diritto, che: "è relativo in quanto i

[29] V. considerando 1: "La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale".
[30] L. DURST, *Oggetto e finalità* cit., p. 60.
[31] *Ibidem*.
[32] La soluzione del bilanciamento parrebbe essere prospettata anche dalla Direttiva 95/46/CE che, nel considerando 3, affermava: "Considerando che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nel quale, conformemente all'articolo 7A del Trattato, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona".
[33] A. RICCI, *La "funzione sociale"* cit. p. 604: "la previsione del considerando conferma l'impianto descritto sin dalla direttiva 95/46/CE che (…) muovendo dal presupposto che la libera circolazione delle informazioni è interesse connaturale al progresso economico e sociale, fonda la disciplina del trattamento dei dati personali sul bilanciamento tra la legittima pretesa individuale di protezione e il corretto funzionamento del mercato".
[34] *Ivi*, p. 609.
[35] F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in Enc. Dir., XII, 1964.

ISSN 2036-7821

poteri del titolare possono subire delle limitazioni, conseguenti alla necessaria operazione di bilanciamento tra interessi individuali e interessi collettivi"[36].
In altri termini, il carattere "non assoluto" del diritto alla protezione dei dati personali evoca l'assunto, peraltro consolidato nella giurisprudenza costituzionale e altresì desumibile dall'ordinamento europeo[37] , secondo cui i diritti fondamentali della persona sono comprimibili in sede di bilanciamento[38], purché ne resti impregiudicato il nucleo essenziale[39].
E dunque, acclarato che, alla luce del quadro normativo europeo, il diritto alla protezione dei dati personali è suscettibile di limitazione ogniqualvolta il sacrificio consegua al bilanciamento con un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico e che tale interesse ben può consistere nella libera circolazione dei dati per la realizzazione del mercato interno, sembra che il nodo interpretativo risieda nell'individuazione del nucleo fondamentale e incomprimibile del diritto alla protezione dei dati personali.
Rinviando alle pagine che seguono il tentativo di offrire una risposta a siffatto interrogativo, può sin d'ora anticiparsi che il diritto in parola risulta strumentale alla tutela di beni giuridici di rilevanza costituzionale, sia individuali, come l'identità

[36] A. RICCI, *Sulla "funzione sociale"* cit., p. 600. Parimenti, applicando le coordinate ermeneutiche relative all'art. 42 Cost., che impongono di riferire la funzione sociale non al diritto in quanto tale bensì all'oggetto del diritto, e così di ammettere possibili limitazioni al suo contenuto, si è condivisibilmente concluso che la "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali "va[da] riferita alle informazioni oggetto della pretesa individuale", con la conseguenza che "se il dato ha uno scopo esterno alla sfera individuale dell'interessato, se il dato incide sulla sfera dei diritti fondamentali di altri individui ovvero il suo trattamento è strumentale a bisogni sociali, la pienezza delle pretese può subire una restrizione. In sintesi, se il dato personale è funzionale al soddisfacimento di un interesse che supera i confini della sfera individuale dell'interessato, legittima e necessaria è la limitazione della prerogativa sul medesimo dato" p. 604.

[37] L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti*, in Rivista AIC, 2021, 1, p. 460: "Il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali, infatti, (…) è un elemento costitutivo della nostra tradizione costituzionale e come tale viene immesso nell'ordinamento europeo per il tramite della Corte costituzionale. Al tempo stesso, è un sintagma codificato dall'art. 52, par. 1, della Carta [dei diritti fondamentali UE] e ricostruito in modo autonomo dalla Corte di giustizia. Nel prisma del «contenuto essenziale», insomma, può cogliersi appieno quell'attitudine delle tradizioni costituzionali comuni a fungere da «cerniera ordinamentale in grado di far transitare senza sosta materiali normativi e giurisprudenziali dalla dimensione nazionale a quella sovranazionale, e viceversa»".

[38] Si pensi alle note pronunce della Corte Costituzionale in tema di diritto alla salute, tra cui Corte Cost. sentenza 2 dicembre 2005 n. 432 (in http://www.giurcost.org/decisioni/2005/0432s-05.html): "il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana". Per un'approfondita ricognizione della giurisprudenza costituzionale sull'argomento, v., di recente, L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti* cit.

[39] Sicché, vi è chi (L. DELLI PRISCOLI, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Vicalvi, 2016, p. 105) giunge persino a dubitare che, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, abbia ancora senso distinguere i diritti fondamentali, in quanto la teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti dimostrerebbe che tutti i diritti costituzionalmente rilevanti, anche quelli ritenuti "fondamentali", sono suscettibili di bilanciamento e di compressione.

personale, che - specie nell'odierno contesto della *digital economy* - collettivi, come la dignità sociale (art. 3 Cost.), il pluralismo informativo (art. 21Cost.), la sovranità popolare (art. 1 Cost.), la partecipazione alla vita politica e sociale (art. 3 Cost.); sicché, l'individuazione della soglia di comprimibilità del diritto alla protezione dei dati personali implica inevitabilmente che ci si chieda fino a che punto l'ordinamento possa tollerare la riduzione dei suddetti valori costituzionali.

2.2 Il contributo proveniente dal dibattito sulla patrimonializzazione dei diritti della personalità.

La prospettiva incline ad ammettere l'avvenuta patrimonializzazione dei dati personali trova sostegno anche nell'evoluzione interpretativa che ha riguardato i diritti della personalità[40].

Invero, questi ultimi, cui afferisce anche il diritto alla protezione dei dati personali, si sono progressivamente configurati come "diritti bifronti"[41] - cioè "finalizzati (o quanto meno atti) non solo alla tutela di interessi esistenziali, ma anche alla protezione di interessi economici"[42] - per effetto della tendenza del sistema di

[40] Secondo G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2007, 6, p. 1043 ss.: "Con tale espressione si suole individuare "una particolare tipologia di diritti soggettivi, aventi ad oggetto attributi della personalità fisica ed immateriale e connotati, sul piano del regime giuridico, da caratteri antitetici rispetto a quelli tipici dei diritti patrimoniali (inalienabilità, irrinunziabilità, ecc.)". Tuttavia, l'evoluzione del sistema socio-economico e della prassi commerciale spingono nella direzione esattamente opposta, finendo per minare l'effettiva consistenza operazionale di tali affermazioni". In generale, sull'argomento, v. G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2006, p. 114 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità* (*diritti della*), in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità* (*diritti della*), in Dig. disc. priv., Sez. civ., XIII, 1995, p. 430 ss.; M. FERRARA SANTAMARIA, *Persona* (*Diritti della*), in Nuovo dig. ital., IX, Torino, 1939, p. 915 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in Riv. dir. civ., 1996, 1, p. 413 ss.; L. LONARDO, *Diritti della personalità*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea - Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 175 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità* (*diritti della*), in Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; M. CICORIA, *Persona, corpo, personalità: riflessioni metastoriche sui diritti fondamentali*, in Giust. civ., 2012, 9, p. 383 ss.; F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939. In merito ai diritti della personalità, è interessa osservare come, secondo la concezione monista, "non esistono diritti della personalità; esiste il diritto della personalità: un diritto unico, a contenuto indefinito e vario, che non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni singolarmente protette da norme particolari" (G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della personalità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 466). Per una ricognizione delle posizioni in materia, v. G. CASSANO, *I diritti della personalità e le aporie logico-dogmatiche di dottrina e giurisprudenza*, in Dir. famiglia, 2000, 3-4, p. 1401 ss.

[41] G. RESTA, "*Così è (se vi ap-pare)*": *identificabilità della persona celebre e sfruttamento economico della notorietà*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1997, p. 561-562-563. Sicché, con un ragionamento che ha riguardato in particolare il diritto all'immagine, ma estendibile anche ad altri diritti della personalità, si è parlato di diritti "personal-patrimoniali", comprensivi "tanto della facoltà 'positiva' di sfruttamento commerciale del 'valore simbolico' insito nei vari segni distintivi della persona (si pensi alla concessione di licenze o alla stipulazione di contratti merchandising), quanto della facoltà 'negativa' di reazione a comportamenti lesivi provenienti da terzi ed atti ad incidere ora sul lato personale (…) ora su quello patrimoniale del diritto medesimo".

[42] G. RESTA, *Diritti della personalità e 'diritti patrimoniali sull'identità della persona'*, in G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, Torino, 2000, p. 177.

ISSN 2036-7821

produzione capitalistico alla *commodification*, ovvero alla trasformazione di una determinata entità in merce (*commodity*).
Come è stato osservato, ciò che è accaduto sul "piano pre-giuridico", soprattutto per effetto dello sviluppo tecnologico e delle nuove tecniche pubblicitarie e di comunicazione di massa, ha determinato inevitabili riflessi sul sistema giuridico[43], "chiamato a confrontarsi innanzitutto con un problema di qualificazione ed attribuzione di una categoria di "risorse" dotate di un elevato valore economico, ma al contempo connotate da un peculiare grado di inerenza alla persona"[44].
Ad ogni buon conto, è bene precisare che il fenomeno in parola ha coinvolto esclusivamente gli attributi della personalità morale, in quanto mentre per il corpo e le sue parti[45] il regime di circolazione è indiscutibilmente improntato al principio di gratuità, per gli attributi immateriali[46] si è affermata la logica della circolazione di

[43] A. DE VITA, *Art. 10,* in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Vol. *Delle persone fisiche*, Roma, 1988, p. 610: "la libertà della persona di autorizzare l'uso dei suoi attributi per creare valore o vendere un prodotto non preoccupa più come segno di decadimento morale, è anzi incoraggiata come un incentivo all'iniziativa economica. I problemi sorgono allora sul piano della regolamentazione giuridica, sui confini, le conseguenze e le caratteristiche del fenomeno stesso".

[44] G. RESTA, *Diritti della personalità e i "diritti patrimoniali sull'identità della persona"* cit., p. 177-178.

[45] Non a caso, il principio di gratuità rappresenta in *fil rouge* che accomuna le diverse normative in materia di trapianti: art. 2 della l. n. 458 del 1967 con riguardo alla donazione del rene; art. 1 del d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 in materia di sperimentazione clinica; art. 4 l. 21 ottobre 2005 n. 219 in materia di donazione di sangue; art. 4 l. 6 marzo 2001 n. 52 relativa alla donazione di midollo. B. GUIDI, L. NOCCO, M. DI PAOLO, *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario kidney transplantation involving altruistic*, in Riv. it. medicina legale, 2010, 4-5, p. 593 ss. osserva che: "Per [giustificare] la donazione di organi da vivente, il principio terapeutico deve concordarsi con il principio di solidarietà e socialità. Il requisito essenziale è quello della gratuità dell'atto di disposizione (secondo il modello della *market inalienability*)"; C.M. MAZZONI, *Etica del dono e donazione di* organi, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 39 *ss.*; M. C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in Dir. famiglia, 2001, 2, p. 295 ss. Commentando la legge del 1967 con cui si è autorizzato il trapianto del rene a scopo di trapianto, R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* cit., p. 315 osserva, infatti, che: "con riguardo al fine che muove il donatore ci si è voluti garantire che questo risponda a criteri di solidarietà umana e non sia invece motivato da fini speculativi e da interessi economici che potrebbero, tra l'altro, esercitare una indebita pressione rendendo non più libero e spontaneo il consenso; per questo è stato stabilito il carattere assolutamente gratuito dell'atto di disposizione". L'A, infatti, invoca con urgenza la modifica della legge sulla donazione di sangue n. 592/1967, che, contemplando la figura dei donatori professionali, prevedeva la possibilità di un corrispettivo per il donatore. C.M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi fra persone viventi*, in Dir. famiglia, 2001, 3, p. 1184 ss.: "La gratuità costituisce tratto essenziale dell'atto di disposizione anche nella legge n. 458/1967, in quanto «la pattuizione di un corrispettivo altererebbe, invero, la finalità caratteristica dell'atto di disposizione, facendo venir meno la sua legittimazione nell'ambito dei principi di solidarietà sociale, i quali, soli, giustificano la incisione del proprio corpo». La regola, inoltre, risulta posta a salvaguardia della dignità del donante e della assoluta libertà ed attualità del consenso"; A. ZIINO, *Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale*, in Dir. famiglia, 2000, 3-4, p. 1409 ss.

[46] A livello normativo, conferma di siffatta dicotomia è stata desunta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, mentre afferma il "divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro" (art. 3), non pone il medesimo espresso divieto per gli attributi immateriali della personalità. V., sul punto, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in Riv. dir. civ., 2002, 6, p. 808. A ben guardare, il tenore letterale della Carta di Nizza, come della Convenzione di Oviedo, lasciano evincere che il corpo e le sue parti non sono caratterizzati da assoluta indisponibilità, bensì dalla

mercato[47]. La *ratio* sottesa a tale scelta ordinamentale può rinvenirsi, non solo nel principio di dignità e di solidarietà sociale, ma anche nel principio di uguaglianza, ovvero nella necessità di evitare che le scelte suscettibili di incidere sulla persona in modo così significativo siano influenzate da fattori reddituali ed economici che le renderebbero non pienamente libere e spontanee[48].

Uno dei primi ordinamenti in cui è emersa la consapevolezza della dimensione, anche patrimoniale, dei diritti della personalità è quello statunitense, laddove, già a partire dal 1953, la giurisprudenza, delineando l'istituto del *right of publicity* (ovvero il "*right of a person to control the commercial use of his or her identity*"[49]), riconobbe il diritto della persona sul *publicity value* del proprio ritratto, diritto commerciabile e tutelabile a fronte dell'abusivo sfruttamento commerciale da parte di terzi[50].

Nel nostro ordinamento l'affermazione della ambivalente natura dei diritti della personalità è stata più lenta[51] e, tuttavia, è ormai indubbio che attributi della persona

"inalienabilità a titolo oneroso": è possibile disporne, ma solo a titolo gratuito. Ed infatti, G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 328 osserva che il concetto di "disponibilità" non afferisce solo ad una logica di scambio e di mercato, potendo rientrarvi anche gli atti di destinazione solidali.

[47] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 808.

[48] In particolare, secondo G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo* cit., p. 330 il principio di dignità esclude la commerciabilità di parti o elementi del corpo e quello di solidarietà sociale mira a consentire l'accesso gratuito da parti chi ne ha bisogno alle parti del corpo destinate ad essere utilizzate in campo medico e biologico. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 811-816 evidenzia che: "una completa delega al mercato potrebbe determinare, in questi casi, effetti discriminatori sia dal lato della domanda, poiché l'accesso alla risorsa verrebbe regolato prevalentemente sulla base del livello di reddito individuale, sia soprattutto dal lato dell'offerta, poiché è oltremodo evidente che questa verrebbe rappresentata esclusivamente dai soggetti più poveri, gli unici veramente incentivati ad entrare in mercati di questo tipo".

[49] G. RESTA, *Diritti della personalità e i "diritti patrimoniali sull'identità della persona"* cit., p. 178. L'A. soggiunge che: "sono così venute a delinearsi le due diverse aree, contrapposte per interessi tutelati e disciplina applicabile, della *privacy* e della *publicity*; la prima ispirata alla protezione degli interessi in senso stretto esistenziale del soggetto e connotata dalle incisive restrizioni imposte all'esplicazione dell'autonomia privata, la seconda dominata dalla prevalenza di logiche ricostruttive e modelli di regolamentazione a carattere prettamente proprietario".

[50] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 1998, p. 6 osserva che il *right of publicity* "doveva servire a proteggere contro lo sfruttamento commerciale del nome o immagine delle celebrità: queste, infatti, non avrebbero potuto lamentare la lesione del loro *right of privacy*, dato che, almeno per quanto attiene alle azioni e ai fatti svoltisi in pubblico, si doveva ritenere che fosse intervenuta, da parte loro, una rinuncia all'esercizio del diritto a vedere circondata da riserbo la propria esistenza".

[51] Più nel dettaglio, la qualificazione del diritto al nome è stata ampiamente dibattuta dalla dottrina a partire dai primi decenni del '900, allorquando si manifestò la tendenza a ricostruirlo sul modello del diritto di proprietà con lo scopo di connotarlo in termini di "assolutezza" e "inviolabilità". Siffatta impostazione fu soggetta alle critiche di quanti evidenziarono come non fosse possibile parlare di un diritto di proprietà sul nome, che non costituisce un bene autonomo esterno alla persona, bensì identifica la persona stessa e riceve tutela proprio in virtù di siffatta funzione. Muovendo da tale premessa, si giunse a configurare il diritto al nome come diritto della personalità che, in quanto volto a identificare la persona, ne rappresenta una tutela ulteriore: "se il valore primario dell'ordinamento è quello della tutela della personalità umana nella sua interezza, anche il nome è destinato a svolgere il suo ruolo di identificazione nei confronti della persona umana integralmente considerata. Il nome, quindi, in questo ordine di idee, vale a distinguere i singoli uomini in relazione al complesso della loro

ISSN 2036-7821

personalità morale, intellettuale, sociale"; ne consegue che "la tutela accordata dall'ordinamento al nome sarebbe, dunque, un aspetto particolarmente importante della tutela dell'identità personale"(in tal senso v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 22. L'A. osserva anche che ad essere tutelato è "l'interesse della persona ad essere individuo tra gli altri, contraddistinto dal proprio patrimonio morale, ideologico, ecc.". Sul punto, v. altresì U. BRECCIA, *Art. 6. Diritto al nome*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, cit., p. 386, secondo cui: "l'attributo della personalità che è compendiato nella tutela giuridica del nome attiene soprattutto all'identificazione del soggetto quale persona singola e, almeno di norma, quale membro di un gruppo familiare; ma ben può notarsi, più in generale, come i valori che l'ordinamento intende difendere trovino il loro primo fondamento in quel "diritto di essere se stessi e nient'altro che se stessi", che costituirebbe il presupposto e quasi il tessuto connettivo di ogni altra espressione della personalità". Per A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. IV, Milano, 1982, II ed., p. 425-430: "il diritto al nome si inquadra nel diritto all'identità personale (…) ha per oggetto questo stesso bene inerente alla persona, questa stessa qualità morale che consiste nel distinguersi di fronte agli altri, nell'affermarsi per quello che si è". Occorre evidenziare come la ricostruzione sin qui esposta, sebbene condivisibile, si sia rivelata non risolutiva proprio laddove ha omesso di considerare l'ormai ampia casistica in cui il nome, specie delle persone celebri, è oggetto di sfruttamento commerciale che, se non autorizzato, comporta non la lesione dell'identità personale o - alla stregua della dottrina che amplia la funzione del nome fino a considerarlo simbolo della personalità intera e dei suoi diversi aspetti (onore, decoro, dignità umana) - la lesione dell'onore, della reputazione o della dignità dell'individuo, bensì un danno patrimoniale, pari al corrispettivo che il titolare avrebbe ricevuto dall'utilizzatore per lo sfruttamento commerciale del nome; invero, il nome, nella misura in cui identifica una persona fornita di particolari qualità, viene in considerazione come "bene economico capace di godimento" (v. S. GATTI, *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propria personalità*, in Riv. dir. comm., 1988, 1, p. 363; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 24-25). L'attenzione sul profilo patrimoniale dei diritti della personalità è emersa indagando il problema della quantificazione del danno conseguente all'abusivo sfruttamento commerciale del nome e dell'immagine. Invero, nell'affrontare la questione delle conseguenze risarcitorie derivanti dall'illecito utilizzo degli attributi della personalità da parte di terzi non autorizzati, la giurisprudenza ha utilizzato la tecnica del cd. prezzo del consenso, liquidandolo in misura pari al corrispettivo che il soggetto leso avrebbe ricevuto qualora avesse autorizzato lo sfruttamento commerciale. A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in Riv. crit. dir. priv., 1991, p. 918 osserva criticamente come i giudici italiani si limitassero a riscontrare la lesione dei diritti della personalità anche nei casi in cui l'utilizzazione da parte di terzi dovesse essere valutata con maggiore attenzione al dato economico emergente dalla realtà sociale di riferimento. Tuttavia, un cambiamento di passo si registra con le pronunce Trib. Monza, sentenza 26 marzo 1990, in Foro it., 1991, I, 2962 ss.; Corte Cass. sentenza 2 maggio 1991 n. 4785, in Foro it., 1992, I, 831 ss. A tal proposito, C. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sul danno da illecita utilizzazione economica dell'immagine altrui*. Nota a Corte App. Milano 16 maggio 1989, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1991, p. 590 - nel commentare la sentenza, che si inserisce nell'indirizzo giurisprudenziale incline a quantificare il danno in misura pari al corrispettivo che la persona avrebbe richiesto per consentire la pubblicazione della propria immagine - individua come precedenti significativi Trib. Torino, sentenza 7 aprile 1954, Trib. Roma, sentenza 14 settembre 1953. V. METAFORA, *Il mito di Narciso e la giurisprudenza: a proposito del diritto sul proprio ritratto*, in Riv. crit. Dir. priv., 1991, p. 882 (nota 20) rileva come, a ben guardare, già dagli anni '30 la giurisprudenza, allorché chiamata a risolvere problemi attinenti allo sfruttamento commerciale del ritratto, avesse evidenziato il contenuto patrimoniale del diritto all'immagine (ad es. Corte App. Milano, 11 luglio 1936, Trib. Torino, sentenza 6 luglio 1938, Trib. Milano, sentenza 10 dicembre 1938.). Secondo S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, 2018, p. 90, la giurisprudenza, percorrendo tale soluzione, ha evidentemente dato per presupposta la liceità della commercializzazione degli attributi della personalità: "difatti è chiaro che non sarebbe possibile risarcire i danni dovuti alla mancata possibilità per l'interessato di commercializzare egli stesso i propri attributi personali se tale utilizzo fosse illecito".

come il nome e l'immagine possano essere dotati di valore economico, ad esempio quando, appartenendo a persone note, il loro accostamento a determinati prodotti induca il consumatore all'acquisto[52].

Non potendosi in questa sede ricostruire nel dettaglio l'*iter* ermeneutico percorso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, occorre quantomeno darne brevemente atto sì da poter rilevare se e in che misura le coordinate tracciate siano suscettibili di estensione ai dati personali.

Segnatamente, per conciliare la duplice valenza del diritto al nome – diritto della personalità e bene suscettibile di sfruttamento commerciale[53] – si è ritenuto che in esso coesistano due situazioni giuridiche soggettive: "da un lato, vi è il diritto a godere del nome nella sua qualità di segno identificatore della persona: diritto che ha il suo punto di riferimento oggettivo nella persona stessa, considerata *a parte obiecti* e così come è individuata dal nome. Dall'altro, il diritto a fare proprie le utilità economiche che un determinato nome è suscettibile di produrre: qui, il nome viene in considerazione come autonomo bene immateriale[54], proprio in quanto in esso è insito un certo valore"[55].

Il medesimo approccio ha riguardato il diritto all'immagine[56], per il quale i mutamenti intervenuti nella coscienza sociale[57] hanno dato la stura ad un percorso

[52] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 3.

[53] A ben guardare, dal panorama normativo non sono desumibili argomenti contrari allo sfruttamento commerciale del nome; basti all'art. 8 del D.lgs. n. 30/2005, in forza del quale è consentito concedere a terzi l'utilizzazione del proprio nome come marchio (Art. 8: "1. I ritratti di persone non possono essere registrati come marchi senza il consenso delle medesime e, dopo la loro morte, senza il consenso del coniuge e dei figli; in loro mancanza o dopo la loro morte, dei genitori e degli altri ascendenti, e, in mancanza o dopo la morte anche di questi ultimi, dei parenti fino al quarto grado incluso. 2. I nomi di persona diversi da quelli di chi chiede la registrazione possono essere registrati come marchi, purché il loro uso non sia tale da ledere la fama, il credito o il decoro di chi ha diritto di portare tali nomi. L'Ufficio italiano brevetti e marchi ha tuttavia la facoltà di subordinare la registrazione al consenso stabilito al comma 1. In ogni caso, la registrazione non impedirà a chi abbia diritto al nome di farne uso nella ditta da lui prescelta, sussistendo presupposti di cui all'articolo 21, comma 1. 3. Se notori, possono essere registrati o usati come marchio solo dall'avente diritto, o con il consenso di questi, o dei soggetti di cui al comma 1: i nomi di persona, i segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo, le immagini che riproducono trofei, le denominazioni e sigle di manifestazioni e quelli di enti ed associazioni non aventi finalità economiche, nonché gli emblemi caratteristici di questi").

[54] Secondo V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1993, p. 561, allorché, il negozio mira a consentire l'utilizzo del nome del titolare attraverso l'abbinamento ad un prodotto o iniziativa oppure attraverso l'attribuzione al nome del valore di marchio, è più corretto ritenere che oggetto del negozio non sia l'attributo della personalità, bensì la licenza al suo uso.

[55] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione* cit., p. 26.

[56] M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, I, p. 52 osserva infatti che: "al reperimento di una disciplina adeguata al fenomeno dell'utilizzazione commerciale dell'immagine si sono frapposti gli ostacoli derivanti dalla circostanza che la tutela dell'immagine contro impieghi inautorizzati aveva trovato la propria originaria collocazione in ambiti personalistici, collegati alla tutela dell'onore e della reputazione o, in una scansione ulteriore, della riservatezza (*right of privacy*)". Si concentra sulla prospettiva personalista G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 162 ss.

ISSN 2036-7821

ermeneutico volto a rintracciare le basi concettuali dello sfruttamento commerciale[58] analogo a quello già visto per il diritto al nome. Si è, infatti, parlato di un diritto della personalità affiancato da un diritto su un bene giuridico immateriale, il "valore del bene-ritratto", da intendersi, quest'ultimo, non come valore del supporto materiale su cui è impresso il ritratto[59] o del ritratto quale raffigurazione artistica o fotografica del soggetto, bensì come valore insito nell'immagine della persona, per la notorietà che la connota o per le sue caratteristiche peculiari[60].

Per un esame della più recente giurisprudenza, v. F. AMICUCCI, A. CARTA, *Il diritto all'immagine delle celebrità: ultimi orientamenti giurisprudenziali*, in Dir. aut., 2019, 1-2, p. 138 ss.

[57] M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico* cit., p. 54.

[58] Anche per il diritto all'immagine, come per il diritto al nome, taluni indici normativi convergono nella direzione dell'utilizzabilità commerciale; in tal senso è inequivocabile il tenore letterale dell'art. 96 della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941 n. 633) che fa espresso riferimento alla possibilità, condizionata al consenso dell'interessato, di mettere in commercio il proprio ritratto e cui l'art. 10 c.c., nel definire le modalità di tutela del diritto all'immagine, opera implicito rinvio per individuare i casi in cui l'esposizione o la pubblicazione dell'immagine non è consentita. Dal combinato disposto delle citate norme si è desunto che ciascuno può controllare, attraverso il consenso, l'esposizione, la riproduzione e la messa in commercio del proprio ritratto e, al contempo, reagire all'esposizione o alla pubblicazione avvenuta al di fuori dei casi consentiti dalla legge o con pregiudizio al decoro o alla reputazione. Nondimeno, la dottrina ha osservato che "la disciplina positiva non si interessa espressamente del "lato attivo" del rapporto fra soggetto ed immagine", in quanto non si occupa di regolare le forme e le condizioni di validità degli atti dispositivi, concentrandosi sugli strumenti che l'ordinamento assicura al soggetto avverso i comportamenti dei terzi, mentre, ad esempio, nell'ordinamento statunitense è frequente la presenza di norme espressamente attributive di un vero e proprio potere di godimento e di disposizione (v. G. RESTA, *Il cd. diritto all'utilizzazione economica dell'immagine*, in La nuova giur. civ. comm., 1997, p. 722. L'A. osserva che: "mentre l'art. 10 c.c. fissa il criterio generale di protezione dall'abuso per le ipotesi di pubblicazione ed esposizione dell'immagine fuori dai casi consentiti dalla legge, negli artt. 96 e 97 l. aut., l'interesse del soggetto al controllo delle informazioni "visive" che lo riguardano si pone come elemento delimitativo dell'altrui attività creativa; nell'art. 21 l. marchi il riferimento all'immagine è teso a circoscrivere l'attività di impresa dei terzi, *sub specie* di utilizzazione dell'immagine del soggetto quale segno distintivo dei prodotti messi in commercio dall'imprenditore". Si tratta di "norme che individuano l'immagine – o meglio l'interesse soggettivo su di essa incidente – come limite, come soglia al di là della quale l'attività giuridica dei terzi non può spingersi, pena la qualificazione di illiceità della condotta").

[59] V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali* cit., p. 557 evidenzia a tal proposito che: "se per oggetto del negozio intendiamo l'elemento materiale su cui cade la manifestazione di volontà del titolare o delle parti, in molti di questi esempi riterremo che l'oggetto consiste nel *corpus mechanicum* la cui utilizzazione è consentita all'altra parte; ma laddove questo non esista prima del negozio, bensì è il negozio che deve consentire la realizzazione del ritratto, spesso con una materiale e attiva collaborazione del titolare (come nel caso del film), l'oggetto consisterà o nella prestazione o nella licenza a ritrarre e riprodurre le altrui fattezze". La distinzione tra diritto all'immagine e diritto sul ritratto è ben descritta da P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959.

[60] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 32: "ogni persona avrà quindi il potere di controllare l'utilizzazione economica del ritratto: anche l'immagine di persone estranee alla cerchia delle celebrità può talvolta assumere un valore economico, anche cospicuo, come nel caso della ragazza avvenente o dell'uomo prestante e anche tali persone potranno, alla stregua della costruzione proposta, disporre di siffatto valore". Sul punto, v. altresì G. FACCI, *Il diritto all'immagine del noto campione sportivo tra esigenze di pubblica informazione e finalità commerciali*, in Resp. civ. prev., 2015, 5, p. 1618 ss. La prospettiva volta ad affermare l'autonomia della dimensione patrimoniale del diritto all'immagine si riscontra anche in G. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, I, *Le sponsorizzazioni*, Padova, 1988, p. 156 ss.; F. ANSALONE, *Il diritto all'immagine*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, I, p. 64. V. anche, in generale, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982, p. 215 ss..

Riannodando le fila del discorso, sia per il diritto al nome che per quello all'immagine può rinvenirsi una doppia situazione giuridica - l'una di carattere personale, l'altra di carattere patrimoniale[61] suscettibile di atti dispositivi[62] - sebbene, secondo una diversa ricostruzione, parimenti significativa ai fini della presente analisi e peraltro accolta dalla prima giurisprudenza in materia[63], che si tratti del nome, dell'immagine o, come nel nostro caso, dei dati personali, a venire in rilievo sarebbe un'unica situazione soggettiva, ricostruibile "in chiave personalistica quando la pretesa si rivolga esternamente e si rivolga alla proibizione dei comportamenti altrui, lesivi della propria riservatezza e, al contempo, in una chiave patrimoniale quando, invece, il soggetto eserciti in positivo le facoltà concernenti la raffigurazione del proprio ritratto e, nel fare così, svolga attività suscettibili di valutazione patrimoniale"[64].

---

[61] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione* cit., p. 34. In tal senso, v. anche P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, p. 1167, secondo cui "accanto allo *jus excludendi* tradizionalmente riconosciuto, con cui si attua essenzialmente la tutela della personalità, sta un diritto esclusivo alla utilizzazione economica del nome e del ritratto, diritto a contenuto patrimoniale: ove il nome ed il ritratto appaiono come beni immateriali, oggetto appunto di tali diritti".

[62] Ad ogni buon conto, è bene precisare che, sebbene molteplici ed eterogenee siano le ipotesi di sfruttamento commerciale dell'immagine, ciò che appare accomunarle è che a venire in considerazione non sono "negozi di cessione del diritto all'immagine", bensì cessione di singole riproduzioni o attribuzione del diritto ad utilizzarle; invero, se si attribuisse il diritto di utilizzare e sfruttare in via esclusiva ogni immagine del cedente, "potrebbe porsi un profilo di liceità di una siffatta abdicazione così omnicomprensiva avente ad oggetto il vero e proprio diritto all'immagine del soggetto". Peraltro, alle medesime conclusioni è pervenuta la dottrina con riguardo al diritto al nome che "può dunque legittimamente essere oggetto di disposizione limitatamente al suo aspetto di diritto all'uso esclusivo del proprio nome (…). Indisponibile, invece, è il diritto ad essere identificato col proprio nome e cognome: un ipotetico contratto di cessione del nome a titolo oneroso avrà causa contraria all'ordine pubblico (per il valore di identificazione, socialmente utile, che il nome riveste), al buon costume (ripugna vendere il nome della propria famiglia per denaro) e anche a nome imperative (il nome è un aspetto della dignità umana tutela dagli artt. 2 e 3 Cost., e dovrebbe essere sottratto alla disponibilità di chi, in momento di indigenza economica, potrebbe essere disposto a venderlo)" (in tal senso v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali* cit., p. 559. Sull'argomento v. altresì Z. CAVALLA, *Osservazioni sulla commerciabilità dei diritti della perso*nalità, in Contr. Impr., 2010, 3, p. 654 ss.

[63] Pret. Roma, 18 febbraio 1986, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1986, p. 550 ss.; Pret. Roma, 6 luglio 1987, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1987, p. 1042 ss.

[64] M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Giuffré, 1991, p. 417. Secondo G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2007, 6, p. 1043 ss., la tesi preferibile è quella che configura i diritti della personalità come diritti a contenuto misto, in cui convergono facoltà di natura personale e di natura patrimoniale (queste ultime prive di autonoma attitudine traslativa), in quanto "si rivela la più aderente ai dati positivi del sistema, la più congruente al modo in cui la categoria è andata storicamente delineandosi, nonché quella in grado di offrire le risposte più equilibrate al problema della commercializzazione della persona". Per completezza, occorre sinteticamente segnalare anche una terza impostazione, volta ad attribuire all'intera categoria dei diritti della personalità un contenuto ambivalente e comprensivo, da un lato, dei valori essenziali della persona e, dall'altro, delle sue estrinsecazioni fisiche o immateriali: quando a venire in considerazione sono gli attributi materiali della persona, il diritto alla vita e all'integrità fisica rappresentano il valore essenziale della persona, mentre il corpo ne è l'estrinsecazione materiale, la cui disciplina relativa agli atti di disposizione mira a preservare proprio i valori essenziali della vita e dell'integrità fisica; allo stesso modo, con riguardo però agli attributi immateriali, "si può configurare il rapporto tra onore, riservatezza e identità personale, da un lato, e nome, immagine e dati personali, dall'altro: i primi sono

ISSN 2036-7821

Sulla base del panorama sin qui descritto[65], non può revocarsi in dubbio che, anche alla luce della prassi negoziale poi sviluppatasi[66], il nome e l'immagine, quali beni immateriali dotati di possibile valore economico, siano suscettibili di assurgere a oggetto di contratti[67] con cui si attribuisca a terzi il diritto di sfruttamento commerciale[68], fermo restando che l'ambivalente natura – personale e patrimoniale – dei diritti in parola inevitabilmente permea il vaglio di conformità dell'operazione negoziale all'ordine pubblico e al buon costume, più attento e rigoroso[69], anche sotto il profilo della durata del vincolo[70].

---

valori di carattere personale, i secondi, estrinsecazioni immateriali della persona dotate anche di contenuto economico (…) si ammette la commerciabilità delle estrinsecazioni immateriali della persona fino a che tale commercializzazione non incida su onore, decoro o reputazione, che, per l'appunto, costituiscono valori essenziali, non suscettibili di valutazione economica" (v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto* cit., p. 16 – 92).

[65] Ad ogni modo, che si accolga l'una o l'altra opzione ermeneutica, il riconoscimento del connotato anche patrimoniale dei diritti della personalità produce conseguenze pratiche di non poco momento; segnatamente, consente di superare quell'impostazione che, valorizzando il carattere indisponibile dei diritti della personalità, nei casi di sfruttamento commerciale del nome o dell'immagine rinveniva – secondo lo schema del consenso dell'avente diritto - un mero atto di rinuncia, sempre revocabile, all'esercizio del diritto, preordinato al mero *pati* dell'altrui attività (in tal senso v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, I, 1993, p. 165; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità* cit., p. 94. In giurisprudenza, Pret. Roma, ord. 28 marzo 1956, in Dir. aut., 1956, p. 385; Trib. Roma 7 ottobre 1988 in Dir. inf., 1989, p. 172; Pret. Montebelluna, ord. 11 agosto 1984 in Foro pad., 1989, p. 272. I citati riferimenti dottrinari e giurisprudenziali sono analizzati da G. RESTA, *Diritti della personalità e diritti patrimoniali sull'identità della persona* cit.). Sull'argomento v. altresì V. DI NICOLA, *L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, in Contratto e impresa, 2005, p. 464. G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *idem*, Persona e formalismo giuridico, Rimini, 1985, p. 350 ss.; G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale* cit., p. 164.

[66] Basti pensare alle varie tipologie di contratti con cui si utilizzano gli attributi immateriali della persona per promuovere beni, servizi o un terzo soggetto (ad es. i contratti di sponsorizzazione, *merchandising*, *testimonial*, *endorsement*). Ed infatti, la giurisprudenza, onde evitare l'inevitabile precarietà di un atto sempre revocabile, ha superato il modello del consenso dell'avente diritto, per arrivare a sancire "l'ingresso del contratto nell'area dei diritti della persona", muovendo dal duplice assunto secondo cui: (i) la "commercializzazione del nome e dell'immagine personale si è affermata nel costume sociale, fino a divenire una possibilità commerciale del tutto normale"; (ii)"codesti negozi sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (in tal senso, Corte Cass., sentenza 11 ottobre 1997 n. 9880, Corte Cass. sentenza 16 aprile 1991 n. 4031 citate da G. RESTA, *I diritti della personalità* cit., p.195). Secondo Z. CAVALLA, *Osservazioni sulla commerciabilità dei diritti della personalità*, in Contr. Impr., 2010, 3, p. 651, il precedente orientamento non poteva più essere condiviso perché "legato ad una concezione sacrale dei diritti della personalità non più adeguata alla sensibilità del tempo".

[67] A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in Riv. crit. Dir. priv., 1991, p. 919; P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, p. 1166; M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, I, p. 58.

[68] V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità* cit., p. 553.

[69] S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto* cit., p. 92-93: "La giurisprudenza, laddove apertamente ammette la contrattualizzazione dei diritti della personalità, esclude tuttavia la validità di tali negozi nel caso in cui l'utilizzo dell'attributo immateriale della persona sia lesivo dell'onore, della reputazione o del decoro dell'interessato. (…) Lo stesso interessato non può dunque utilizzare e commercializzare gli attributi immateriali della propria persona in una maniera tale che gliene derivi una lesione dell'onore, del decoro o della reputazione. Si noti come qui vengano in considerazione i diritti della personalità intesi come valori: si ammette la commerciabilità delle estrinsecazioni immateriali della persona fino a che tale commercializzazione non incida su

Ricostruite, senza alcuna pretesa di esaustività, le coordinate interpretative tracciate da dottrina e giurisprudenza in ordine al nome e all'immagine[71], sembra ben possibile estenderle ai dati personali.

D'altro canto, è significativo che, già più di vent'anni fa, la dottrina con lungimiranza evidenziasse la "necessità di ripensare il fenomeno dell'emersione dei profili patrimoniali all'interno della categoria [dei diritti della personalità] in modo sistematico e di non circoscrivere l'analisi alle ipotesi tradizionalmente indagate[72] (diritto al nome e all'immagine delle persone notorie)", in quanto - si osservava - "un fertile, quanto inesplorato, terreno d'indagine potrebbe rivelarsi, a tal proposito, quello segnato dal neodisciplinato diritto al controllo delle informazioni personali (….) se si considera che le ordinarie dinamiche dell'economia "post-industriale" attribuiscono alle informazioni personali (così come all'immagine) un marcato rilievo

onore, decoro o reputazione, che, per l'appunto, costituiscono valori essenziali, questi sì, non suscettibili di valutazione economica. Piuttosto che parlare di decoro, onore e reputazione, attualmente parte della dottrina preferisce fare riferimento al concetto di dignità come principio di ordine pubblico che non può essere derogato dall'autonomia privata. Qualunque utilizzo si faccia degli attributi immateriali della propria personalità, non è in ogni caso lecito acconsentire alla lesione della propria dignità. Talvolta non si fa direttamente riferimento al concetto di dignità, ma si parla di integrità morale o di "valore morale, etico e sociale della persona" ".

[70] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine* cit., p. 40; G. RESTA, *Diritti della personalità* cit., p. 1043 ss.: "i contratti sui diritti della personalità si caratterizzano per l'applicazione di un regime maggiormente protettivo rispetto a quello ordinario, volto a conciliare le esigenze di certezza e stabilità dello scambio con i precetti costituzionali di tutela della dignità e dell'autodeterminazione dell'individuo. I riflessi più rilevanti di tale impostazione attengono ai profili del sindacato sulla determinatezza dell'oggetto, delle regole di interpretazione, nonché dell'efficacia vincolante del contratto (segnatamente in ordine ai problemi del recesso). Inoltre, qualsiasi negozio avente ad oggetto attributi della persona sarà soggetto al rispetto dei limiti di compatibilità con l'ordine pubblico e il buon costume (clausole generali da concretizzare alla luce del più specifico precetto di tutela della dignità umana) e non potrà validamente realizzare alcun fenomeno di alienazione traslativa delle situazioni coinvolte".

[71] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), 2020, 3, p. 634 ss., inoltre, evidenzia la possibile analogia con il diritto d'autore, per il quale si distingue tra diritti "morali" — come quello al riconoscimento della paternità dell'opera, che sottendono un collegamento quasi spirituale tra l'opera e il suo creatore — e diritti "di sfruttamento economico dell'opera" — quali la possibilità di fare copie o riprodurre l'opera stessa (…)".

[72] Ed infatti, si è rilevato come mentre nell'ordinamento statunitense l'oggetto del *right of publicity* non abbia avuto ad oggetto i singoli segni distintivi della personalità, ma, più in generale, la complessiva identità della persona; viceversa, almeno in un primo momento, la giurisprudenza italiana ha limitato la tutela patrimoniale degli attributi della personalità al nome e all'immagine. Sicché, solo successivamente la tutela patrimoniale è stata estesa a "qualsiasi dato evocativo della personalità", come potrebbe essere, ad esempio, la voce; condividendo siffatto ampliamento di prospettiva, si è affermato che "se la finalità è quella di garantire la libertà del soggetto di determinare autonomamente modalità e condizioni della circolazione lucrativa della propria identità, la tutela non potrà che essere estesa a tutti quegli elementi della personalità capaci di produrre un univoco effetto evocativo" (così, G. RESTA, *Diritti della personalità* cit., p. 190. L'A. riporta uno dei casi giudiziari più noti e significativi in tal senso, ovvero quello riguardante la riproduzione dello zucchetto e degli occhiali abitualmente indossati dal cantante Lucio Dalla per la pubblicità di un'autoradio. I giudici giungono a riconoscere la tutela per l'indebito sfruttamento di quelli che vengono considerati elementi univocamente suscettibili di richiamare l'identità dell'artista (Pret. Roma, ord. 18 aprile 1984)).

commerciale, capace di suscitare legittime rivendicazioni di carattere (anche) patrimoniale da parte del *data subject* (….)"[73].

Ad ogni buon conto, non può non rilevarsi che i contratti volti allo sfruttamento commerciale dei dati personali perseguono finalità peculiari rispetto a quelli aventi ad oggetto il nome o l'immagine, ponendo specifiche problematiche di ordine giuridico.

Invero, come è stato rilevato, si tratta di una "tipologia di contratti che ha come scopo non di mostrare la persona all'esterno, ma di consentire ad un soggetto terzo di utilizzare per così dire internamente gli attributi immateriali della controparte per altre finalità. (...) In questo caso la controparte è interessata ad acquisire i dati personali non per diffonderli presso il pubblico ed esporre così l'interessato, ma per ricavarne informazioni che le possano essere utili o cederli a sua volta a terzi" [74].

Ebbene, la causa di tali contratti, descritta dalla dottrina civilistica nei termini anzidetti, è pregna di implicazioni sotto il profilo giuspubblicistico; invero, come meglio si vedrà nelle pagine seguenti, la patrimonializzazione dei dati personali - più di quanto non accada per altri attributi della personalità - involge valori costituzionali che non afferiscono solo alla sfera individuale, bensì impattano sulla persona soprattutto in quanto componente della società quale luogo in cui, ai sensi dell'art. 2 Cost., si svolge la personalità umana, potendo finanche vulnerare il carattere democratico del nostro ordinamento.

Sicché, il limite all'espansione del *business model* reso possibile dalla capitalizzazione dei dati personali non potrà che essere rintracciato nel principio personalista sotteso all'impianto costituzionale, che delinea una gerarchia di valori finalizzata alla preminenza delle situazioni "esistenziali" su quelle patrimoniali[75].

Non v'è dubbio infatti – e lo si vedrà meglio in seguito - che l'argine all' "incedere inerziale di qualunque dinamica mercantile"[76] sia costituito dal valore della dignità, che, in quanto suscettibile di contemperare libertà individuale e principio di solidarietà sociale, assurge a imprescindibile garanzia di tutela della persona nel contesto sociale[77].

---

[73] G. RESTA, *Il cd. diritto all'utilizzazione economica dell'immagine tra autonomia negoziale e diritto della concorrenza*. Nota a Autorità garante della concorrenza e del mercato 31 ottobre 1996, in Nuova giur. civ. comm., 1997, p. 726. L'A. soggiungeva che: "Allora è probabile che, di fronte ai prevedibili sviluppi della pratica, venga a riproporsi il consueto problema ricostruttivo di una situazione soggettiva tecnicamente definibile come diritto della personalità (diritto al controllo delle informazioni personali), ma non per questo meno idonea alla tutela di interessi più specificamente patrimoniali".

[74] S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto* cit., p. 24.

[75] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine* cit., p. 2.

[76] L. ANZANI, *Identità personale e "atti di disposizione della persona"*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, 7-8, p. 219.

[77] *Ivi*, p. 212.

ISSN 2036-7821

3. I dati personali come nuova "moneta di scambio" negli orientamenti dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa per la tutela del "consumatore".

Le criticità indotte dallo sfruttamento economico dei dati personali hanno spinto la dottrina civilistica, ma anche l'AGCM e la giurisprudenza amministrativa, ad ampliare il quadro delle tutele fruibili dagli utenti dei servizi digitali, considerati non solo come "interessati" al trattamento dei dati personali, ma altresì come "consumatori" nel rapporto contrattuale intercorrente con l'impresa fornitrice del servizio.

Tale impostazione muove da un chiaro, seppur discusso, presupposto teorico: i dati personali costituiscono una nuova "moneta di scambio", la controprestazione non pecuniaria offerta dagli utenti per l'accesso ai servizi web[78], apparentemente gratuiti[79] ma in realtà remunerati con la cessione dei dati personali; si tratta della cd. "trappola del dono"[80], esplicata con la nota affermazione "quando qualche cosa è gratis il prodotto sei tu".

---

[78] G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2018, 2, p. 411 ss. ne individua molteplici: "*i.* Il servizio che consente di ricercare sulla rete (il c.d. *browser*); *ii.* Il servizio di posta elettronica; *iii.* una piattaforma c.d. di *social media* attraverso la quale l'utente comunica ed è il destinatario di comunicazioni; *iv.* siti di archiviazione (generalmente di materiali visivi o audiovisivi) per uso personale, per condivisione con una cerchia ristretta, per la pubblica fruizione; *v.* siti che offrono servizi propri o di terze parti diversi da quelli prima elencati. La caratteristica di tutti questi servizi è quella di essere forniti senza la richiesta di un corrispettivo monetario. Il che ha fatto sostenere - per lungo tempo e chiudendo gli occhi alla realtà - che si trattasse di servizi « gratuiti »".

[79] La gratuità solo "apparente" viene spiegata in chiave critica da G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete* cit., p. 411 ss.: "Da un lato la storia del diritto, dai suoi albori al presente, ci offre infiniti casi in cui il corrispettivo di una prestazione non ha una natura monetaria, dalla permuta, al comodato, ai *fringe benefits*. Dall'altro la teoria economica ci fornisce tutti gli strumenti concettuali per distinguere fra attività effettivamente gratuite (tipicamente la beneficenza posta in essere da soggetti che non hanno scopi di lucro) e attività poste in essere da una impresa per finalità che non hanno un immediato ritorno monetario, ma che ne accrescono il valore (la pubblicità istituzionale, la distribuzione di campioni gratuiti, le attività benefiche). La scienza economica ha poi indagato a fondo, negli ultimi trent'anni, i c.d. « mercati a due versanti » in cui un intermediario opera su entrambi i lati generando utilità per sé stesso e per le altre parti . L'esempio classico è quello delle radio e delle televisioni commerciali che « vendono » agli inserzionisti pubblicitari il pubblico che esse riescono a conquistare con programmi di successo. In questo modello di *business* l'ampliamento del parco degli utenti da un lato del mercato aumenta simmetricamente il valore prodotto nell'altro segmento di mercato, per via degli effetti di rete coinvolti; pertanto è ben comprensibile che il ricorso alla tecnica della (apparente) gratuità è uno strumento utilizzato al fine di attrarre un maggior numero di clienti e dunque indirettamente incrementare il rilievo economico della partecipazione al mercato dal lato dell'offerta". V. anche G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit., p. 634 ss.: "Gran parte dei servizi digitali è offerto "gratuitamente", nel senso che alla prestazione del servizio non segue una controprestazione in denaro. Ciò non vuol dire però che non vi sia una controprestazione da parte dell'utente, anzi questa consiste proprio nella cessione di un flusso costante di dati personali di diverso tipo per tutta (o anche oltre) la durata del servizio. Questa corresponsione, pur non avendo la forma di una prestazione in moneta avente corso legale, potrebbe comunque portare a considerare il contratto di scambio come oneroso. In altre parole, a fronte dell'utilizzo del servizio digitale, l'impresa ottiene dall'utente i suoi dati ossia l'elemento basilare per sostenere il proprio business, monetizzare le informazioni in possesso e ottenerne un profitto".

[80] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

Segnatamente, secondo la dottrina, i dati personali ceduti dagli utenti assurgono a controprestazione non pecuniaria per l'accesso ai servizi digitali in almeno un duplice ordine di ipotesi:

- quando l'utente acconsente a che i dati forniti per l'esecuzione del contratto siano utilizzati per finalità ulteriori rispetto all'erogazione del servizio, sovente per finalità di marketing;
- allorché l'utente fornisca dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'esecuzione del contratto[81].

Siffatta ricostruzione ha trovato concreta applicazione nel provvedimento del 29 novembre 2018, n. 27432[82], con cui l'AGCM, nel sanzionare Facebook Ireland Ltd. e Facebook Inc per aver posto in essere pratiche commerciali "aggressive" e "ingannevoli", ha affermato la sussistenza di un rapporto di consumo tra Facebook e i suoi utenti in virtù dell'assunto secondo cui: "il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di FB, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente che utilizza i servizi di FB[83] (…). La natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti dei *social media* è ribadita, oltre che in sede di tutela del consumatore, anche nell'ambito della valutazione delle concentrazioni tra imprese"[84].

---

[81] *Ibidem*: "La conclusione è che l'utente fornisce un numero di dati superiore a quelli strettamente necessari al trattamento e, astrattamente parlando, questo *surplus* di dati potrebbe essere inteso come una forma di retribuzione del servizio del titolare da parte dell'interessato. Oppure, ma l'esito è il medesimo, i dati forniti in quanto necessari per l'esecuzione della prestazione sono poi usati anche per ulteriori finalità commerciali. In entrambi i casi, il servizio può essere "a prezzo zero" ma comunque non sarà "gratuito". Al contrario è oneroso nella misura in cui preveda un "sacrificio" che l'interessato deve sostenere per accedere al bene o servizio. La distinzione tra queste attività parallele è sintomatica dell'evolversi dei tempi. Mentre originariamente il trattamento dei dati personali era un fenomeno accessorio ancorché intrinseco all'attività principale, come la vendita e consegna di un bene fisico, l'accesso a un servizio, ecc., oggi è sempre più l'elemento centrale del rapporto negoziale. In altre parole, si è passati da un trattamento dei dati quale mezzo per svolgere una certa attività, al trattamento finalizzato ad ottenere i dati stessi. Il trattamento è così diretto a sfruttare i dati e non sarebbe conseguenza necessaria dello svolgimento di altre attività".

[82] Con il provvedimento Facebook – condivisione dati con terzi, 29 novembre 2018, n. 27432. Successivamente, l'AGCM, con provvedimento n. 28562 del 9 febbraio 2021, ha sanzionato Facebook Ireland Ltd. e Facebook Inc. per non aver ottemperato alla diffida di rimuovere la pratica scorretta sull'utilizzo dei dati degli utenti e non aver pubblicato la dichiarazione rettificativa richiesta dall'Autorità (https://service.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/2/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/51DCC0E70C20183EC1258684005A842A/$File/p28562.pdf).

[83] L'AGCM evidenzia che: "il *business model* del gruppo FB si fonda proprio sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi configurandosi, pertanto, tali dati come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc".

[84] La medesima impostazione si riscontra nel Provv. 11 maggio 2017 n. 26596, laddove l'AGCM osserva che: "In merito all'affermazione della Parte sulla gratuità dell'app WM (Whatsapp-Messanger), si osserva che, ai fini della

ISSN 2036-7821

A supporto di siffatta impostazione, l'Antitrust richiama il "consolidato orientamento della Commissione europea volto a riconoscere la natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti del social media (…) valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto tra il Professionista e l'utente"[85].

La prospettiva dell'AGCM è stata integralmente confermata dalla giurisprudenza amministrativa, in particolare dalla sezione I del T.A.R Lazio con la pronuncia n. 261 del 2020 e, successivamente, dal Consiglio di Stato con sentenza 29 marzo 2021 n. 2631[86].

La fattispecie oggetto del giudizio riguardava le condotte poste in essere da Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd, qualificate dall'AGCM come pratiche commerciali "ingannevoli" e "aggressive" e per questo sanzionate con il provvedimento oggetto dell'impugnativa.

Segnatamente, l'Antitrust contestava a Facebook un duplice ordine di condotte[87]: "la prima pratica, ritenuta "ingannevole" (…) consisteva nell'aver adottato, nella fase di prima registrazione dell'utente nella Piattaforma Facebook (sito "web" e "app"),

---

qualificazione come contrattuale del rapporto che si instaura tra WhatsApp e il consumatore e della valutazione dei profili di vessatorietà delle relative clausole, ai sensi del CdC, non assume alcun rilievo che la prestazione dei servizi sia erogata in assenza di corrispettivo monetario. In ogni caso, si rappresenta che "i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico *de facto* e vengono venduti a terzi" " (reperibile in http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2022/5/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/1F8AED4BECD2BD6DC12581220024AE61/$File/p26596.pdf). In dottrina, G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2017, 2, p. 418 ss. osserva che: "Letti sotto la prospettiva di una progressiva convergenza delle tutele dei diritti fondamentali degli utenti, i provvedimenti prescrivono ed incentivano l'adozione di condizioni generali d'uso maggiormente chiare, trasparenti ed equilibrate da parte dei *social network*, irradiando i propri effetti su condotte potenzialmente pregiudizievoli, ma che ad esempio non ricadono nell'ambito della protezione dei dati personali. La doppia valenza dei dati personali come beni informazionali di preminente natura personale, aventi un valore d'uso suscettibile di una valutazione economica, garantisce infatti in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiplo idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l'accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della privacy digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principi di trattamento lecito e prevenzione del rischio introdotti dall'art. 6, n. 4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016 ".

[85] Provv. 11 maggio 2017 n. 26596 cit.

[86] V. sul punto le recenti osservazioni di V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, Federalismi, 2021, 18, p. 222 ss.

[87] L'AGCM specifica che: "le condotte sono distinte in quanto riguardano: (i) due diverse fasi temporali del rapporto tra FB e utente, da un lato quella della registrazione del nuovo utente a FB, dall'altro quella dell'utilizzo del servizio da parte di un utente già registrato; (ii) due diversi momenti relativi all'attività commerciale di FB, da un lato, la fornitura del servizio di social network all'interno della Piattaforma FB con la condivisione di dati all'interno della medesima, dall'altro, l'erogazione di un servizio potenziato tramite l'integrazione delle funzionalità di FB con altre piattaforme e la conseguente estensione della condivisione dei dati dell'utente a terzi operatori; (iii) due distinte modalità d'azione, la prima basata sulla carenza informativa, la seconda basata sul condizionamento tramite preimpostazioni e disincentivi a modificare le stesse".

un'informativa ritenuta da Agcm priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento all'attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti"[88]; la seconda, qualificata come "aggressiva", "si concretizzava nella applicazione, in relazione agli utenti registrati sulla piattaforma, di un meccanismo che, secondo la ricostruzione dell'Autorità, comportava la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma del social network, ai siti "web/app" di terzi e viceversa, senza preventivo consenso espresso dell'interessato, per l'uso degli stessi a fini di profilazione e commerciali"[89].

Disattendendo le prospettazioni della parte resistente, secondo cui "non si tratta di pratiche commerciali in mancanza di un corrispettivo patrimoniale", il T.A.R. – ed è questo il profilo che più interessa in questa sede – ha invece concluso che: "tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "*asset*" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto. A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un

[88] In sentenza si legge che: "La prima pratica riguarda la fase di registrazione dell'utente nella Piattaforma FB (sito "web" e "app") e consiste nel rilascio di un'informativa ritenuta poco chiara e incompleta. Nello specifico, l'Autorità rilevava che 'Sino al 15 aprile 2018, l'utente che accedeva alla homepage di FB per registrarsi sulla Piattaforma (sito web e app), a fronte di un claim sulla gratuità del servizio offerto "Iscriviti E' gratis e lo sarà per sempre", non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di FB" (cfr. par. 18 del provvedimento). L'informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale'. In particolare, osservava Agcm, 'i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.' ".

[89] Si legge nella citata sentenza: "La seconda pratica concerne il meccanismo che comporta la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito "web/app") del "social network" ai siti "web/app" di terzi e viceversa. Agcm ha ritenuto che tale trasmissione avvenisse con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore. Nello specifico, rilevava che la Piattaforma "risultava (…) automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out" (par. 59). Osservava anche che "l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le limitazioni sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario", con l'effetto di indurlo a non modificare la scelta operata dalla società".

ISSN 2036-7821

contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network"[90].

La pronuncia in esame si rivela di particolare interesse non solo nella misura in cui espressamente sancisce l'avvenuta "patrimonializzazione" dei dati personali, ma soprattutto laddove - in antitesi con il consolidato orientamento del Garante per la protezione dei dati personali, ma conformemente a quanto sostenuto dall'AGCM[91] - qualifica i dati come "possibile oggetto di una compravendita".

Le conclusioni rassegnate dal giudice di *prime cure* sono state sostanzialmente confermate dal Collegio di secondo grado[92], che, prudentemente, non ha definito i dati l'"oggetto di una compravendita", ma ne ha comunque rilevato l'avvenuta patrimonializzazione in virtù del loro utilizzo per finalità commerciali da parte di Facebook[93].

---

[90] In virtù di siffatte premesse, il Collegio giudicante ha confermato il carattere "ingannevole" della prima condotta sanzionata, atteso che "il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là della utilizzazione del social network: in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole". Con riguardo, invece, alla condotta integrante, secondo l'AGCM, una pratica commerciale aggressiva, avente ad oggetto il meccanismo di trasmissione dei dati degli utenti registrati a Facebook dalla Piattaforma (sito "web/app") del "social network" ai siti "web/app" di terzi, il Collegio ha concluso che: "il provvedimento dell'Autorità, quanto alla condotta descritta alla lettera sub b), si palesa illegittimo in ragione dei denunciati vizi di cattiva ricostruzione del funzionamento della integrazione delle piattaforme e dell'assenza di elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di una condotta idonea a condizionare le scelte del consumatore. In conclusione, limitatamente all'accertamento dell'illegittimità della condotta sub b) e alle conseguenze - sanzionatorie, inibitorie e di adozione di una dichiarazione rettificativa – imposte dall'Autorità, il provvedimento impugnato deve essere annullato, dovendosene invece confermare la legittimità per la restante parte".

[91] In dottrina si è osservato che l'apparente contrasto tra la posizione del Garante e quella dell'AGCM potrebbe essere composto nel seguente modo: "da un lato la normativa in materia di protezione di dati personali limita la raccolta dei dati e la possibilità di subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento. Dall'altro, invece, la normativa in tema di protezione dei consumatori tende a riconoscere nella misura più ampia possibile il nesso sinallagmatico instaurato tra servizi e dati personali al fine di tutelare la trasparenza delle operazioni di mercato", sicché "per mitigare la contraddittorietà occorre differenziare i diversi piani su cui si pongono le normative in questione. (…) mentre la disciplina sui dati regola in via sostanziale il mercato dei dati personali, stabilendo se e quando il loro scambio è ammesso, la disciplina a tutela dei consumatori regola le modalità di tale scambio, garantendone la trasparenza e accordando ai consumatori determinati rimedi, a prescindere dalla liceità dello scambio" (in termini, S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in Medialaw Rivista di diritto dei media, 2019, 3, p. 146).

[92] Si legge in sentenza che: "ciò che emerge dall'attività [Pratica a)- ingannevole] messa in campo dalle due società è lo sfruttamento, inconsapevolmente per l'utente, dei dati da costui offerti al momento dell'iscrizione (…)A fronte dunque della promessa gratuità del servizio l'utente era indotto ad accedere per ottenere i vantaggi "immateriali" costituiti dalla adesione e coinvolgimento in un *social network* in seguito all'iscrizione nella piattaforma mettendo a disposizione i propri dati personali, che venivano dunque coinvolti nella profilazione a fini commerciali senza che l'utente fosse stato reso edotto in modo efficace dell'esatta portata di tale utilizzo". Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado anche nella parte in cui ha ritenuto il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM illegittimo per aver qualificato come "aggressivo" il comportamento definito come Pratica b).

[93] Precisa il Consiglio di Stato: "seppure si volesse aderire alla tesi della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel

ISSN 2036-7821

È necessario puntualizzare che la condotta dell'impresa censurata, prima, da AGCM e, poi, dalla giurisprudenza amministrativa non consiste nell'aver compresso la libertà del consenso inducendo od obbligando l'utente ad acconsentire al trattamento dei dati personali per finalità commerciali, bensì nel non aver adeguatamente[94] reso chiaro che i dati, in quanto sfruttati economicamente, incidono sulla reale entità dell'operazione commerciale, rappresentando la controprestazione sottesa ad un rapporto del tipo "Professionista-Consumatore".
Si spiega così l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, secondo cui, nel caso di specie, la violazione del diritto ad una corretta informazione non investe il diritto alla protezione dei dati personali, bensì il consumatore, che – inconsapevolmente - fornisce al professionista un bene dotato di valore economico.
D'altra parte, come evidenziato dal Consiglio di Stato, "ferma la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri (…) deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è

caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell'Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell'esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali".

[94] Nel provvedimento si evidenzia che: "Nello specifico, la registrazione alla Piattaforma FB, la cui gratuità è esaltata dal claim sopra citato, si effettuava cliccando sul pulsante "Crea account", preceduto dal seguente testo che conteneva i link alla normativa FB: "*Cliccando su Crea account, accetti le nostre Condizioni [link]e confermi di aver letto la nostra Normativa sui dati [link], inclusa la Normativa sull'uso dei cookie [link].* [...]". Tali documenti, accessibili tramite link, contenevano, tra le altre numerose informazioni di varia natura, anche indicazioni sulla raccolta e l'utilizzo dei dati degli utenti ma erano di consultazione meramente eventuale prima della registrazione. Peraltro, i medesimi documenti, dilungandosi in complesse e articolate precisazioni tecniche, riportavano le suddette indicazioni, in modo poco chiaro e disorganico, in quanto frammentate in sezioni e paragrafi diversi delle varie normative, senza adeguata evidenziazione dell'utilizzo commerciale dei dati, con innumerevoli rimandi ad approfondimenti non immediatamente accessibili, senza alcuna evidenza a favore del consumatore il quale non poteva, quindi, avvalersi di un quadro informativo unitario completo e agevolmente fruibile"; inoltre, "Facebook non informa l'utente con chiarezza e immediatezza in merito alla raccolta e all'utilizzo, a fini remunerativi, dei dati dell'utente da parte del Professionista e, conseguentemente, dell'intento commerciale perseguito, volto alla monetizzazione dei medesimi. Le informazioni fornite risultano generiche ed incomplete senza adeguatamente distinguere tra, da un lato, l'utilizzo dei dati funzionale alla personalizzazione del servizio con l'obiettivo di facilitare la socializzazione con altri utenti "consumatori", dall'altro, l'utilizzo dei dati per realizzare campagne pubblicitarie mirate. L'ingannevolezza risulta, peraltro, aggravata dalla circostanza che, nell'uso di FB, le finalità commerciali si prestano ad essere confuse con le finalità sociali e culturali, tipiche di un social network. Nella pagina di registrazione a FB, a fronte del claim "Facebook ti aiuta a connetterti e rimanere in contatto con le persone della tua vita", rileva, dunque, l'assenza di un adeguato alert che informi gli utenti, con immediatezza ed efficacia, in merito alla centralità del valore commerciale dei propri dati rispetto al servizio di social network offerto, limitandosi FB a sottolineare come l'iscrizione sia gratuita per sempre. (…) Può, infatti, comunque verificarsi che l'utente crei l'account FB senza alcuna consapevolezza del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della sua registrazione al social network, in quanto solo qualora decida di cliccare su tali link ne verrebbe, eventualmente, informato".

ISSN 2036-7821

quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche". Peraltro – chiarisce il Collegio – l' "esigenza di garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche" sussiste anche quando l'utente-consumatore non sia consapevole – come nel caso di specie – dello sfruttamento economico dei propri dati, indi, della loro patrimonializzazione, che, come pocanzi visto, secondo i Giudici non discende da un atto di volontà del consumatore, bensì dall'utilizzo per finalità commerciali che ne faccia l'azienda[95].

3.1 Il quadro normativo europeo: la direttiva 2019/770/UE relativa ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali.

Nel dibattito sin qui descritto, non si può trascurare la rilevanza della recente direttiva UE 2019/770 sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali, che parrebbe avallare la configurazione dei dati personali come nuova "moneta di scambio".

Essa, infatti, nel delineare il proprio ambito applicativo, richiama non solo i contratti in cui il consumatore, in cambio del contenuto o del servizio digitale, corrisponde o si impegna a corrispondere un prezzo, ma anche quelli in cui fornisce o si impegna a fornire dati personali, fatto salvo il caso in cui questi ultimi siano trattati esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto o servizio digitale o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico, senza che questi possa trattare i dati per scopi diversi.

Vengono così delineati due modelli contrattuali di fornitura:

(i) nel primo la fornitura di contenuti o servizi digitali è posta in relazione di corrispettività con il pagamento di un prezzo a carico del consumatore, sicché il modello è quello del contratto oneroso a prestazioni corrispettive;

(ii) nel secondo, che la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma, a differenza del primo, non definisce "contratto", facendo piuttosto ricorso al generico termine "caso", il consumatore non paga un prezzo, bensì "fornisce o si impegna a fornire" dati personali.

Ai fini del discorso che si sta conducendo, è interessante rilevare la peculiarità della seconda definizione che, come rilevato dalla dottrina, evita di porre in relazione formale di corrispettività le due forniture (dei dati e dei servizi), preferendo qualificare come "caso", anziché come "contratto", il rapporto tra la prestazione dei

[95] "Nell'appena descritta accezione non viene in emersione la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche, fuorviato peraltro dalle indicazioni che derivano dalla lettura delle condizioni di utilizzo (come nel caso di specie) di una "piattaforma informatica" ".

ISSN 2036-7821

contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico e la fornitura dei dati personali da parte del consumatore[96].

L'accoglimento di tale opzione testuale, peraltro valorizzata ai fini della ricostruzione strutturale dell'operazione negoziale[97], sottende una precisa scelta del legislatore europeo, di cui si rivela esplicativo il considerando 24 della Direttiva, a tenore del quale: "la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e (…) tali dati non possono dunque essere considerati una merce"[98].

---

[96] C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in Giust. civ., 2019, 3, p. 499 ss. Sul punto, v. le osservazioni di V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, 4-5, p. 26.

[97] Sulla scorta di ciò, in dottrina si è proposto di interpretare le disposizioni della direttiva nel seguente modo: nel caso in cui il consumatore non esegua una controprestazione pecuniaria, ma si limiti a fornire dati personali si può configurare un duplice modello, il primo dei quali è quello qui in discussione: 1. "forniture contrattuali a titolo, o meglio a struttura gratuita alle quali si affianca – ma non in funzione corrispettiva – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali"; 2. "forniture contrattuali del tutto gratuite, nell'ambito delle quali i dati sono trattati esclusivamente ai fini della fornitura del servizio e mai per altri scopi diversi da quelli previsti: per questi contratti la protezione del consumatore rispetto ai difetti di conformità non si applica (…)", non rientrando nel perimetro della direttiva. Segnatamente, "la prima tipologia di contratti gratuiti rientrerebbe nel modello della cosiddetta gratuità interessata, nel quale la struttura priva di controprestazione del contratto non esclude, bensì postula in capo al contraente che effettua la prestazione l'acquisizione di un vantaggio economico che ne giustifica l'erogazione e dà pertanto fondamento – nella specifica ottica di questa Direttiva – anche alla protezione contrattuale del consumatore non pagante". Ne consegue che, nella prima ipotesi, stante l'espressa negazione del carattere corrispettivo dei dati, verrebbe a delinearsi un modello contrattuale caratterizzato da un doppio procedimento formale e da un doppio consenso da parte dell'utente: "il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR" (C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770* cit., p. 499 ss.). Secondo la diversa ricostruzione di 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. M. GAMBINO, A. STAZI (a cura di), *La circolazione dei dati*, Pisa, 2020, p. 74 ss., viene in rilievo un'operazione economicamente unitaria, tuttavia il contratto, che regola gli aspetti patrimoniali, può prevedere l'accesso a servizi o contenuti digitali in cambio della fornitura di dati personali. Segnatamente, si configura un duplice consenso: "il consenso al trattamento e il contratto di accesso al servizio", che "rappresentano due atti distinti e sottoposti ciascuno a una specifica disciplina". "Il contratto di fornitura di servizi e contenuti digitali opera a valle rispetto al consenso, il quale costituisce il presupposto indispensabile, l'elemento legittimante 'a monte', perché possa aversi un lecito trattamento dei dati personali (…). La distinzione in oggetto (…) è giuridicamente rilevante da un duplice punto di vista. Innanzitutto, ne discende l'esigenza di un trattamento differenziato dei due atti giuridici coinvolti: (…) il consenso è soggetto alla disciplina del Regolamento (…) mentre il contratto è soggetto alle diverse regole derivanti dal diritto interno e dalle fonti europee. (…) In secondo luogo dall'assenza di una struttura negoziale unitaria discende l'impossibilità giuridica di configurare l'atto giuridico di consenso, in quanto tale, elemento costitutivo del sinallagma contrattuale. Essa non esclude, però, che tra il consenso unilaterale al trattamento e il contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali intercorra uno specifico collegamento. (…) Dalla sussistenza di un collegamento negoziale discende, in particolare, che l'eventuale declaratoria di invalidità del consenso per contrasto con i requisiti descritti dall'art. 7 del Regolamento (…) possa astrattamente determinare lo scioglimento del vincolo (…). Soprattutto il nesso funzionale tra i due atti giuridici fa sì che, in caso di revoca del consenso, anche il vincolo contrattuale sia destinato a venir meno (…)".

[98] L'intero considerando recita: "La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli

Il legislatore europeo si mostra pienamente consapevole dell'ampia diffusione delle operazioni "servizi contro dati" e, pertanto, decide di disciplinarle con lo scopo di estendere la tutela prevista dalla direttiva per i difetti di conformità del servizio ricevuto anche al caso in cui il consumatore non corrisponda una prestazione pecuniaria; al contempo, però, si preoccupa di negare, almeno nominalmente, la mercificazione dei dati personali.

Conferma del suddetto approccio può essere tratta dalle differenze intercorrenti tra il testo attuale della direttiva e l'originario tenore letterale della proposta di direttiva[99] che, laddove (art. 3) qualificava i dati come "controprestazione pecuniaria" suscettibile di corresponsione in luogo del prezzo[100], si è esposto alle aspre censure del Garante europeo per la protezione dei dati personali, netto nell'affermare che i

commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali. La presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi ai contratti in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali. I dati personali potrebbero essere forniti all'operatore economico al momento della conclusione del contratto o successivamente, ad esempio nel caso in cui il consumatore acconsente a che l'operatore economico utilizzi gli eventuali dati personali caricati o creati dal consumatore utilizzando il contenuto digitale o il servizio digitale. Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali prevede un elenco esaustivo di fondamenti giuridici per il trattamento lecito dei dati personali. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai contratti in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali all'operatore economico. Ad esempio, la presente direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge. La presente direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale".

[99] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale COM(2015) 634 final – 19.12.2015 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52015PC0634).

[100] Inoltre, nel considerando 13 si leggeva che: "Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati (…)". A tal proposito, G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete* cit., p, 41 ss.: "La proposta di direttiva si connota per un approccio dichiaratamente realistico. Essa non ignora, ed è questo uno dei suoi pregi più evidenti, l'evoluzione dei rapporti di mercato e lo straordinario valore che i dati personali hanno assunto nel contesto dell'economia dell'informazione. In particolare, essa muove dalla constatazione che in vasti segmenti di mercato, e in particolare in presenza di mercati « a più dimensioni », la logica della gratuità ha una profonda razionalità economica: non è certo per spirito di liberalità o per disinteressata generosità che molti servizi, che pure hanno un costo economico, sono offerti *for free*; la realtà è invece che essi sono remunerati adeguatamente — sebbene in maniera alquanto opaca — attraverso il flusso dei dati personali connesso alla singola transizione o alla serie di transazioni rese possibili dall'attivazione del servizio. Di qui l'esigenza di sottoporre tali rapporti ad una disciplina non divergente da quella ordinaria, in particolare per quanto concerne i profili di tutela del consumatore".

dati personali, in quanto attributi della persona, "non possono essere considerati una merce" [101].

Rinviando al prossimo paragrafo le osservazioni relative alle probabili ragioni di tale presa di posizione, peraltro riscontrabile anche nei provvedimenti del Garante italiano, può sin d'ora condividersi l'opinione secondo cui la scelta del legislatore, almeno formalmente in linea con i moniti del Garante europeo, sia volta a "dare riconoscimento in una forma accettabile ad un fenomeno che evidentemente si fa fatica ad accettare come tale, ma che non può più essere ignorato né esorcizzato: il mercato dei dati personali, prospero e ricco a dispetto della diffusa cultura personalistica che da tempo qualifica i dati come un inalienabile attributo fondamentale della persona umana"[102].

3.2 La posizione del Garante per la protezione dei dati personali.

Come sopra accennato, anche il Garante privacy italiano da sempre esprime contrarietà alla qualificazione dei dati personali in termini di controprestazione contrattuale.

È infatti ricorrente nei suoi provvedimenti[103] l'affermazione secondo 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 (…)"[104].

Escludendo che la fornitura di un servizio possa essere condizionata al consenso al trattamento di dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'erogazione del servizio (ad esempio, invio di pubblicità mirata, elaborazione di statistiche e indagini di mercato), il Garante mira a impedire che i dati personali possano trasformarsi in una

[101] EDP, *Opinion on the proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, n. 4/2017: "The EDPS welcomes the intention of the legislator to make sure that the so-called "free services" are subject to same protection for the consumers when they do not pay a price for a service or content. However, personal data cannot be compared to a price, or money. Personal information is related to a fundamental right and cannot be considered as a commodity" (in https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf).

[102] C. CAMARDI, *Prime osservazioni* cit.

[103] R. FRAU, *Profili del consenso al trattamento dei dati personali per fini economici nell'esperienza italiana. Raffronti con la normativa spagnola*, in Resp. civ. e prev., 2010, 12, p. 259 ss.

[104] Invio di messaggi promozionali senza aver fornito l'informativa - 9 gennaio 2014 [2904350]. In tal senso v. anche Provvedimento inibitorio e prescrittivo nei confronti di AdSpray S.r.l. - 25 settembre 2014 [3457687]; Acquisizione del consenso per servizi on-line - 21 novembre 2013 [2830611]; Invio di messaggi promozionali via posta elettronica, in assenza di un consenso libero, specifico e documentato – 7 marzo 2013 [2406175]; E-mail promozionali: illecite senza consenso - 19 maggio 2011 [1823148]; Biglietti on line e marketing - 12 ottobre 2005 [1179604]; Telepass e libero consenso per finalità di marketing – 3 novembre 2005 [1195215]; Trattamenti di dati personali relativi a candidati al lavoro effettuati da un sito web - 5 dicembre 2013 [2865637], laddove si legge che "non si può ritenere libero il consenso reso in relazione allo svolgimento di attività di natura promozionale (da parte della società o di terzi) come pure per il tracciamento della navigazione dei soggetti registrati nel sito, considerato che a detto consenso la società ha subordinato la conclusione del procedimento di registrazione preordinato alla fruizione dei servizi resi".

ISSN 2036-7821

controprestazione contrattuale; ed infatti, come è stato osservato, "i provvedimenti [del Garante] riguardano sia casi in cui il servizio offerto all'interessato era gratuito, sia casi in cui invece il servizio era prestato a titolo oneroso. Nei casi di servizi a titolo gratuito, è particolarmente evidente che escludere che si possa richiedere il consenso per fini ulteriori significa negare che il consenso possa costituire una controprestazione. Il discorso non cambia in caso di servizi forniti a titolo oneroso, in cui pure la prestazione del consenso al trattamento dei dati potrebbe intendersi come componente di una controprestazione mista"[105].

Il suddetto orientamento, delineatosi già qualche decennio fa[106], parrebbe inserirsi nel solco tracciato dalla dottrina tradizionale, che, come innanzi visto (v. par. 2), per lungo tempo ha opposto resistenza al riconoscimento del valore economico dei dati personali, privilegiando una lettura incline ad esaltarne l'appartenenza ai diritti della personalità.

Nondimeno, è senza dubbio da escludere che la posizione del Garante prescinda da una nitida consapevolezza dell'avvenuta patrimonializzazione dei dati personali, anzi, verosimilmente, è proprio tale consapevolezza ad aver indotto interventi limitativi, preordinati ad evitare che, sdoganato lo sfruttamento economico dei dati personali nell'ambito dell'attività di impresa, possa aprirsi la strada anche alla loro conclamata mercificazione, che inevitabilmente conseguirebbe all'utilizzabilità dei dati personali come controprestazione per l'accesso ai servizi digitali.

In altri termini, se l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale relativa alla patrimonializzazione degli attributi della personalità non osta - anche da un punto di vista teorico - a che dei dati si possa disporre quale *asset* di impresa, la costituzione di un vero e proprio mercato dei dati personali in cui questi ultimi vengono utilizzati come nuova moneta di pagamento apre scenari ben più critici, non fosse altro perché - anche senza considerare l'incidenza, pure preoccupante, della condizione reddituale sulla scelta di tutela della *privacy* – si moltiplicherebbero esponenzialmente le esternalità negative di un modello economico profondamente impattante sui valori costituzionali.

Ed infatti, non è forse un caso che il Consiglio di Stato, nella pronuncia innanzi esaminata (Sez. VI, 29 marzo 2021 n. 2631), pur accogliendo la prospettazione dell'AGCM, si astenga - a differenza del giudice di primo grado - dal definire i dati personali come "possibile oggetto di compravendita", limitandosi a rinvenire la genesi della loro patrimonializzazione nello sfruttamento a fini commerciali da parte dell'azienda; si legge testualmente nella sentenza: "seppure si volesse aderire alla tesi

[105] 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, 2, p. 513 ss.

[106] V. provv. 22 febbraio 2007, doc. web n. 1388590; provv. 12 ottobre 2005, doc. web n. 1179604; provv. 3 novembre 2005, doc. web n. 1195215; provv. 15 luglio 2010, doc. web n. 1741998, provv. 19 maggio 2011, doc. web n. 1823148.

della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (…), costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali".
Ben più radicale appare la posizione dell'AGCM, che, come si è visto, nel qualificare i dati in termini "controprestazione non pecuniaria", sembra porsi in netta antitesi con l'indirizzo del Garante.
Le ragioni del divergente approccio vanno forse ricercate negli scopi di tutela perseguiti, eterogenei ma complementari.
Invero, nella ricostruzione dell'AGCM, il riconoscimento della "mercificazione" del dato personale non si configura tanto come la rassegnata presa d'atto di una realtà ormai inarrestabile, quanto, piuttosto, come l'imprescindibile presupposto per l'ampliamento dei rimedi a tutela degli utenti, estesi a quelli propri della normativa consumieristica.
Analogamente, anche il più rigoroso orientamento del Garante mira - seppure nel proprio perimetro di competenza - al potenziamento della tutela, essendo volto ad evitare che la scongiurata configurazione del dato personale come nuova "merce di scambio" possa pregiudicare la libertà del consenso al trattamento; lo si legge chiaramente nei suoi provvedimenti: "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 (…)"[107].
Ebbene, come si vedrà, un punto di convergenza tra le due impostazioni apparentemente inconciliabili, sembra possa essere colto nella normativa europea, segnatamente nel Regolamento europeo per la protezione dei dati personali, che, a certe condizioni, ammette lo scambio "servizi contro dati".

3.3 Gli spunti ricostruttivi offerti dal GDPR.
Invero, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 4 del GDPR: "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 dei dati personali non necessari all'esecuzione del contratto"; sicché - con un approccio meno rigoroso di quello adottato dal Garante per la privacy, per il quale – lo si è visto - condizionare la fornitura di un servizio al consenso al trattamento dei dati personali per finalità ulteriori esclude la libertà del consenso - il GDPR non preclude l'operazione

[107] Invio di messaggi promozionali senza aver fornito l'informativa - 9 gennaio 2014 [2904350] cit. V. anche Trattamenti di dati personali relativi a candidati al lavoro effettuati da un sito web - 5 dicembre 2013 [2865637] cit.

ISSN 2036-7821

negoziale "servizio contro dati", purché venga salvaguardata la libertà del consenso[108].

E così, diviene dirimente accertare in presenza di quali condizioni possa dirsi libero il consenso prestato per l'accesso ad un servizio digitale, allorché avente ad oggetto dati personali ulteriori rispetto a quelli necessari per la fruizione del servizio medesimo.

La questione è stata recentemente indagata dalla dottrina, secondo cui potrebbe attribuirsi rilievo a "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."[109].

In altri termini, qualora l'operatore economico subordini la fornitura di un servizio al trattamento dei dati personali per fini ulteriori rispetto all'esecuzione del contratto o alla cessioni di dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'esecuzione del contratto, il consenso al trattamento potrebbe considerarsi libero a condizione che il servizio sia reperibile anche altrove sul mercato, sia fungibile o non indispensabile.

A tal proposito è utile richiamare l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di legittimità, alla cui stregua "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", sicché "il condizionamento non [può] sempre e comunque essere dato per scontato e [deve] 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 (…)"[110].

Detta impostazione, pur esprimendo un *favor* per la commerciabilità dei dati personali, la consente solo nella misura in cui non finisca con l'inficiare la pienezza e libertà del consenso; per l'individuazione di siffatta misura vengono identificati i due parametri dell'"infungibilità" e dell' "irrinunciabilità" della prestazione offerta dal gestore del sito Internet.

---

[108] G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete* cit., p. 411 ss.: "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. 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 *iuris tantum* e non, invece, *iuris 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".

[109] G. RESTA, *I dati personali* cit., p. 70.

[110] Cass. civ., Sez. I, sentenza 2 luglio 2018, n. 17278, in Giur. it., 2019, 3, p. 530 ss.

Sicché, l'esito del bilanciamento tra istanze del mercato e salvaguardia dei valori personalistici finisce con l'annidarsi nell'interpretazione, più o meno estensiva, delle nozioni di "infungibilità" e "irrinunciabilità": è evidente, infatti, che dilatandone l'accezione si privilegia la libertà del consenso, e viceversa.
Quanto alla "fungibilità", la dottrina, anche alla luce delle conclusioni rassegnate dal Gruppo di lavoro Articolo 29, ha affermato la possibilità di considerare "fungibile" un servizio equivalente a quello fornito in cambio di dati, ma accessibile solo mediante controprestazione pecuniaria[111]; dunque, secondo la tesi in parola, il consumatore, potendo scegliere tra pagamento con i dati e pagamento in denaro, esprimerebbe – ove decidesse di optare per il primo - un consenso "libero".
Accogliendo tale opzione interpretativa, potrebbe però prodursi un discriminatorio "effetto di reddito"; ed infatti, richiamando le considerazioni proposte dalla dottrina a proposito del potere di potere di disporre del proprio corpo, ma non incompatibili con il discorso che si sta conducendo, "una completa delega al mercato potrebbe determinare, in questi casi, effetti discriminatori sia dal lato della domanda, poiché l'accesso alla risorsa verrebbe regolato prevalentemente sulla base del livello di reddito individuale, sia soprattutto dal lato dell'offerta, poiché è oltremodo evidente che questa verrebbe rappresentata esclusivamente dai soggetti più poveri, gli unici veramente incentivati ad entrare in mercati di questo tipo"[112].
In altri termini, la scelta tra controprestazione pecuniaria e controprestazione in dati finirebbe con l'essere pesantemente condizionata dalla condizione reddituale[113], con il conseguente evidente *vulnus* al principio di uguaglianza, che non può non presidiare anche la disciplina dei dati personali[114]; come è stato detto, emergerebbe "un nuovo sottoproletariato del digitale, un "Quinto Stato" formato da quanti siano

[111] S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali* cit., p. 143 rileva che: "In una prima edizione delle nuove linee guida sul consenso, il Gruppo di lavoro aveva affermato che «entrambi i servizi [quello subordinato e quello non subordinato al consenso al trattamento] devono essere genuinamente equivalenti, incluso senza ulteriori costi» (…). In un secondo momento il Gruppo di lavoro ha però ammorbidito la propria posizione, limitandosi a richiedere che «i due servizi [debbano] essere effettivamente equivalenti». Non è dunque più espressamente escluso che a rendere lecite le operazioni di *tying* sia la possibilità di accedere allo stesso servizio senza acconsentire al trattamento ma pagando una somma di denaro purché, chiaramente, si tratti di un corrispettivo congruo. L'effettività della scelta è garantita in questo modo dalla presenza di un'alternativa (non identica ma) equivalente".

[112] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 811-816.

[113] A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Baldini-Castoldi, 2019, p. 45 osserva che: "una sorta di monetizzazione della protezione dei dati rischia di produrre anche rilevanti discriminazioni di censo in ordine all'esercizio di un diritto fondamentale".

[114] S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità, Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in Riv. crit. Dir. priv., 1996, p. 600.

ISSN 2036-7821

disposti a cedere, con i propri dati, la libertà, in cambio dei servizi offerti in rete solo apparentemente "a prezzo zero" " [115].

Per vagliare il secondo parametro proposto dalla giurisprudenza, quello della "irrinunciabilità", è utile tenere in considerazione i moniti dell'autorevole dottrina secondo cui "non si può postulare una indifferenza del quadro tradizionale dei diritti al nuovo ambiente, tenendo fermi criteri ermeneutici pretecnologici"[116].

Sicché, muovendo da tale - senza dubbio condivisibile - prospettiva, la nozione di "irrinunciabilità" giunge inevitabilmente a confrontarsi con la rilevanza, sempre maggiore, che i servizi digitali rivestono in quasi ogni aspetto della nostra vita; emblematico il caso dei social network in grado di offrire "dirompenti opportunità comunicative ed interattive, sia a livello di comunicazione privata che sociale e politica"[117]. Di tal che, subordinarne l'accesso alla cessione di dati personali per finalità ulteriori come il trasferimento a terzi, potrebbe senza dubbio determinare quella coartazione del consenso che attraverso il parametro dell'irrinunciabilità la Cassazione mirerebbe ad evitare.

In definitiva, i criteri ermeneutici prospettati dalla giurisprudenza di legittimità si rivelano non dirimenti nel definire il bilanciamento tra libera circolazione dei dati personali e tutela della libertà del consenso.

3.4 Le coordinate interpretative emerse nel dibattito civilistico.

Sulla scorta del quadro normativo europeo, la dottrina si è attestata su posizioni inclini ad ammettere la configurabilità dei dati personali come controprestazione non pecuniaria per l'accesso ai servizi digitali, giungendo a prospettare un contratto tipo di "cessione dei dati personali" con clausole predeterminate, adottabile dalle piattaforme digitali in vista della fornitura del servizio[118].

---

[115] Garante per la Protezione dei Dati Personali, Relazione annuale per il 2018. Discorso del Presidente Antonello Soro, Roma, 7 maggio 2019 – p. 7 (in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9109221).

[116] S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa. Il nuovo codice della privacy*, in Eur. e dir. priv., 2004, 1, p. 5.

[117] S. SCALZINI, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in Giur. merito, 2012, 12, p. 2569. L'A. soggiunge che: "Il portato più significativo del Web 2.0 è sicuramente rappresentato dal fenomeno dei *social network*. Essi sono servizi della società dell'informazione definiti come «piattaforme di comunicazione on-line che consentono ad un utente di creare reti di utenti che condividono i suoi stessi interessi o di entrarne a far parte». Le funzioni comuni ai siti di *social network* sono di tipo identitario, relazionale e comunitario, in quanto consentono agli utenti di formare un «profilo» personale attraverso la comunicazione di alcuni dati personali, mettono a disposizione strumenti per la condivisione di materiale e permettono la socializzazione in rete attraverso svariate modalità di interazione con altri contatti. Il successo di queste «piattaforme» è dimostrabile su scala planetaria: da un punto di vista economico, essi rappresentano un modello di *business* emergente, appartenente alla c.d. *new economy*, che «conosce tassi di sviluppo che sono impensabili per le imprese che operano nel mondo "reale"»".

[118] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit. specifica che: "Disciplinare normativamente tale contratto non vorrebbe dire imporre al mercato l'adozione di questo strumento ma attribuire una regolamentazione allo scambio "servizio digitale contro dati personali". Le piattaforme digitali potrebbero

L'"approccio negoziale" ha l'indubbio pregio di regolamentare l'operazione contrattuale "servizi contro dati" incrementando i mezzi di tutela degli utenti[119]; ed infatti, dal dibattito emerso in seno alla dottrina civilistica, i cui esiti sono poi stati recepiti dalla giurisprudenza, emerge come i nuovi approdi in ordine alla qualificazione dei dati personali – attributi della personalità, ma anche controprestazione contrattuale – sottendano il chiaro intento di estendere i rimedi fruibili dagli utenti dei servizi digitali.

Segnatamente, come è stato detto, "si tratterà non di far prevalere la logica economica su quella della tutela dei diritti umani, ma di affiancare all'approccio morale quello negoziale, riconciliando i due aspetti rilevanti dello stesso fenomeno e completando il sistema delle tutele per l'interessato (…). Il dato personale potrà rivestire anche il ruolo di controprestazione pecuniaria al fine di considerare i relativi contratti di scambio come onerosi e applicare una normativa di maggior tutela per l'utente in termini di controllo, responsabilità, corretta informazione o in materia di pratiche commerciali", tuttavia "(…) riconoscere l'attitudine alla negoziabilità del dato personale non vuol dire e non vuole mettere in secondo piano l'approccio morale e il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Al contrario, vuole affiancarsi a questo al fine di dare una più ampia e complessiva tutela alla persona nell'ambito di un'economia in forte evoluzione"[120].

---

conformarsi o no a tale modello contrattuale, o anche solo recepirne alcune clausole, nella consapevolezza però che se decidessero di dotarsi di clausole totalmente difformi dal modello legale, quelle in contrasto sarebbero nulle per contrarietà a norma imperativa *ex* art. 1418 c.c.".

[119] In tal senso, anche G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., secondo cui l'applicazione dei rimedi a tutele del consumatore muove da una presa d'atto della realtà e dalla conseguente necessità "di sottoporre tali rapporti ad una disciplina non divergente da quella ordinaria, in particolare per quanto concerne i profili di tutela del consumatore".

[120] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit., secondo cui "parlare di commercializzazione dei dati personali non vuol dire sminuire l'importanza o negare la valenza di diritto fondamentale della protezione dei dati personali ma semplicemente completarne l'analisi prendendo in considerazione tanto le esigenze e tendenze del mercato tanto la tutela dei soggetti deboli (gli utenti) ed evitare abusi". Segnatamente, "l'individuazione di un approccio negoziale, oltre che morale, al trattamento dei dati personali porta con sé ovvie conseguenze applicative. Soprattutto, come già accennato, anche con riferimento a istituti di *data protection* come il consenso, l'approccio negoziale permetterebbe di azionare le tutele tipiche della contrattualistica, come i vizi del consenso o gli strumenti che tutelano dalle alterazioni del sinallagma contrattuale, ma anche alle tutele della disciplina consumeristica. Le prime norme che troveranno applicazione sarebbero quelle relative all'esatto adempimento del programma negoziale e quelle applicabili in caso di inadempimento di una delle parti, eventualmente anche quando il rapporto è mediato dalla presenza di una piattaforma digitale. L'approccio negoziale agevolerebbe la possibilità di far valere anche la responsabilità contrattuale, piuttosto che solo quella extracontrattuale, del titolare/professionista quando si intende agire in via giudiziale piuttosto (o parallelamente) alle tutele amministrative dinanzi le Autorità di settore . Ciò in vari casi tra i quali, per esempio, le violazioni della confidenzialità, integrità o disponibilità dei dati, rientranti nel generico concetto di sicurezza e costituenti ipotesi di c.d. *data breach*.
In aggiunta a quanto sopra, la Direttiva 2019/770 estende ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali in cambio dei dati personali il diritto dell'utente di chiedere il ripristino della conformità, la riduzione adeguata del prezzo, o la risoluzione del contratto (art. 14). Rimedi che ricalcano quelli ormai tradizionali previsti dalla disciplina consumeristica: ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero

La medesima prospettiva pare sottesa all'affermazione secondo cui "la tutela degli interessi fondamentali della persona non deve necessariamente essere perseguita attraverso un'irrealistica de-patrimonializzazione dei dati (e degli atti giuridici che ne determinano la circolazione), bensì attraverso un attento controllo dell'atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei valori incomprimibili della personalità"[121].
In altri termini, le coordinate tracciate dalla dottrina civilistica muovono dall'idea per cui la depatrimonializzazione dei dati personali sia obiettivo non perseguibile dal diritto, risolvendosi in una irrealistica inversione di processi sociali, economici e tecnologici ormai inarrestabili[122]; sicché la regolamentazione delle operazioni contrattuali sottese a siffatti processi sarebbe l'unica strada utilmente percorribile per la tutela dei diritti degli utenti.

4. Le implicazioni giuspubblicistiche della data economy.
Nondimeno, occorre forse chiedersi se i meccanismi di protezione offerti dalla normativa consumieristica siano davvero sufficienti a contrastare le implicazioni prodotte dalla *data economy*, che, in prima battuta, riguardano l'individuo in quanto "consumatore", ma, più nel profondo, investono la persona quale nucleo essenziale della società.

---

riduzione adeguata del prezzo o risoluzione del contratto (art. 130 c. cons.). Ancora, risulteranno applicabili le norme in materia di clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette — come di fatto già avvenuto — nonché, secondo una certa dottrina, la possibilità di applicare la disciplina in materia di sicurezza dei prodotti e responsabilità per danno da prodotto difettoso a quei servizi digitali non sicuri da un punto di vista di c.d. "*rischio privacy*".
Allo stesso tempo, il riconoscimento della possibilità di negoziare i dati personali aiuterà a individuare e meglio definire i mercati rilevanti di servizi che sfruttano i dati personali, soprattutto nei casi di offerta di servizi c.d. "a prezzo zero", e quindi facilitare azioni tipicamente *antitrust*, come l'analisi delle concentrazioni e l'abuso di posizione dominante. (…) Ancora, la creazione di un contratto tipo di cessione di dati personali aiuterebbe il giudice nella valutazione delle condizioni contrattuali stabilite dalle piattaforme digitali sia da un punto di vista di interpretazione delle stesse sia al fine di colmare le eventuali lacune o ambiti non disciplinati dalle condizioni contrattuali.
Ulteriore aspetto di non secondario rilievo sarà, infine, il fatto che così facendo si potranno attenuare le aspettative riposte su strumenti di tutela che non sempre si sono dimostrati all'altezza delle sfide. In particolare, sarà possibile attenuare l'afflato posto sugli obblighi informativi, la trasparenza e sull'onerare l'utente di un livello di diligenza forse eccessivo".

[121] Secondo G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso* cit., ne discende che: "Lo schema logico che si potrebbe costruire è il seguente: in generale il trattamento dei dati personali richiede il consenso espresso, ma esso ha — deve avere — delle finalità ben chiarite e proporzionate alle ragioni sottese al conferimento. Dunque, se configuriamo i dati personali come il corrispettivo del servizio (o, all'opposto, l'oggetto del rapporto visto dal lato dell'operatore) possiamo immaginare che tutto il rapporto — che abbiamo visto essere di durata — si fonda su un consenso che potrebbe definirsi non meramente autorizzativo (come solitamente facciamo con riguardo all'uso degli attributi della personalità), ma anche negoziale, ovverosia costitutivo di relazioni giuridiche a contenuto patrimoniale. Ciò non toglie, come si diceva, che tali relazioni siano disciplinate dalla legge al fine di salvaguardare i particolari valori coinvolti"

[122] G. RESTA, *I dati personali* cit., p. 80.

Si è visto che l'afferenza dei dati personali agli attributi della personalità, di per sé, non osta alla loro mercificazione, in quanto l'evoluzione del contesto socio-economico, la prassi negoziale, nonché i più recenti approdi dottrinali e giurisprudenziali hanno progressivamente aperto alla possibilità di disporre per via negoziale degli attributi immateriali della persona ed è peraltro significativo che, così come sta avvenendo per i dati personali, anche per il nome e per l'immagine "le possibilità di scambi negoziali incidenti su attributi della personalità (…) oggettivamente limitate per la presenza di diversi vincoli di ordine culturale o tecnologico" si siano poi affermate "sotto la pressione dell'alleanza tra capitale e scienza, la quale ha sensibilmente allargato la frontiera del tecnicamente possibile"[123].
Sicché, per i dati personali potrebbe delinearsi il medesimo percorso ermeneutico tracciato per il diritto al nome e all'immagine: se si considera il dato quale elemento identificativo della persona, viene in rilievo la dimensione "esistenziale" e la correlata pretesa a non subire interferenze non autorizzate; se si attribuisce rilevanza al valore economico del dato, emerge il potere di disporne, anche per via negoziale.
Nondimeno, lo sfruttamento economico dei dati personali mediante le più evolute tecniche di IA determina implicazioni del tutto nuove, incomparabili a quelle derivanti dalla patrimonializzazione di attributi della personalità come il nome e l'immagine, atteso che il modello di mercato spesso descritto con l'espressione economia *data driven*, si espande a detrimento di taluni diritti fondamentali e principi cardine del nostro ordinamento.
In particolare, i dati personali ceduti dagli utenti del web vengono elaborati dagli algoritmi per essere trasformati in previsioni comportamentali che assurgono a risorsa economica suscettibile di scambio sul mercato secondario nel sistema delle piattaforme a doppio versante.
Dunque, in quello che è stato icasticamente definito "capitalismo della sorveglianza", la raccolta massiva di dati è preordinata all'elaborazione di predizioni sui comportamenti degli utenti del web da rivendere a chiunque sia interessato, sovente inserzionisti; e poiché che la certezza della predizione, vale a dire la certezza del guadagno, diviene l'obiettivo da perseguire attraverso l'affinamento delle tecniche di condizionamento dei comportamenti[124], i "mercanti dell'attenzione", come sono stati definiti, "catturano la nostra attenzione fornendoci informazioni gratuite, servizi e intrattenimento, e rivendendo poi la nostra attenzione alle aziende inserzioniste"[125].
Sul punto, l'Agenzia europea per i diritti fondamentali, nel recente rapporto "Artificial intelligenze and fundamental right" (2020), ha rilevato che: "The availability of data about online individual behaviour combined with machine learning technologies have considerably improved the ability of commercial

[123] G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 92.
[124] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2018, p. 314.
[125] Y.N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018, p. 116.

ISSN 2036-7821

enterprises to target individuals. This could even go as far as manipulating consumers by predicting their reactions based on irrational aspects of psychology and not reasoned choice. (…) The word 'advertising' is associated with messages designed to influence consumer behaviour. Advertising in one form or another has always targeted specific groups based on their characteristics and behaviour. The growth of social media, however, has taken targeted advertising to another level, using direct access to consumer data. Micro-targeting is directed towards very specific groups – and the more data that is gathered through online activities, the more targeted these activities can be. As social media providers and platforms like Google or Amazon gather comprehensive user data by monitoring the various activities of their users, advertisers can access more detailed and specific information"[126].

Peraltro, la profilazione e la personalizzazione dei contenuti informativi possono non solo incidere sulla sfera individuale impedendo il pieno e libero sviluppo della personalità, ma anche intaccare valori costituzionali consolidati, come quello del pluralismo informativo, e specie quando utilizzate a fini politici, generare preoccupanti derive antidemocratiche[127]. Paradigmatica in tal senso si rivela la nota vicenda *Cambridige Analytica*[128], rappresentazione empirica delle implicazioni politiche suscettibili di derivare dall'utilizzo del *microtargeting* per finalità non commerciali[129] o di tecniche sostanzialmente manipolatorie come *l'astroturfing*, che consiste in una sorta di "pubblicità occulta sotto forma di falsi commenti, opinioni, *reviews* (recensioni), su *social networks*, *forum* e *blog*, inclusi gli apprezzamenti mediante l'uso del tasto *I like* su Facebook"[130].

---

[126] Reperibile in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf

[127] T.E. FROSINI, *Internet e democrazia,* in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2017, 4-5, p. 657 ss. riporta, a tal proposito, dati molto significativi: "Questo dipenderebbe dai *like* che mettiamo sui *social*, come per esempio *Facebook* o *Twitter*. Perché ogni *like* che lasciamo sui *social* sarebbe un tassello in un'autoschedatura volontaria di massa, che finirebbe con offrire opportunità e poteri a chi vuole orientare le opinioni. Studi condotti da psicologi, peraltro, sostengono che bastano sessantotto *like* di un utente *Facebook* per individuare il colore della sua pelle (con precisione pari al 95%), l'orientamento sessuale (88%) e quello politico (85%). Da questi studi sono nate società di ricerche, come *Cambridge Analytica*, le quali guardando e monitorando le pagine *Facebook* mettiamo a gennaio, sono in grado di prevedere cosa voterai a novembre".

[128] In quel caso i dati di milioni di utenti di Facebook sono stati utilizzati per condizionare le elezioni presidenziali americane del 2016 (v. le osservazioni di L. CASINI, *Lo stato nell'era di Google*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2019, 4, p. 1111 ss.). A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, 2019, 1, p. 70 ricorda anche il caso, recentemente sottoposto all'attenzione dell'opinione pubblica da un un'inchiesta del New York Times, con cui si è dimostrato che tramite la creazione di numerosi account Facebook e la successiva diffusione di notizie false, il governo militare del Myanmar è riuscito a provocare una campagna di violenza nei confronti della popolazione musulmana Rohingya, conclusasi con un vero e proprio genocidio.

[129] Sul *microtargeting* per fini politici v. le riflessioni di S. BONAVITA, *La profilazione e il micro-targeting*, in G. CASSANO, S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, p. 398-399 che richiama le considerazioni di P. CIARLO, secondo cui "il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto".

[130] D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in Il diritto industriale, 2012, 6, p. 555.

ISSN 2036-7821

Dunque, sebbene il condizionamento dell'informazione e dell'opinione pubblica, per finalità commerciali e non, siano fenomeni non certo nuovi – basti pensare alla pubblicità commerciale[131] nonché, sul versante politico, ai dibattiti sorti in seguito al superamento del monopolio televisivo statale e alla conseguente necessità di regolamentare la propaganda elettorale a fini di *par condicio*[132] - pare che nell'odierno scenario digitale i pregiudizi possibili siano ben più pregnanti, per almeno un triplice ordine di macro-fattori: l'enorme mole di dati personali quotidianamente sversati in rete, la sofisticatezza dei moderni sistemi elaborazione dei dati e la posizione di monopolio dei cd. Over the top (su tutti, Google, Facebook, Amazon[133]).

4.1 Dalla tutela individuale del "consumatore" alla necessità di politiche pubbliche per la tutela della "persona" come nucleo essenziale della società.

Ebbene, è in siffatte dinamiche che si annida il problema della tutela della persona, sicché, se anche – come auspicato dall'AGCM e dalla più recente giurisprudenza amministrativa - l'utente fosse edotto del valore economico dei dati ceduti per l'accesso ai servizi digitali, ciò non sarebbe idoneo a scongiurare i pericoli insiti in un modello di mercato che sfrutta i dati nelle modalità anzidette.

---

[131] In generale, sull'argomento v. E. APA, ***La*** *pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Roma, 2011.

[132] T.E.FROSINI, *Internet e democrazia* cit., a tal proposito, osserva che: "Quando si ruppero le incrostazioni stataliste del monopolio statale televisivo, consentendo che anche i privati fornissero informazione (e spettacolo) attraverso le reti televisive, e quindi si procedette a forme di liberalizzazione dell'etere, esplose il tema del cd. *video power*. E quindi, il timore che la televisione potesse diventare, in mano ai privati, uno strumento di potere in grado di orientare, ovvero manipolare, le scelte politiche della cittadinanza. Ci scrisse un saggio Giovanni Sartori, e fu uno dei primi. (…) Nella convinzione che la videopolitica — come argomentava Sartori — converte l'elezione in un evento altamente fortuito, dove il vincitore è il risultato di un *match* televisivo determinato prevalentemente dall'aspetto (la faccia che piace) e affidato a *flashes*, a messaggi persuasivi, di dieci secondi. Da qui, poi, l'esigenza di regolare la propaganda elettorale televisiva riducendola in modi e tempi dettati dalla *par condicio*. Non entro nel merito ma ribadisco le mie riserve sulla compressione del *free-market ideas*. Se ieri era il video potere, che rischiava di minare le fondamenta della democrazia, secondo un'opinione che all'epoca si era diffusa, oggi le stesse critiche e riserve vengono rivolte al cd. *Internet power*. Ecco perché ho parlato di corsi e ricorsi storici". Ed infatti, secondo B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2020, 1, p. 109 ss., "si potrebbe valutare l'attività delle piattaforme digitali alla stregua dei tradizionali mezzi di comunicazione. Ciò permetterebbe di richiamare la consolidata disciplina della *par condicio* in ambito informativo già ben esplicitata dalla Corte Costituzionale in materia televisiva. Al fine di renderla efficace sarebbe poi necessario sviluppare una nuova regolamentazione dedicata specificatamente alle comunicazioni politiche online. Con la esigenza di garantire il pluralismo informativo nei periodi elettorali, i compiti di controllo e intervento potrebbero essere poi affidati alla competenza di una esclusiva autorità indipendente. Una soluzione questa che potrebbe rivelarsi comunque inadeguata rispetto al carattere transnazionale delle comunicazioni digitali e che forse richiederebbe un intervento di regolamentazione di livello almeno europeo".

[133] "La prima, *Google*, domina il proprio settore con una quota di mercato dell'88% nel *search advertising* (pubblicità su motori di ricerca); la seconda, *Facebook* (e le sue controllate: *Instagram*, *WhatsApp* e *Messenger*) possiede il 77% del traffico dei *social network* su dispositivi mobili e, infine, la terza, *Amazon*, ha una quota del 74% nel mercato dell'*e-book*. In termini economici classici, tutte e tre sono dei monopoli". I dati sono tratti da: T.E.FROSINI, *Internet e democrazia* cit.

Invero, la forza del singolo, che si estrinseca anche nell'autonomia contrattuale di cui dispone nella relazione con i fornitori dei servizi digitali, è evidentemente insufficiente, vieppiù perché, come si è cercato più volte di rimarcare, i pregiudizi derivanti dalla sostanziale mercificazione dei dati personali non emergono in tutta la loro portata collocandosi nella prospettiva della *privacy* individuale, ma solo acquisendo consapevolezza del complessivo impatto sulla società[134]; ed infatti, "se da un punto di vista tecnico gli algoritmi sono strumenti per estrarre valore dai dati, passando dalla prospettiva sociale, tali tecnologie costituiscono processi decisionali automatizzati in grado di influenzare lo sviluppo sociale e, in particolare, i diritti degli individui"[135].

Sulla scorta di ciò, è stato condivisibilmente rilevato che: "l'approccio tradizionale in materia di analisi e gestione del rischio nel contesto della tutela dei dati personali (…) caratterizzato dall'attenzione rivolta prevalentemente alla dimensione individuale e, in particolare, alla tutela della riservatezza e delle informazioni inerenti al singolo interessato (…) se trovava la propria giustificazione nello scenario tecnologico esistente al momento dell'introduzione delle prime normative in materia di tutela dei dati personali, non sembra adattarsi, invece, alle esigenze derivanti dall'attuale contesto tecnologico e informatico, ove la presenza di innovazioni sempre più complesse costringe a riflettere sulla necessità di valutare i nuovi potenziali pregiudizi che possono derivare dall'uso dei dati"[136].

La progressiva acquisizione di tali consapevolezze ha indotto la dottrina a porre in dubbio l'efficacia della normativa europea, che, sebbene nel considerando n. 75 e nell'art. 35, faccia espresso riferimento alla necessità di tutelare diritti ulteriori rispetto a quello alla protezioni dei dati personali – quali la libertà di movimento, di pensiero, di coscienza e di religione o, ancora, la libertà da discriminazione – non individua strumenti sufficienti a fronteggiare i pregiudizi derivanti dallo sfruttamento dei dati[137].

---

[134] Secondo A. PENTLAND, *Prefazione*, in C. ACCOTO, *Il mondo dato. Cinque brevi lezioni di filosofia digitale*, Milano, 2017, p. 11: "Siamo sul punto di reinventare ciò che significa essere una società umana".

[135] G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei personali e big data* cit., p. 458.

[136] M.S. ESPOSITO, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2019, 4, p. 1071 ss.

[137] *Ibidem*. L'A. evidenzia come "Una maggiore e più operativa presa di coscienza di queste istanze è emersa, invece, sia nelle più risalenti indicazioni in materia dell'Article 29 Data Protection Working Party sia, in particolare, a livello di Consiglio d'Europa, laddove un ruolo di sicuro rilievo per una valutazione più ampia del concetto di rischio dev'essere senz'altro riconosciuto alle linee guida sui *big data* recentemente adottate. Invero, proprio tali linee guida — dopo aver posto in luce i nuovi e diversi profili di criticità sollevati dalle forme di trattamento basate sull'analisi di grandi quantità di dati — sollecitano una valutazione dei rischi che tenga altresì conto della dimensione collettiva dell'uso delle informazioni, nonché delle conseguenze che possono derivare sotto il profilo etico e sociale. Particolare rilevanza riveste, inoltre, l'accento posto sulla natura contestuale dei valori etici e sociali, rispetto alla quale le linee guida suggeriscono una valutazione di rischio incentrata non solo sui principi espressi dalle carte internazionali dei diritti e delle libertà fondamentali, ma anche sui valori diffusi all'interno delle singole comunità".

Un panorama siffatto desta preoccupazioni che si acuiscono se solo si considera come tali dinamiche si sviluppino nella quasi totale inconsapevolezza dei soggetti che le alimentano cedendo i propri dati[138].

Invero, gli algoritmi sono affetti da un deficit di trasparenza[139] (cd. opacità degli algoritmi[140]) connaturato alla complessità che li connota, tale da rendere pressoché impossibile per l'interessato l'acquisizione di una piena consapevolezza, non solo del trattamento, ma soprattutto delle conseguenze, anche collettive, suscettibili di derivarne.

A ben guardare, il deficit informativo è acuito dallo squilibrio[141] intercorrente tra le parti del rapporto: da un lato, i giganti del Web (Facebook, Google, ecc.) e, dall'altro,

---

[138] F. FAINI, *Data society* cit., p. 394: "gli utenti cedono dati personali e li scambiano per ottenere vantaggi: non sono forzati, ma in libertà (non autentica) si fanno sorvegliare, ritenendo ragionevole il prezzo da pagare a fronte di ciò che viene offerto, inconsapevoli dei rischi e delle conseguenze potenziali".

[139] Il tema è ormai ampiamente discusso; si veda, ad esempio, T. CERQUITELLI, D. QUERCIA, F. PASQUALE, *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, New York, 2017; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret alghoritms that control money and information*, Cambridge-London, 2015; B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY, *Discriminations and privacy in the information society*, Heidelberg, 2013.

[140] E. PELLECCHIA, *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, 5, p. 423 individua molteplici accezioni di "opacità" degli algoritmi: "alla opacità intenzionale (giustificata in termini di segreto industriale e vantaggio concorrenziale) si affiancano una opacità tecnica (espressione dell'alta specializzazione necessaria per "decifrare" un algoritmo, operazione possibile solo per soggetti particolarmente esperti) e una opacità che discende dal processo di autoapprendimento e implementazione dell'algoritmo stesso (secondo logiche ignote anche ai suoi sviluppatori)". Sul punto, P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AII)*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2020, 1, p. 261 rileva che: "Il diritto amministrativo, voglio dire, ha scoperto con enorme anticipo rispetto alla *Data Science* il concetto di "*black box*", e col tempo ha elaborato argomenti, discipline normative e tecniche che l'hanno sempre più spinta a trasformarla in una "*glass box*" ", sicché "l'apporto delle scienze giuspubblicistiche alle evoluzioni della *data science* sul versante dell'intelligenza artificiale sembra più perspicuo di quanto possa esserlo quello delle discipline privatistiche, fisiologicamente meno attente al predecisionale, per lo più rimesso all'autonomia privata, e dunque di norma privo di rilevanza giuridica". Inoltre, "una delle missioni in cui sembra impegnata la *Data Science* è quella che va sotto il nome di *Explainable AI* (XAI), un approccio che lavora a rendere conoscibili, spiegabili e comprensibili le decisioni automatiche. E' veramente interessante notare come i *data scientists* descrivono i motivi per cui una *Explainable AI* sia necessaria, e quali siano i temi implicati dal loro lavoro al riguardo: si tratta, in breve, del medesimo materiale trattato per decadi dagli studi di diritto amministrativo in ordine ai principi connessi all'obbligo di motivazione, alla trasparenza, alla ragionevolezza, che hanno sviluppato sofisticatissime conoscenze e pratiche, che riguardano non solo i fondamenti, i moventi, i rischi involti in quegli ambiti, ma si sono spinti ad osservare, discutere, e regolare, la struttura di quegli oggetti, gli scheletri che li costituiscono, e che perciò possono essere manovrati in modo da indurre comportamenti, decisioni, atti, e revisioni dei medesimi. Questi domini sembrano proprio quelli su cui si appuntano gli sforzi rivolti alla XAI".

[141] Secondo V. CARIDI, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2001, p. 769: "si tratta di un mercato singolare, in cui ad una "domanda" consapevole e mirata si contrappone una "offerta" nella migliore delle ipotesi caratterizzata dall'inconsapevolezza di cedere un prodotto avente valore economico (…) ovvero, nelle ipotesi più gravi ed ancora purtroppo frequenti, caratterizzata dalla totale inconsapevolezza di cedere dati personali (…). Un mercato, dunque, falsato a cagione del fatto che la circolazione del prodotto avviene sulla base delle sole esigenze di una parte e non in base al suo fisiologico funzionamento che prevede, invece, il libero e cosciente confronto dei protagonisti della domanda e dell'offerta".

ISSN 2036-7821

l'utente, che sovente può accedere ai servizi digitali solo prestando il consenso al trattamento dei propri dati[142] e che, come dimostrato da recenti studi[143], usualmente non legge le informative e acconsente al trattamento con superficialità[144], soprattutto perché, data la complessità dei servizi cui si accede, le informative[145] presentano un

[142] A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2019, 2, p. 442 ss. sul punto osserva che: "la monetizzazione dei dati personali non avrebbe in sé nulla di disdicevole né di giuridicamente illecito, a condizione che il consenso in oggetto rappresenti una effettiva espressione dell'autodeterminazione informativa".

[143] Sul punto, molto interessanti si rivelano i dati riportati da L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2020, 2, p. 303 ss.: "Di recente, uno studio (v. *Litman - Navarro, We read 150 privacy policies. They were an incomprehensible disaster*, (2019) The New York Times, https://www.nytimes.com) ha analizzato le informative *privacy* delle principali piattaforme di tecnologia e media del mondo, rilevandone la lunghezza e la complessità del testo; in particolare, è emerso che la maggioranza di queste informative ha un livello di difficoltà di lettura che implica un elevato grado di conoscenza, appannaggio di chi ha svolto studi universitari. A ciò si aggiunge che, secondo la più recente indagine di alfabetizzazione condotta dal *National Center for Education Statistics*, oltre la metà degli americani potrebbe avere difficoltà a comprendere testi così densi e lunghi; ciò implica che una parte significativa dell'economia di raccolta dei dati si basa sul consenso prestato a documenti complessi che molti americani non riescono a capire. Tale esigenza emerge con maggiore evidenza laddove i *software* ed i *device* — come spesso accade — raccolgono i dati anche per finalità ulteriori rispetto a quelle strettamente necessarie all'erogazione del servizio (es. *marketing*, miglioramento dei propri sistemi, raccolta di *big data* per analisi), richiedendo spesso dati non strettamente necessari, in contrasto col principio di minimizzazione sancito dal GDPR, sicché emerge l'esigenza di rendere consapevoli gli utenti di quali siano le finalità di quel trattamento e quali i dati effettivamente necessari per l'erogazione del servizio, nonché la destinazione di tutti i dati ulteriori che vengono raccolti".

[144] G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione* cit.

[145] In ordine all'importanza dell'informativa per l'acquisizione del consenso, si segnala il recente intervento ("Ordinanza ingiunzione nei confronti di Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano - 16 settembre 2021 [9703988]) con cui il Garante per la protezione dei dati personali, dopo aver chiarito l'incompletezza di un'informativa con un link di collegamento ipertestuale a pagine contenenti informazioni generiche, nonché la necessità di specificare i tempi di conservazione dei dati personali, ha statuito: "La necessità di assicurare la correttezza e la trasparenza del trattamento impone che l'interessato sia "informato della esistenza di una profilazione e delle conseguenze della stessa" (cons. 60 del Regolamento) e che, indipendentemente dagli specifici obblighi di trasparenza applicabili al processo decisionale automatizzato (artt. 13, par. 2, lett. f), e 14, par. 2, lett. g) del Regolamento), l'importanza d'informare gli interessati delle conseguenze del trattamento […] e il principio generale secondo cui questo trattamento non dovrebbe cogliere di sorpresa l'interessato si applicano parimenti alla profilazione in generale, non solo a quella descritta all'articolo 22". Sul punto, il Garante richiama l'importante pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I, ord., 25 maggio 2021, n. 14381 (reperibile in https://www.altalex.com/documents/news/2021/06/07/sistemi-automatizzati-per-consenso-serve-trasparenza-algoritmo) che, confermando un precedente provvedimento del Garante, ha statuito: "in tema di trattamento dei dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati". Per un commento alla sentenza v. F. PAOLUCCI, Consenso, intelligenza artificiale e privacy. Commento a: Corte di Cassazione, sez. I Civ. – 25/05/2021, n. 14381, in medialws.eu - 16 giugno 2021; G. SCORZA, *L'algoritmo deve essere trasparente, la Cassazione rilancia il GDPR*, in *Agenda Digitale*, 26 maggio 2021.

livello di difficoltà talmente elevato da rendere il consenso informato una garanzia di dubbia efficacia[146]; come è stato detto, "un istituto nato per tutelare la dimensione personale è divenuto una finzione e, anzi, si è trasformato nel mezzo più efficace per penetrarla e per esporci quotidianamente alla profilazione di ogni nostra dimensione e attività"[147].

Peraltro, occorre forse chiedersi se attraverso il consenso informato, concepito come meccanismo di tutela individuale del diritto alla protezione dei dati personali e dei beni giuridici ad esso correlati, si possa acconsentire – anche in modo pienamente consapevole - a trattamenti di dati personali incidenti su diritti, come quello al pluralismo dell'informazione, la cui garanzia e il cui esercizio assumono rilevanza ultraindividuale condizionando sensibilmente il libero esplicarsi delle dinamiche democratiche.

In tal senso, è utile richiamare gli spunti già emersi in dottrina, che, oltre ad evidenziare la necessità di concepire il diritto alla protezione dei dati personali in ottica collettiva, e non più solo individuale[148], ha altresì richiamato l'attenzione sulla possibilità di distinguere le problematiche sottese all'elaborazione algoritmica dei nostri dati.

Segnatamente, muovendo dall'analisi del fenomeno della *filter bubble*, si è osservato che "la distinzione tra una bolla a fini informativi e commerciali e una bolla a fini

---

[146] L.GATT, R.MONTANARI, I.A.CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività di tutela dei dati personali*, in Pol. dir., 2017, 2, p. 363 ss.

[147] C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in BioLaw journal-Rivista di biodiritto, Special issue, 2019, 2, p. 719; *idem*, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, Speciale/2019, p. 107 osserva altresì che: "Le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT: *Information and Communication Technology*) paiono costituire il terreno paradigmatico entro il quale il consenso informato mostra tutte le sue debolezze; debolezze che lo hanno condotto ad una trasformazione di senso, tanto da essersi convertito da strumento a tutela della riservatezza della persona a mezzo attraverso il quale quotidianamente esponiamo i nostri dati a chiunque ci fornisca un servizio attraverso internet. È dato evidente, ad esempio, come ognuno di noi accetti le condizioni contrattuali legate alle applicazioni per i cellulari o per i computer senza nemmeno considerare la lettura delle stesse. La categoria giuridica del consenso informato, insomma, è divenuta una mera finzione che, con il nostro consapevolmente disinformato accordo, ci espone quotidianamente ad essere profilati in ogni nostra dimensione e attività". A tal proposito S. BONAVITA (a cura di), *La profilazione e il micro-targeting* cit., p. 398 rileva che: "il linguaggio utilizzato dalle informative privacy è spesso standardizzato e generico al punto da rendere estremamente difficoltoso comprendere pienamente quali siano i dati raccolti, a quali processi siano sottoposti, quali siano le finalità e le conseguenze di tale trattamento. In tale contesto, infatti, sorgono due problemi: da un lato l'utilizzo di un linguaggio troppo tecnico renderebbe difficoltosa la comprensione da parte del pubblico; dall'altra parte però le informazioni fornite dalle piattaforme spesso non sarebbero comunque sufficienti a trasmettere una conoscenza significativa neanche se a leggerle fosse un esperto di diritto alla protezione dei dati personali".

[148] V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datification* cit.: "l'analisi deve trascendere la dimensione personale del dato, che, intercettato nella circolazione globale dei *Big Data Analitycs*, pone in evidenza la necessità di una dimensione collettiva della protezione degli stessi, che miri a tutelare i soggetti nella qualità di «aggregati, rispetto a potenziali forme discriminatorie o invasive di trattamento dei dati che colpiscono una data categoria di individui in quanto tale e, conseguentemente ed indirettamente, i singoli che vi appartengono»". Sul punto, v., altresì F. FAINI, *Data society* cit. p. 410 ss.

politici riveste una particolare importanza anche al fine di individuare le diverse problematiche che a ciascuna figura sono sottese. Mentre infatti la bolla a fini commerciali investe il problema della tutela dell'identità digitale e della *privacy* (…) la bolla a fini politici mostra la sua intrinseca pericolosità in quanto incide negativamente sulla formazione della coscienza collettiva e politica, rappresentando uno strumento di annientamento della democrazia e in generale della coscienza individuale"[149].

Ebbene, per quanto, in realtà, anche la profilazione per finalità commerciali finisca col produrre conseguenze ultraindividuali nella misura in cui concorre a delineare una società standardizzata e profondamente permeata dalle classificazioni algoritmiche, la consapevolezza che non si possa, e forse neppure sia del tutto auspicabile, tornare indietro, ma, al contempo, la necessità di salvaguardare i valori cardine di un ordinamento democratico, potrebbero indurre a rinvenire una soluzione di compromesso proprio nella diversa considerazione delle finalità sottese al trattamento dei dati.

In altri termini, se il consenso informato può forse ancora assurgere a strumento di autodeterminazione della propria sfera giuridica a fronte di trattamenti preordinati a finalità commerciali, si potrebbe probabilmente dubitare che ciò debba valere anche per quei trattamenti volti al condizionamento dell'informazione, soprattutto se di tipo politico, rispetto ai quali sarebbero auspicabili politiche pubbliche più restrittive.

In particolare, il valore della dignità[150], espressamente individuata dall'art. 41, comma 2 Cost. come limite allo svolgimento delle attività economiche e definita "inviolabile" dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[151], potrebbe costituire il parametro alla cui stregua vagliare i limiti alla capitalizzazione dei dati personali ed eventualmente ridimensionare la libertà individuale "in funzione della tutela di beni diversi da quelli che fanno capo in via esclusiva alla persona"[152], ancor

[149] M. BIANCA, La *filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in Medialaws. Rivista di Diritto dei Media, 2019, 2, p. 7.

[150] L'art. 2 del Codice della privacy, nel solco del previgente art. 1, comma 1 della L. n. 675/1996 espressamente richiama il concetto di dignità, laddove: "garantisce che il trattamento dei dati personali si svolge nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali". Sul valore della dignità quale limite all'utilizzo delle moderne tecnologie riflette M. VIGGIANO, *"Navigazione" in internet e acquisizione occulta dei dati personali*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2007, 2, p. 354 ss.

[151] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 828 evidenzia come la norma imponga all'UE e agli Stati membri non solo un dovere negativo di astensione, ma anche un dovere positivo di azione, che "consiste tanto nell'apprestare le condizioni perché la dignità possa essere materialmente realizzata (…) quanto nell'evitare che questa subisca violazioni da parte dei poteri pubblici come da parte di altri soggetti privati".

[152] L. ANZANI, *Identità* cit., p. 211. L'A. chiarisce infatti che "la clausola della dignità non è collocabile nel catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali, perché ad essa sono estranee le categorie del 'consenso' e della 'disponibilità': la garanzia costituzionale della dignità, infatti, è assoluta e non suscettibile di bilanciamento così

ISSN 2036-7821

più se si ritiene che la libertà sia uno degli attributi della dignità e non viceversa[153]. In altri termini, in un caso come quello in esame, in cui "la decisione di un individuo circa la possibilità di elaborare i propri dati ricade inevitabilmente su altri producendo degli effetti di rete"[154], il principio di dignità, in uno a quello solidaristico, imporrebbe di salvaguardare forzosamente un bene individuale correlato a beni rilevanti per la collettività[155].

Segnatamente, ai fini del discorso che si sta conducendo, a venire in considerazione sarebbe il valore costituzionale della dignità sociale[156], la cui garanzia sottende la "preoccupazione di evitare la produzione di effetti sull'intera collettività o su singole sue componenti"[157].

Proprio alla luce di quest'ultimo rilievo, parrebbe poco condivisibile quell'impostazione dottrinale che, incline ad ammettere la commercializzazione dei dati personali, dà atto dell'esigenza di tutelare il singolo in ottica collettiva e ricerca una posizione di sintesi proponendo di sottoporre a maggiori restrizioni la negoziazione dei soli dati sensibili "soprattutto se trattati con modalità

---

da costituire un preciso limite per i diritti e le libertà fondamentali, anche in funzione della protezione del singolo".

[153] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 833 prospetta una duplice opzione: se la dignità viene concepita come uno degli attributi della libertà (modello procedurale e soggettivo), non potrà essere opposta alla persona per limitare la sua libertà; se invece, è la libertà ad essere concepita come uno degli attributi della dignità (modello sostanziale ed oggettivo), il rispetto della dignità umana è idoneo a giustificare la limitazione della libertà.

[154] Così, A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici* cit. Invero, "dovendosi considerare il tema della *privacy* come parte integrante della più generale dimensione della garanzia dei diritti civili e dell'organizzazione della democrazia, gli interessi in questione non sono riducibili alla sfera individuale" (in termini, S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa. Il nuovo codice della privacy*, in Eur. e dir. priv., 2004, 1, p. 5). Sul punto, risultano certamente condivisibili le considerazioni di F. FAINI, *Data society* cit., p. 410- 413., secondo cui "si configura la necessità di una protezione collettiva, capace di limitare anche il diritto individuale del singolo, proprio in relazione al fatto che i suoi atti dispositivi hanno effetto anche sugli altri consociati: ogni consenso al trattamento dei dati aumenta il dominio di pochi centri di potere sul governo dei dati e, in tal modo, reca un pregiudizio alla collettività". Pertanto, "si tratta di delineare una limitazione del potere individuale e la corrispettiva introduzione di uno strumento di negoziazione collettiva in merito al governo dei dati: muterebbe in tal modo l'esercizio delle prerogative connesse ai diritti, al fine di proteggere due beni di rilevanza collettiva, l'uguaglianza sostanziale nel godimento degli stessi, che inevitabilmente sfuma negli equilibri economici, informativi e di potere, e l'autodeterminazione informativa della collettività, che può arrivare a limitare posizioni giuridiche individuali, capaci altrimenti di creare effetti negativi anche su terzi e sulla comunità". L'A. soggiunge che: "sotto la lente della protezione dei dati personali, questo si traduce nell'interpretazione dei diritti coinvolti nel governo dei dati quali libertà collettive e nella deroga conseguente alla libertà negoziale del singolo, vietando per mezzo di norme imperative all'autonomia negoziale alcune operazioni anche se il consenso sussiste o imponendole anche se manca".

[155] A tal proposito, G.PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in Politica del diritto, 2003, 1, p. 46-47 evidenzia il rischio che la clausola di dignità, come tecnica di controllo dell'autonomia privata, sebbene volta a garantire l'identità e l'autodeterminazione della persona, si trasformi in uno "strumento di normalizzazione dei comportamenti e d'imposizione dei valori dominanti in un certo ambiente sociale".

[156] V. M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, p. 67 ss.

[157] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 841-842.

ISSN 2036-7821

particolarmente impattanti sui diritti degli interessati, come il riconoscimento facciale". Invero, tale posizione - sebbene condivisibile laddove riconosce che "a ben vedere, la preoccupazione della "vendita" di dati personali non sarebbe diretta solo a tutelare una parte considerata debole (…) ma guarderebbe ad una platea più ampia tutelando non tanto il singolo ma lo stesso in un'ottica collettiva" - sembrerebbe però tradire l'intento perseguito – "evitare la commercializzazione della persona come parte della società"[158] – allorché omette di considerare che siffatto deprecabile esito può ben realizzarsi anche attraverso l'elaborazione di dati personali comuni, proprio perché a dover essere presa in considerazione non è l'intrusività del trattamento nella sfera individuale, bensì l'impatto sui singoli quali componenti di una collettività.
Alla stregua del quadro costituzionale, uno scenario siffatto può e deve essere scongiurato bilanciando le istanze del mercato, sorrette dallo sviluppo tecnologico e certamente non trascurabili, con i diritti fondamentali - ivi compreso il diritto alla protezione dei dati personali inteso come "libertà dal controllo tecnologico"[159] - cui l'art. 41, comma 2 Cost., laddove individua la "libertà", la "sicurezza" e l'"utilità sociale" quali limiti espressi alla libertà di iniziativa economica, sembra ascrivere rilevanza prevalente.
Invero, con precipuo riguardo alla "sicurezza" *ex* art. 41 comma 2 Cost., la dottrina, muovendo dalla necessità di prospettarne una lettura coerente con il principio personalista contenuto nella Carta, ne ha rinvenuto la *ratio* "nella tutela della possibilità di esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite e nell'art. 3, comma 2, Cost. che impone alla Repubblica la rimozione degli ostacoli anche di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana"[160], sicché "la nozione di sicurezza che sembra emergere sulla base di tali riflessioni sembra (…)

[158] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit.: "A ben vedere, la preoccupazione della "vendita" di dati personali non sarebbe diretta solo a tutelare una parte considerata debole e riequilibrare la disparità di potere tra titolare e interessato ma guarderebbe ad una platea più ampia tutelando non tanto il singolo ma lo stesso in un'ottica collettiva: si esprime così l'esigenza di evitare la commercializzazione della persona come parte della società. A essere vista negativamente sarebbe l'eccessiva profilazione con il rischio di classificazione e discriminazione degli individui in un dato contesto sociale. Questo, oltre a esporre ad abusi derivanti dalla scorretta gestione di dati personali, potrebbe limitare lo sviluppo della persona attraverso il confinamento dello stesso entro profili predeterminati e ad un improprio condizionamento del modello di organizzazione politica, sociale, economica. Una sintesi tra le posizioni contrarie e quelle a favore della commercializzazione sarà quindi possibile nel considerare vietate, o quanto meno soggette a più stretto controllo, solo quelle forme di negoziazione dei dati personali che più pongono a rischio l'interessato nella dimensione collettiva. Sarà dunque nei confronti della negoziazione di dati quali quelli sensibili (soprattutto se trattati con modalità particolarmente impattanti sui diritti degli interessati, come il riconoscimento facciale) che si pongono maggior restrizioni (a partire dal consenso esplicito come unica base giuridica) e che, con riferimento alla possibilità di un loro utilizzo ulteriore e commerciale rispetto a quello necessario per la prestazione del servizio, saranno: o subordinati a un rigoroso scrutinio, come sembrerebbe desumersi dal Regolamento, o non negoziabili, secondo l'interpretazione che le Autorità in materia di protezione dei dati personali hanno dato al Regolamento".
[159] F. FAINI, *Data society* cit., p. 285.
[160] F. ROTA, *Sicurezza, ordine pubblico e polizie*, Napoli, 2012, p. 75.

coincidere con quella che da tempo la dottrina chiama "sicurezza sociale" ", ovvero con "l'esigenza di sentirsi garantiti nell'esercizio dei diversi diritti"[161].
A ben guardare, anche le più recenti interpretazioni della clausola generale dell' "utilità sociale" si attagliano al problema di cui si sta discutendo; invero, se si condivide l'assunto per cui "l'utilità sociale appare lo strumento che consente una protezione dei diritti fondamentali in una fase per così dire collettiva della loro esistenza, quando cioè sono messi in pericolo non tanto in quanto riferiti a un singolo individuo, ma in un orizzonte più ampio (…)"[162], può senza dubbio concludersi che le coordinate costituzionali impongano di rimeditare i limiti di liceità di un modello economico che, alimentato dai più avanzati sviluppi tecnologici, è certamente in grado di vulnerare taluni diritti fondamentali.
D'altra parte, come è stato autorevolmente osservato, "la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica"[163].
E tuttavia, per quanto i valori personalistici sottesi al nostro impianto costituzionale, certamente in grado di conformare il nuovo contesto economico e tecnologico[164], rappresentino un limite invalicabile all'incontrollata espansione dei modelli di mercato in esame, è innegabile che, date le dimensioni sovranazionali degli operatori economici, il livello statale sia del tutto insufficiente, dovendosi auspicare un

[161] *Ivi*, p. 77. Ne consegue che: "la sicurezza e le sicurezze sarebbero dunque, più che diritti dell'*individuo*, interessi obiettivi dello Stato (precondizioni per il godimento effettivo dei diritti e per la realizzazione del programma costituzionale) in quanto strumenti di crescita della *Persona*, il cui perseguimento richiede l'intervento fattivo e promozionale di tutte le componenti della Repubblica ed alla cui realizzazione devono contribuire, secondo le proprie competenze e nelle modalità opportune, pubblici poteri, centrali e non, e privati cittadini".

[162] L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm*., 2, 2014, p. 359-360.

[163] T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2020, 3, p. 465 ss. In merito al ruolo del diritto, P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, p. 5 evidenzia che: "Per uscire dalla confusione e dalla relatività dei valori, occorre dunque che il diritto valuti ogni nuova realtà tecnologica e stabilisca quali dei suoi usi ed obiettivi vadano considerati antigiuridici alla luce, beninteso, del solo parametro dotato di plausibilità in un sistema liberaldemocratico, vale a dire la manutenzione dei diritti fondamentali". Con precipuo riguardo all'intelligenza artificiale, è interessante la "possibile convergenza tra il principio personalista della Costituzione italiana e l'orientamento "antropocentrico" dell'AI auspicata nelle strutture così dette etiche della *data science*", rilevata da P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science* cit., p. 289.

[164] Come osservato da C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale* cit., p. 711: "Nulla, al momento della scrittura della Costituzione repubblicana, poteva far intuire gli sviluppi scientifici e tecnologici che hanno portato all'intelligenza artificiale (…). Tuttavia, come peraltro già accaduto in tanti altri ambiti, la capacità adattiva dei principi contenuti nella Carta ne permette una efficace applicazione anche nei confronti di tale innovativo settore".

ISSN 2036-7821

intervento che sia, se non internazionale (come sarebbe preferibile), almeno di ordine europeo[165].

D'altra parte, proprio a livello europeo è ormai chiaro che: "Using AI-driven technologies broadly implicates the duty to respect human dignity, the foundation of all fundamental rights guaranteed by the Charter. Article 1 of the Charter states that human dignity is inviolable and that it must be respected and protected at all times. The CJEU has confirmed in its case law that the fundamental right to dignity is part of EU law"[166].

Ad ogni buon conto, la progressiva piena riaffermazione dei valori personalistici non può prescindere da una presa di coscienza collettiva dell'impatto che l'intelligenza artificiale può generare sui diritti fondamentali, nonché del contributo che ciascuno di noi, disseminando dati nel web, fornisce a quella che già anni fa venne definita "dittatura dell'algoritmo"[167].

Certamente, gli orientamenti espressi dalla dottrina civilistica, condivisi dall'AGCM e dalla giurisprudenza amministrativa, per quanto limitati alla tutela del consumatore (e non della persona), rappresentano un primo passo in tale direzione, mirando a far sì che il consumatore, attraverso la trasparenza delle clausole contrattuale, possa cogliere almeno il valore economico dei propri dati.

Si tratta, però, di una consapevolezza forse insufficiente, suscettibile di far comprendere le dinamiche economiche in atto, ma non quelle sociali: ci consente di seguire con più consapevolezza la rotta tracciata dai colossi della nuova economia digitale, ma certamente non è in grado di invertirla.

---

[165] Si deve richiamare, a tal proposito, la recente proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale approvata dalla Commissione UE *Proposal for a regulation of the european parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts* laddove si legge: "This proposal imposes some restrictions on the freedom to conduct business (Article 16) and the freedom of art and science (Article 13) to ensure compliance with overriding reasons of public interest such as health, safety, consumer protection and the protection of other fundamental rights ('responsible innovation') when high-risk AI technology is developed and used. Those restrictions are proportionate and limited to the minimum necessary to prevent and mitigate serious safety risks and likely infringements of fundamental rights" (in https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search).

[166] Agenzia europea per i diritti fondamentali, report *Artificial intelligence and fundamental rights* cit., p. 60.

[167] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 398.