



UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche

Ciclo XXXVI

TITOLO TESI

**Autonomia privata e dati personali: dal consenso al contratto per il
trattamento**

Settore scientifico-disciplinare di afferenza

IUS/01

Presentata da

Dott.ssa Isabella Puxeddu

Supervisore

Chiar.ma Prof.ssa Valeria Caredda

Esame finale anno accademico 2022/2023
Tesi discussa nella sessione d'esame di febbraio 2024

A Luca

INDICE

CAPITOLO PRIMO IL DATO PERSONALE COME OGGETTO DI DIRITTI

1. Il dato personale come segno informativo.....	1
2.1. Il dato personale come oggetto di diritti: prima ipotesi.....	13
2.2. Separazione dalla persona fisica	17
2.3. Autonoma rilevanza del singolo dato nel contesto dei Big data.....	23
3.1. Il diritto alla protezione dei dati personali come diritto della personalità: seconda ipotesi.....	24
3.2. Rapporti con la riservatezza e l'identità personale.....	31
3.3. Alcune osservazioni sulla teoria dei diritti della personalità.....	36
3.4. Conclusioni: l'autodeterminazione informativa come autonomo diritto sui dati personali.....	41
4.1. Il dato personale come bene giuridico patrimoniale: terza ipotesi.....	43
4.2. Il dato personale come oggetto di un diritto analogo al diritto d'autore. Critica.....	46
4.3. Conclusioni: il dato personale come entità suscettibile di essere oggetto di un rapporto contrattuale.....	49

CAPITOLO SECONDO DALL'AUTODETERMINAZIONE ALL'AUTONOMIA PRIVATA SUI DATI PERSONALI

1.1. Considerazioni introduttive sulla libera circolazione dei dati personali.....	52
1.2. <i>Segue</i> . Condizioni di liceità del trattamento e autodeterminazione informativa.....	59
2.1. Consenso al trattamento dei dati personali: definizione e problema.....	65
2.2. <i>Segue</i> . Efficacia autorizzativa e di destinazione allo scopo.....	72
2.3. Osservazioni sui requisiti legali del consenso: informazione.....	77
2.4. <i>Segue</i> . Specificità e inequivocabilità.....	83
2.5. <i>Segue</i> . Libertà e revocabilità.....	90
3. Legittimo interesse e diritto di opposizione: spunti ricostruttivi.....	97
4. Contratto tra interessato e titolare come condizione di liceità: prospettive ricostruttive.....	104
5. Divieto di trattamento dei dati sensibili e condizioni di liceità: specifici profili del consenso.....	107
6. Autodeterminazione informativa e autonomia privata sui dati personali: prime conclusioni.....	110

CAPITOLO TERZO L'AUTONOMIA CONTRATTUALE SUI DATI PERSONALI

1. Autonomia contrattuale e dati personali: fenomeni pratici e riscontri normativi.....	113
2.1. I contratti di fornitura interessati allo sfruttamento commerciale di dati personali. Profili strutturali e causali.....	118
2.2. Contratto di licenza per l'utilizzo di dati personali. Osservazioni critiche.....	121
2.3. Obbligo a prestare il consenso al trattamento di dati personali. Osservazioni critiche.....	124
2.4. Dal collegamento negoziale alla promessa condizionata al consenso al trattamento. Oltre la corrispettività in senso stretto.....	126

2.5. <i>Segue</i> . Ulteriori osservazioni sullo scambio condizionale.....	129
2.6. <i>Segue</i> . Rapporti tra discipline e profili applicativi.....	134
3. Gli accordi di condivisione dei dati: una ipotesi di confine?.....	139
4.1. Confronto con alcune esperienze straniere. L'area tedesca.....	141
4.2. <i>Segue</i> . L'area francese.....	143
BIBLIOGRAFIA PER AUTORE.....	146

CAPITOLO PRIMO

IL DATO PERSONALE COME OGGETTO DI DIRITTI

SOMMARIO: 1. Il dato personale come segno informativo. – 2.1. Il dato personale come oggetto di diritti: prima ipotesi. – 2.2. Separazione dalla persona fisica. – 2.3. Autonoma rilevanza del singolo dato nel contesto dei Big data. – 3.1. Il diritto alla protezione dei dati personali come diritto della personalità: seconda ipotesi. – 3.2. Rapporti con la riservatezza e l'identità personale. – 3.3. Alcune osservazioni sulla teoria dei diritti della personalità. – 3.4. Conclusioni: l'autodeterminazione informativa come autonomo diritto sui dati personali. – 4.1. Il dato personale come bene giuridico patrimoniale: terza ipotesi. – 4.2. Il dato personale come oggetto di un diritto analogo al diritto d'autore. Critica. – 4.3. Conclusioni: il dato personale come entità suscettibile di essere oggetto di un rapporto contrattuale.

1. IL DATO PERSONALE COME SEGNO INFORMATIVO.

In prospettiva giusfilosofica il dato personale è descritto come un «segno che l'individuo, volontariamente o meno, imprime nello spazio materiale o immateriale e che altri abitanti del medesimo spazio possono raccogliere ed utilizzare». Un frammento della identità individuale dislocato in flussi informativi o in archivi gestiti da altri, «una traccia che dice qualcosa del suo autore, senza, però, poterlo rappresentare nella sua integralità»¹. Tale descrizione non è soltanto suggestiva, ma può provocare una notevole «reazione giuridica»; infatti, facendo ricorso al concetto di «segno», essa è in grado di evocare un binomio che nella prospettiva del diritto non può essere trascurato, ossia il binomio «segno-significato»².

Nel muovere una ricerca sul dato personale come oggetto di diritti, infatti, è essenziale chiedersi quale sia l'ontologia normativa del dato. In questa sede vorremmo proporre una conferma giuridica della suggestione filosofica poc'anzi ricordata, e, dunque, avanzare l'ipotesi per cui il dato personale rientra nella categoria del segno³, cioè una

¹ Le proposizioni riportate si devono a A. PUNZI, *La persona nei dati. Ragioni e modelli di una regolamentazione*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2007, p. 768.

² Per delle definizioni generali dei termini v., N. ABBAGNANO, voce *Segno*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971, p. 777 e ID, voce *Significato*, in *Dizionario di filosofia*, cit., p. 789. In primo luogo, il binomio segno-significato è proprio della teoria della norma giuridica all'interno della quale si distingue tra enunciato (forma grammaticale) e proposizione (norma). Sul punto v., per tutti, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 76. In questo senso altresì, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 14. Il binomio è, inoltre, posto al centro della teoria dei beni immateriali e delle diverse discipline riconducibili al diritto industriale. Esso si manifesta in diverse ipotesi: come binomio forma-contenuto nel diritto d'autore, per la cui analisi si rinvia a M. BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. Ubetazzi, Torino, 2011, p. 274 ss.; come binomio invenzione-scoperta nei diritti di brevetto, per la cui analisi si rinvia a G. FLORIDIA, *Le creazioni intellettuali a contenuto tecnologico*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di P. Auteri, G. Floridia, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, R. Romano, P. Spada, sesta ed., Torino, 2020, p. 229 ss. La distinzione è implicita nella disciplina dei marchi e degli altri segni distintivi, per la cui analisi si rinvia a M. RICOLFI, *I segni distintivi di impresa. Marchio ditta insegna*, in *Diritto industriale*, cit., p. 87 ss., spec. 97.

³ Per tale concetto di segno si rinvia a M. ORLANDI, *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, in *Corso di diritto civile*, collana diretta da M. Orlandi, Torino, 2020, p. 16 ss. Per una definizione di segno secondo la semiotica, v. U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, 1984, il quale unifica il

empirica alterazione del reale suscettibile di ingenerare nel percipiente un significato (o idea) attraverso un processo ermeneutico. Ciò richiede di avere riguardo alle disposizioni normative, così come interpretate dalla giurisprudenza.

Il termine «dato personale» compare per la prima volta nel lessico giuridico con la Convenzione di Strasburgo n. 108 del 1981⁴, ed oggi è definito all'art. 4, n° 1 GDPR⁵. La definizione normativa attualmente vigente riproduce essenzialmente quella della Convenzione⁶, mantenendo inalterata l'equivalenza tra i termini “dato” e “informazione”; il concetto di dato, dunque, si dovrebbe ricavare *per relationem* da quello di informazione.

Il problema definitorio si sposta così sul termine richiamato; sennonché anch'esso è controverso, o meglio polisemantico. Autorevole dottrina⁷, infatti, rileva che “informazione” possa indicare sia qualsiasi dato rappresentativo della realtà suscettibile di essere comunicato, sia le attività di informazione rivolte al pubblico e svolte tramite mezzi di comunicazione di massa, sia l'obbligo informativo a carico di alcuni soggetti nelle trattative contrattuali o in altri rapporti giuridici. Ai nostri fini interessa il primo senso attribuito al termine, cioè quello di informazione in senso contenutistico, nonché verificare come la sua interpretazione si è sviluppata nel tempo.

Sulla scorta di questa notazione, all'interno del pensiero giuridico italiano, invero, si riscontrano diverse definizioni dell'informazione in senso contenutistico; essa è talvolta concepita come rappresentazione di una realtà⁸, talaltra come messaggio⁹ o notizia

concetto di segno intorno alla struttura formale unica della *implicazione*, per cui ogni fenomeno segnico è caratterizzato dalla sussistenza di una struttura di implicazione, generatrice di interpretazione (p. 51); efficacemente, poi, descrive il segno come *aliquid* che *stat pro aliquo*, dove l'*aliquid* è una espressione concreta (e cioè una entità fisica prodotta dall'uomo o riconosciuta come capace di fungere da espressione di qualcos'altro), oppure una classe o un tipo di espressioni concrete possibili, dalla quale si ricava per implicazione un significato (p. 55).

⁴ Si tratta della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali, adottata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa il 28 gennaio 1981. L'art. 2 prevede: «Ai fini della Convenzione “dati a carattere personale” significa ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (“interessata”)».

⁵ Art. 4 – Definizioni: Ai fini del presente regolamento si intende per: 1) «dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale.

⁶ Così E. PELINO, *A) Dato personale*, in L. BOLOGNINI-E. PELINO, *Dato personale e trattamento*, in *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di L. Bolognini, Milano, 2016, p. 44; C. DEL FEDERICO-A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, pp. 59-60.

⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 420.

⁸ Precisamente descrive l'informazione come «dato rappresentativo della realtà suscettibile di essere comunicato», V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, cit., p. 420. Ripropongono questo concetto, con riguardo ai dati personali, I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2011, p. 12; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 93 ss.; EAD, *Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*. Atti del 14° Convegno Nazionale della SISDiC. 9-10-11 maggio 2019, a cura di P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco, Napoli, 2020, p. 180; E. PELINO, *A) Dato personale*, cit., p. 45.

⁹ V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 438 ss.

comunicabile¹⁰. In questa fase il binomio «segno-significato» non è direttamente preso in considerazione; tuttavia, nei discorsi dei giuristi non vengono manifestati dubbi sul fatto di riconoscere l'informazione, ed in particolare l'informazione personale, come contenuto informativo ed entità immateriale.

Più di recente, la dottrina tedesca che si è occupata del concetto giuridico di informazione ha messo in evidenza diversi livelli nei quali il termine in senso contenutistico può essere inteso e, soprattutto, rilevare per il diritto. Precisamente, si è affermato che l'informazione può essere giuridicamente considerata ad un livello semantico, ad un livello sintattico e ad un livello strutturale¹¹. Questa opinione assegna particolare importanza alla dimensione sintattica rispetto alla dimensione semantica, in quanto le moderne tecnologie dell'informazione dimostrano la rilevanza e la potenzialità dei segni indipendentemente dal significato che essi hanno per l'intelletto umano¹². L'utilità di questa analisi emerge anche con riguardo ai dati personali, i quali vengono considerati entità informativa contestualmente a livello semantico e a livello sintattico¹³. Comincia ad emergere, dunque, la rilevanza del dato personale come segno, non solo come significato.

Una simile impostazione determina un duplice vantaggio: da una parte, essa squarcia il velo di nichilismo del quale sono ammantate le opinioni che ravvisano nella definizione normativa di dato personale la causa di una legge del tutto¹⁴, e in ultima analisi del niente; dall'altra, apporta necessariamente un contributo nella ricerca giuridica sull'ontologia del dato personale, proprio perché evidenzia espressamente una dimensione del medesimo

¹⁰ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 1990, pp. 332, 334, 338.

¹¹ H. ZECH, *Information as Property*, in *JIPITEC*, 6/2015, 192 ss., spec. 194; ID, *Information als Schutzgegenstand*, Tübingen, 2012, p. 13 ss., spec. 197 ss. Le osservazioni di Zech sono state richiamate anche dalla dottrina italiana, v., tra gli altri, C. IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo*, in *juscivile*, 2/2020, p. 383; EAD, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, p. 13 ss.

¹² H. ZECH, *Information as Property*, cit., p. 193.

¹³ H. ZECH, *Information as Property*, cit., p. 195. Nella dottrina italiana era già stata avanzata una tripartizione del concetto di dato-informazione personale. Infatti, secondo F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.*, 4, 2002, p. 157 ss., la normativa sulla protezione dei dati personali equipara a livello definitorio il dato personale all'informazione, cioè alla conoscenza oggettivata suscettibile di comunicazione; tuttavia, si osserva che nelle maglie della normativa si ravvisano ulteriori profili di rilevanza del dato, non riconducibili al concetto definito; secondo l'A., infatti, dalle norme si può riscontrare la rilevanza del dato anche come mera conoscenza oggettivata non comunicabile (e dunque, non riconducibile al concetto di informazione) e come supporto della conoscenza (dunque, una *res corporalis*). Questa interpretazione si avvicina alla posizione di Zech nella misura in cui, analogamente, distingue tra dato-informazione come conoscenza e dato-informazione come supporto. Le due opinioni, dunque, divergono sotto il profilo del criterio discriminatorio in ordine al concetto di informazione. Secondo Olivo l'entità informazione sussiste soltanto nel momento in cui il dato raccolto dal titolare del trattamento è suscettibile di essere comunicato a terzi, compendosi così il circuito della informazione secondo la tesi di A. FALZEA, voce *Fatti di conoscenza*, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 563 ss., spec. 566. Secondo Zech, invece, l'informazione sussiste indipendentemente dal fatto comunicativo successivo alla raccolta, in quanto quest'ultima è essa stessa strumento di comunicazione; l'analisi discriminatoria procede su un altro livello, ossia su quello della semiotica.

¹⁴ N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, n°1, 2018, 40 ss. Ritengono che nel GDPR il dato personale svolga ruoli differenti, in particolare come criterio di applicazione della normativa e come oggetto di regolamentazione, D. HALLINAN-R. GELLERT, *The Concept of "Information": An Invisible Problem in the GDPR*, in *Scripted*, vol. 2, issue 2, 2020, p. 269 ss.

compatibile con gli sviluppi tecnologici, ma per lungo tempo ignorata nella prospettiva giuridica¹⁵.

La tesi in questione, tuttavia, ci sembra di fatto auto-depotenziata nel momento stesso in cui, sulla base della medesima normativa, ipotizza due momenti di rilevanza giuridica¹⁶ diversi e autonomi della stessa entità. In altri termini, essa rinuncia a concepire una dimensione unitaria del dato personale, benché l'oggetto preso in considerazione dalle norme sia il medesimo; con la conseguenza di dover immaginare un regime differenziato in base al diverso livello informativo considerato e dover affrontare un difficile problema di coordinamento di discipline. Senonché, forse, non è questa l'unica strada percorribile.

La dottrina francese, infatti, aveva già intuito la inevitabile duplicità sottesa nel concetto di informazione¹⁷: quest'ultima, infatti, è stata definita come messaggio comunicabile messo in forma, o espresso con qualsiasi mezzo. L'informazione, infatti, è concepita come una entità immateriale che non può prescindere da un materiale atto di formulazione, cioè dall'espressione mediante segni intellegibili.

Riteniamo di voler aderire a questa intuizione e, nell'ordine di essa, constatare come dire che il dato personale possa rilevare sia a livello semantico (significato) che a livello sintattico (segno) non implica necessariamente che i profili informativi considerati in precedenza siano tra loro del tutto autonomi.

Al contrario, si potrebbe ipotizzare che i due aspetti costituiscano elementi della stessa fattispecie che non si escludono a vicenda (incompatibilità), ma che convivono, nel

¹⁵ Accolgono la analisi del Zech anche C. LANGHANKE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015, 218. Tuttavia, essi sostengono che i problemi giuridici da loro esaminati possono essere trattati senza la necessità di individuare un preciso livello di rilevanza giuridica dell'informazione. Tale approccio probabilmente si deve al presupposto teorico di poter affrontare le questioni giuridiche legate allo sfruttamento economico dei dati personali nei contratti di fornitura digitali attraverso l'istituto dell'obbligazione, il quale non necessita di stabilire se l'oggetto della prestazione sia una entità materiale o immateriale. Più di recente, v. M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, in *Digital revolution – New Challenges for Law*, curato da A. De Franceschi e R. Schulze, München, 2020, p. 79.

¹⁶ Il concetto di rilevanza giuridica ha avuto una evoluzione nella storia del pensiero giuridico; evoluzione che si coglie essenzialmente in rapporto al concetto di efficacia giuridica. Per una sintesi di questo percorso dottrinario, nonché per l'approdo ad una teoria della autonomia della rilevanza giuridica dalla efficacia giuridica, v. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Varese, 1984, p. 1 ss., spec. 15 ss. L'A. ritiene che della rilevanza si possano predicare due profili, ciascuno corrispondente ad un certo punto di vista di analisi: a) profilo interno (o nomologico), per cui la rilevanza indica la posizione dei due membri di una norma; b) profilo esterno (cronologico), per cui la rilevanza indica la relazione logica tra concetti normativi e dati esterni (v. pp. 23-25). In questo secondo profilo si apprezza la autonomia tra rilevanza ed efficacia. In estrema sintesi, la rilevanza (esterna) autonoma dalla efficacia non è altro che la sussunzione di un caso singolo in un paradigma normativo, indipendentemente dalla previsione di effetti giuridici potenziali o immediati (p. 61).

¹⁷ Sulla necessità dell'espressione perché vi possa essere l'informazione intesa come messaggio comunicabile, v. P. CATALA, *Èbauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, coll. "Droit, Éthique, Société", Paris, 1998, p. 228 ss., spec. 231.

senso che l'uno opera in funzione selettiva/limitativa dell'altro (coordinamento¹⁸), realizzando insieme il circuito della rilevanza giuridica¹⁹ del fatto giuridico-dato personale.

Questo risultato interpretativo richiederebbe nondimeno di accogliere alcune premesse teoriche. In primo luogo, richiederebbe l'accoglimento di una moderna concezione di rilevanza giuridica²⁰, secondo la quale la giuridicità del fatto è una qualificazione autonoma da quella di efficacia e indica la presenza di un *criterio di individuazione* del fatto per il diritto tra infiniti accadimenti naturali o storici. In secondo luogo, occorrerebbe adottare una idea dinamica della fattispecie, cioè intendere quest'ultima come espressione di un *divenire*²¹. In terzo luogo, accettare che la fattispecie possa comporsi di più elementi normativi e, dunque, costituire sintesi di più modelli conformativi di condotta²², tutti orientati all'obiettivo di selezionare un unico *fatto rilevante*.

Nella ipotesi che qui vorremmo avanzare il fatto giuridico-dato personale si compone di due elementi normativi, ciascuno dei quali corrisponde ad un certo livello informativo secondo la tripartizione di H. Zech: l'elemento del *segno*, o livello sintattico, e l'elemento del *significato*, o livello semantico. Il secondo opererebbe nella fattispecie complessivamente intesa come elemento selettivo/limitativo del primo o, in altri termini, come un livello informativo discriminante di un livello informativo sottostante.

Ciò si può comprendere meglio avendo riguardo agli scopi della disciplina sul trattamento dei dati personali. Infatti, se l'obiettivo della definizione di dato personale è quello di permettere l'applicazione di una disciplina diretta a proteggere la persona fisica dall'uso, non di qualsiasi informazione, ma solo di quella che la riguarda, precisamente connotandola rispetto ad una molteplicità di soggetti²³, e d'altra parte, se qualsiasi entità del

¹⁸ Approccio di ricostruzione sistematica delle norme che ci permettiamo di ricavare da V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli e G. Ponzanelli, seconda ed., Milano, 2020, p. 40 ss., spec. p. 41 nota 68. L'A. sostiene un fondamento coordinato dell'art. 1227 sia nel principio di causalità che in quello di autoreponsabilità, riuscendo così a spiegare la compresenza, nella descrizione del fatto rilevante-comportamento autolesivo colposo, dell'elemento causale e dell'elemento colposo. L'A. spiega come causa e colpa non si escludano a vicenda, ma si coordinino dal momento che l'imputazione per colpa del comportamento e delle sue conseguenze dannose ad un autore non può prescindere dalla pregressa esistenza di un nesso causale tra comportamento ed evento dannoso. Nell'art. 1227, d'altra parte, la colpa seleziona, tra i fatti causalmente efficienti (cause), quelli rilevanti ai fini del comportamento giuridicamente rilevante (fattispecie). Per una ricostruzione della colpa come *criterio limitativo della causalità*, v. altresì M. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2010, p. 331 ss., spec. p. 338.

¹⁹ Concetto che si deve a M. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)*, cit., p. 334.

²⁰ Ci riferiamo alla teoria di N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, cit., spec. 44-49.

²¹ In questo senso, V. CAREDDA, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, in *Giustizia civile*, 1/2019, p. 61 ss., spec. 82. Cfr. N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Norme e fatti*, cit., p. 107 ss. Ma l'idea del *fatto* come espressione del *fare*, che a sua volta è rappresentazione attiva del *divenire*, si deve all'intuizione di C. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943, p. 9.

²² Così M. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)*, cit., pp. 334 e 338. Sempre a proposito dell'art. 1227 c.c., discorre dell'elemento della *colpa* come *requisito di legale di rilevanza della causa* nella fattispecie concorso del danneggiato, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2020, pp. 155-154.

²³ Ciò, secondo la dottrina, si dovrebbe desumere dalla definizione stessa di dato personale contenuta nell'art. 4 n°1 GDPR: «dato personale: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della

reale è astrattamente idonea a porsi come un richiamo di qualcos'altro (*segno*)²⁴, si pone come necessario restringere l'ambito dei segni rilevanti. Il livello informativo semantico, *sub specie* di informazione che connota una persona fisica individuabile, dunque, concorrerebbe ad assolvere alla funzione protettiva della disciplina sul trattamento dei dati personali e si porrebbe come criterio selettivo del livello informativo sintattico di cui una entità può disporre.

Per verificare la correttezza di questa ipotesi è ora necessario procedere all'esame del dato normativo.

Il primo elemento normativo da considerare è senza dubbio la definizione generale di «dato personale» (art. 4 GDPR): sinteticamente, il dato si definisce come qualsiasi informazione relativa ad una persona fisica identificabile. Questa definizione, come anticipato, non chiarisce il significato del termine descritto, dal momento che si basa sull'utilizzo di un termine dal significato altrettanto ambiguo, quale quello di «informazione». Come tutte le norme, anche la definizione legislativa di dato personale richiede di essere interpretata attraverso tutti gli strumenti ermeneutici a disposizione²⁵. Diversamente, infatti, si ricadrebbe nella tentazione di considerare alcune norme giuridiche meno rilevanti di altre, cosa che ad oggi non sembra essere più ammessa. A questo fine ci sembra opportuno procedere per gradi.

Un primo strumento interpretativo dovrebbe essere rinvenuto nei pareri dell'istituzione atta a fornire linee interpretative autentiche in materia di dati personali, ossia il Comitato Europeo per la Protezione dei dati personali (EDPB)²⁶. Quest'ultimo non ha fornito un parere circa l'interpretazione della definizione di dato personale contenuta nel

sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». In questo senso, v. E. PELINO, *B) Identificazione, identificabilità, identificativo*, in L. BOLOGNINI-E. PELINO, *Dato personale e trattamento*, cit., pp. 50-55, il quale individua il *proprium* del dato personale nel fatto che esso «racconta» qualcosa a proposito di una persona specifica», ossia una persona «individuabile» o «riconoscibile». Secondo l'A. il dato personale, di regola, si compone di un contenuto informativo e di uno identificativo, laddove il primo ha una funzione descrittiva, mentre il secondo una funzione prioritariamente distintiva. Anche l'identificativo isolatamente considerato, tuttavia, avrebbe già una funzione descrittiva, nella misura in cui esso consente di desumere che ad una certa persona fisica è attribuibile un certo criterio di «individuazione». Ci permettiamo di avvalerci di queste considerazioni e di interpretarle in senso sintetico, individuando un concetto che avvicini la funzione identificativa e quella descrittiva: potremmo dire, infatti, che il dato personale sia tale in quanto «connota» una persona fisica.

²⁴ In questo senso v. N. ABBAGNANO, *Segno*, cit., p. 777, il quale definisce come segno: «qualsiasi oggetto o evento, usato come richiamo di altro oggetto o evento». Cfr. U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, cit., p. 55 ss., il quale restringe il concetto di segno all'*espressione*, ossia all'entità fisica prodotta dall'uomo o riconosciuta come capace di fungere da espressione di qualcos'altro. V. altresì M. ORLANDI, *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, cit., p. 7 ss., spec. 10, il quale, applicando lo schema segno-significato al rapporto tra enunciato legislativo e norma giuridica, sottolinea come dallo stesso enunciato possano essere ricavate molteplici norme, in quanto quest'ultime costituiscono variabili dipendenti dall'interpretazione.

²⁵ Sul riconoscimento della vincolatività delle definizioni legislative e sulla necessità della loro interpretazione sistematica, v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice Civile*, Milano, 1977, p. 162 ss. Sulla tecnica legislativa e le regole di interpretazione dei testi di fonte euro-unitaria, v. E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2008, p. 1 ss., nonché. 175 ss.; specialmente per quanto attiene alle definizioni v., p. 69 ss.

²⁶ Sul ruolo del Comitato, v. C. I. MARTINI, *Comitato europeo per la protezione dei dati*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 552 ss.; V. ZAMBRANO, *Il Comitato europeo per la protezione dei dati*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 985 ss.

GDPR; tuttavia, in dottrina si ritiene corretto – considerata la sostanziale continuità tra l’art. 2, lett. a) Dir. 95/46/CE²⁷ e l’art. 4, n°1 GDPR – avvalersi del parere²⁸ elaborato dall’istituzione che lo ha preceduto, ossia il GRUPPO DI LAVORO ART. 29 (WPART.29), operante sotto la vigenza della direttiva abrogata.

Il parere in questione utilizza, quale sinonimo dell’elemento “qualsiasi informazione” richiamato dalla norma, la formula “qualsiasi affermazione” e sancisce una netta distinzione tra il dato personale e il suo supporto. In questo modo si ricava senz’altro – per usare le classificazioni prima riportate – che la dimensione strutturale dell’informazione²⁹ non è oggetto della disciplina sul trattamento dei dati personali, dovendo anzi essere regolata da altre norme³⁰.

Per quanto riguarda l’individuazione del senso assegnato al termine informazione, invece, occorrono ulteriori riflessioni. Il termine “affermazione”³¹, infatti, demanda ai concetti di “contenuto” e “significato” e, dunque, di informazione semantica.

Andando avanti nella lettura del parere, tuttavia, questa interpretazione sembra non trovare completa corrispondenza. In diversi punti, infatti, la qualifica di dato personale è attribuita ad entità che puro significato non sono, ma si riferisce piuttosto ad oggetti che sembrano riconducibili al concetto di segno³².

D’altra parte, all’interno del GDPR, accanto alle norme che si riferiscono chiaramente a dei contenuti informativi, come quelle sull’accesso e la rettifica (artt. 15 e 16), sono presenti norme che sembrano essere pensate più per entità percepibili, dalle quali ricavare un significato, come quelle sulla raccolta, la conservazione (art. 5 par. 1 lett. b, e; artt. 13-14) e la cancellazione (art. 17). Inoltre, la duplicità è insita nella definizione di «trattamento» (art. 4 n°2), all’interno della quale si richiamano sia operazioni riferibili ad un significato, sia operazioni riferibili ad un segno.

²⁷ Art. 2 – Definizioni: «Ai fini della presente direttiva si intende per: a) «dati personali»: qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile («persona interessata»); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale».

²⁸ *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, adottato il 20 giugno, reperibile al www.garanteprivacy.it.

²⁹ Cfr. *Parere 4/2007*, p. 9: «I campioni di tessuti umani (un campione di sangue) sono fonti da cui vengono estratti dati biometrici, ma non sono di per sé dati biometrici (le impronte digitali sono dati biometrici, non il dito). Ne consegue che l'estrazione di informazioni da campioni equivale a una raccolta di dati personali, e che ad essa si applicano le norme della direttiva. La raccolta, la conservazione e l'impiego di campioni di tessuti possono di per sé essere soggetti a una serie di norme specifiche».

³⁰ Il parere si rivolge alla distinzione tra disciplina dei campioni biologici e disciplina del dato biometrico o del dato genetico che dal primo si ricava (v. *infra*); tuttavia, non vi sono motivi per escludere che l’affermazione sia estensibile a tutti gli altri supporti materiali, o fonti fisiche, di dati personali.

³¹ N. ABBAGNANO, voce *Affermazione*, in *Diz. fil.*, cit., p. 9: «Termine col quale si può designare tanto l’atto dell’affermare, quanto il contenuto affermato, ossia la *proposizione affermativa*». Riprendendo la filosofia aristotelica, essa è una forma dell’asserzione che «unisce qualcosa con qualcosa». Cfr. ID, voce *Asserzione*, in *Diz. fil.*, cit. pp. 70-71: «Una frase di senso compiuto che afferma o nega e può essere vera o falsa».

³² Alludiamo al riferimento a voci e immagini registrate, disegni. V. *Parere 4/2007*, cit., p. 8.

Alla luce della permanenza di questa ambiguità definitoria diventa necessaria una interpretazione sistematica della norma³³. Come si avrà modo di spiegare, una lettura della definizione di cui all'art. 4, n°1 insieme alle disposizioni ad esse collegate, da una parte, impedisce una *interpretatio abrogans* della prima, dall'altra, ci consente di provare ad assegnare un valore preciso ai diversi livelli informativi del dato personale, in un'ottica di coordinamento degli elementi componenti i fatti giuridici. È evidente che, volgendo lo sguardo al GDPR, tutte le norme si collegano più o meno intensamente alla definizione di dato personale; tuttavia, riteniamo che possa essere sufficiente – per giungere alla conclusione ambita – riferirci a quelle che sono più direttamente implicate nella questione della individuazione del concetto di dato personale.

In primis, l'art. 4, n°1 merita di essere letto in uno con l'art. 2, par. 1 sull'ambito applicativo³⁴. Quest'ultima norma individua il perimetro della disciplina nel trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali o nel trattamento non automatizzato di dati personali archiviati o destinati a figurare in un archivio. Sia il trattamento automatizzato, sia gli archivi presuppongono una entità messa in forma, e per questo percepibile; non solo un significato. Nel primo ambito applicativo richiamato il dato personale consisterà inevitabilmente in un segno informatico, cioè in un dato codificato in linguaggio informatico; nel secondo, invece, il dato potrà presentarsi in diversi formati, purché idonei ad essere inseriti in un sistema informativo strutturato cartaceo o informatico³⁵.

In secundis, la definizione generale di dato personale dovrebbe essere letta in uno con la definizione di dato sensibile ricavabile dall'art. 9, par. 1³⁶. Tale norma pone un divieto

³³ Non sussistono, infatti, ragioni tecnico-giuridiche per impedire che anche delle norme definitorie sia data una lettura armonizzata con le altre disposizioni ad esse correlate. Pur ammettendo l'*interpretatio abrogans* come estrema *ratio*, tutti gli strumenti interpretativi validi per le altre norme giuridiche dovrebbero avere legittima applicazione anche per le definizioni. In proposito v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice Civile*, cit., p. 60 ss., nonché 161 ss., spec. 165-167, 171-173, 178-180.

³⁴ Art. 2 – Ambito di applicazione materiale: «1. Il presente regolamento si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi.».

³⁵ Cfr., C. PERLINGIERI, *Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati*, cit., p. 179 secondo la quale dall'art. 2, par. 1 GDPR si dovrebbe desumere una delimitazione dell'ambito applicativo ai trattamenti di dati destinati a figurare in archivi informatici (banche dati), con la conseguenza di ritenere intrinsecamente circoscritto al dato digitale il concetto stesso di dato personale secondo la normativa di protezione. Si tratta di una tesi restrittiva che, però, non trova giustificazione nel dato normativo: infatti, l'art. 4, par. 1, n°6 GDPR fa riferimento a qualsiasi insieme strutturato di dati; inoltre, tutta la normativa è ispirata – nell'ottica di massimizzare la sua portata applicativa in funzione protettiva – ad un principio di neutralità tecnologica, tale da ricomprendere sia gli archivi informatici che quelli cartacei, v. Considerando (15) GDPR.

³⁶ Il termine «dati sensibili» era utilizzato nella versione originaria del Codice della privacy (d.lgs., 30 giugno 2003, n. 196), precisamente all'art. 2, comma 1, lett. d), per indicare le categorie particolari di dati personali. Nel testo del GDPR tale termine non ricorre, v. Art. 9 – Trattamento di categorie particolari di dati: «1. È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.».

Tuttavia, la formula compare ancora nei considerando, v. Considerando (51): «Meritano una specifica protezione i dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali. Tra tali dati personali dovrebbero essere compresi anche i dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, essendo inteso che l'utilizzo dei termini

di trattamento per i dati che «rivelino» qualità specifiche della persona fisica³⁷. Il riferimento alla capacità del dato di trasportare informazioni circa determinati aspetti della identità della persona richiama implicitamente all'entità che se ne fa strumento di comunicazione, cioè il segno che può rivelare informazioni sensibili.

Dalla lettura sistematica di queste norme emerge un primo risultato: il GDPR si rivolge a tutto ciò che può essere trattato mediante strumenti informatici o che può essere archiviato, nella misura in cui riveli qualcosa su una persona fisica identificabile. Ecco che il livello semantico e il livello sintattico si avvicinano: il dato personale oggetto delle norme è un segno, cioè una entità materiale percepibile, il cui circuito di rilevanza giuridica si compie nella misura (e nel tempo) in cui l'entità materiale si fa mezzo di trasmissione di un significato e, quindi, di una entità immateriale intellegibile.

Questa conclusione non ci sembra lontana dalla realtà applicativa. Una conferma si potrebbe rinvenire, in primo luogo, negli orientamenti giurisprudenziali della CGUE.

Proprio con riguardo ai dati sensibili, la Corte³⁸ si è espressa affermando che la qualifica di dato sensibile debba essere riconosciuta anche a quei dati che per loro natura non costituiscono intrinsecamente informazioni sensibili, ma che sono idonei a rivelarle «mediante una operazione di collegamento o di deduzione»; in particolare, si è ritenuto che la pubblicazione in rete di dati nominativi relativi al coniuge, partner o convivente, o ai parenti o conoscenti di funzionari pubblici, all'interno di archivi diretti ad evidenziare eventuali conflitti di interessi dei predetti funzionari, può rivelare, in ragione delle finalità e delle circostanze del trattamento, «informazioni su taluni aspetti sensibili della vita privata

«origine razziale» nel presente regolamento non implica l'accettazione da parte dell'Unione di teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. Il trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica. Tali dati personali non dovrebbero essere oggetto di trattamento, a meno che il trattamento non sia consentito nei casi specifici di cui al presente regolamento, tenendo conto del fatto che il diritto degli Stati membri può stabilire disposizioni specifiche sulla protezione dei dati per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento ai fini della conformità a un obbligo legale o dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Oltre ai requisiti specifici per tale trattamento, dovrebbero applicarsi i principi generali e altre norme del presente regolamento, in particolare per quanto riguarda le condizioni per il trattamento lecito. È opportuno prevedere espressamente deroghe al divieto generale di trattare tali categorie particolari di dati personali, tra l'altro se l'interessato esprime un consenso esplicito o in relazione a esigenze specifiche, in particolare se il trattamento è eseguito nel corso di legittime attività di talune associazioni o fondazioni il cui scopo sia permettere l'esercizio delle libertà fondamentali.». Per comodità, nonché per maggiore efficacia comunicativa, ci avvarremo di questa formula.

³⁷ Cfr. Considerando (35): «Nei dati personali relativi alla salute dovrebbero rientrare tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso. Questi comprendono informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione di cui alla direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica per identificarla in modo univoco a fini sanitari; le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico in vitro.».

³⁸ Così, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 1° agosto 2022, n. 184, parr. 100 ss., spec. 120-128, reperibile su www.dejure.it.

delle persone interessate» e che ad essi, dunque, debba essere applicata la disciplina di protezione rafforzata di cui all'art. 9 GDPR.

Queste conclusioni sono state motivate sulla base di due argomenti: uno letterale e uno sistematico. Dal punto di vista letterale, infatti, il ricorso al termine «rivelare» da parte del legislatore europeo sottenderebbe il riferimento ad una operazione di deduzione e raffronto del dato con altri dati e informazioni; dal punto di vista sistematico, poi, contesto e scopo della normativa deporrebbero nel senso di applicare estensivamente la disciplina anche ai dati non direttamente sensibili.

Sulla base delle osservazioni prima esposte, dunque, non occorrerebbe neppure distinguere tra dati direttamente e indirettamente sensibili; attribuendo alla definizione di dato personale di cui all'art. 4, par. 1 il ruolo di norma che individua nel significato l'elemento con il quale si compie il circuito della rilevanza giuridica della fattispecie dato personale, è gioco forza ritenere che tutti i dati-segno, dai quali in relazione al contesto del loro trattamento sia possibile dedurre una informazione sensibile, dovrebbero essere considerati dati sensibili per applicazione diretta della normativa, e non per interpretazione estensiva o analogica.

Altrettanto dirimenti sono le pronunce che riconoscono la qualifica di dati personali anche ai semplici identificativi³⁹. Nel tempo, infatti, si è avuto modo di precisare che anche un semplice strumento di identificazione personale possa costituire un dato personale, anche quando il modo con il quale arrivare ad individuare la persona fisica è indiretto⁴⁰.

Infatti, rispetto a questa categoria di dati, il significato da essi direttamente desumibile, ossia il messaggio, è minimo e consiste nell'attribuzione dell'identificativo stesso ad una certa persona fisica⁴¹. Si potrebbe ritenere che anch'essi costituiscano dei segni il significato dei quali consiste, in primo luogo, nel riferire l'identificativo ad una persona fisica; solo eventualmente, in ulteriori contenuti descrittivi, desumibili per la presenza di particolari finalità e circostanze del trattamento.

Una parte della dottrina ha acutamente evidenziato la dipendenza logica e giuridica del concetto di dato personale da quello di trattamento: «ciascun dato è già fin dall'origine segnato dal peccato originale del suo essere orientato, e perciò dalla propria ontologica e necessaria non-neutralità»⁴². Le finalità e le condizioni del trattamento si pongono come il

³⁹ In questo filone, v. Corte di Giustizia UE, prima sezione, 6 novembre 2003, causa C-101/01 (*caso Lindqvist*), sulla rilevanza del nome anagrafico e del numero di telefono; Corte di Giustizia UE, seconda sezione, 19 ottobre 2016, C-582/14 (*caso Breyer*), sulla rilevanza dell'indirizzo IP dinamico. Per un commento esaustivo a questa giurisprudenza v., C. IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello dell'identità*, cit., p. 388 ss.; EAD, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 24 ss.

⁴⁰ Corte di Giustizia UE, *caso Breyer*, cit., par. 49. In questa pronuncia la Corte supera il principio affermato con la sentenza Corte di Giustizia UE, terza sezione, 24 novembre 2011, causa C-70/10 (*caso Scarlet Extended SA*), nella quale si affermava la rilevanza dell'IP soltanto in quanto statico, cioè in quanto in grado di identificare in modo preciso gli utenti, v. par. 51.

⁴¹ E. PELINO, *B) Identificazione, identificabilità, identificativo*, in L. BOLOGNINI-E. PELINO, *Dato personale e trattamento*, cit., p. 54. Critico sulla significatività dei nomi propri, N. ABBAGNANO, voce *Significato*, cit., p. 790.

⁴² C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale. Il contributo della teoria generale del diritto allo studio della normativa sulla tutela dei dati personali*, Milano, 1999. L'A., infatti, afferma: «Se il dato contiene un messaggio, diventa fondamentale capire da una parte da chi proviene, a chi sia rivolto, a chi si riferisca e, dall'altra, di quale tipo di informazione si tratti, ma anche della possibilità di "quantificazione" delle notizie che esso contiene» (pp. 93-94). Nonché: «La natura particolare di questi beni

presupposto perché dei segni, insignificanti *ex ante*, diventino rilevanti *ex post*, trasportando un significato in relazione ad una persona fisica; la significatività del dato emerge in una prospettiva teleologica, nella quale i dati possono comparire solo per effetto del collegamento con i fini che consapevolmente si propone il titolare del trattamento⁴³.

In definitiva, riteniamo che la fattispecie dato personale compia il circuito della sua giuridica rilevanza in presenza di un segno che, nel contesto delle finalità di un trattamento in capo ad un titolare, connota una persona fisica individuabile⁴⁴; una traccia che accede al diritto in quanto dotata di significato, dunque, un *segno informativo*.

La tecnica definitoria utilizzata dal legislatore in materia di protezione dei dati personali, d'altra parte, non sembra essere isolata. Nel settore affine dei marchi, infatti, la legge definisce l'entità tutelata, individuandone i profili di rilevanza della fattispecie, in elementi "dinamici" e funzionali. Similmente a quanto previsto per il marchio registrabile⁴⁵, il dato personale è definito in relazione alla funzione identificativa, o di individuazione, che sarà concretamente idoneo a svolgere rispetto alla persona fisica.

Questa interpretazione del concetto di dato personale come segno informativo, altresì, sembra essere la più compatibile con il processo sociale di digitalizzazione e l'affermarsi del capitalismo dell'informazione⁴⁶, ma, soprattutto, si mostra coerente con il

giuridici (*ndr*, dei dati personali) è data proprio dal fatto che, in quanto i dati sono portatori di un'informazione dotata di qualche significato, ed in particolare nel nostro caso di qualche significato per la persona, essi non possono darsi in una sorta di *a priori* oggettivo che preesista all'attività di manipolazione che li riguarda, ma piuttosto, essi vanno considerati sempre direttamente in funzione di una qualche attività che, rappresentandoli appunto come "dati", in un contesto di raccolta, di diffusione, di comunicazione, di selezione e così via, li "costituisca" anche come beni suscettibili di un interesse giuridicamente qualificato [...]» (p. 97 ss., spec. 101-102).

⁴³ ID, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, cit., p. 109. Cfr., altresì la definizione di dato di N. ABBAGNANO, voce *Dato*, in *Diz. fil.*, cit., p. 209, nella quale si mette in evidenza il carattere funzionale del dato, cioè la strumentalità al fine della ricerca di volta in volta impostata.

⁴⁴ Cfr. nota 23. Questa conclusione sembra, d'altra parte, vicina a quella di parte della dottrina che ribadiva come, a rigore, il dato fosse la fonte della informazione e non essa stessa. Vedi G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012, p. 33; M. W. MONTEROSI, *Estrazione e (ri)utilizzo di informazioni digitali all'interno della rete internet. Il fenomeno del c.d. web scraping*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2022, p. 327 nota 1.

⁴⁵ Sul marchio europeo, v. Regolamento (UE) 2017/100, art. 4 – Segni atti a costituire marchio UE: «Possono costituire marchi UE tutti i segni, come le parole, compresi i nomi di persone o i disegni, le lettere, le cifre, i colori, la forma dei prodotti o del loro imballaggio e i suoni, a condizione che tali segni siano adatti a: a) distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese; e b) essere rappresentati nel registro dei marchi dell'Unione europea («registro») in modo da consentire alle autorità competenti e al pubblico di determinare in modo chiaro e preciso l'oggetto della protezione garantita al loro titolare.». Sul marchio nazionale, v. Codice della proprietà industriale, art. 7 – Oggetto della registrazione: « Possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa tutti i segni, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, i suoni, la forma del prodotto o della confezione di esso, le combinazioni o le tonalità cromatiche, purché siano atti: a) a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese; e b) ad essere rappresentati nel registro in modo tale da consentire alle autorità competenti ed al pubblico di determinare con chiarezza e precisione l'oggetto della protezione conferita al titolare.».

⁴⁶ Sul capitalismo dell'informazione, v. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; S. QUINTARELLI, *Capitalismo dell'immateriale: le tecnologie digitali e il nuovo conflitto*, Torino, 2019. Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019, la quale descrive il capitalismo della sorveglianza come la forma dominante di capitalismo dell'informazione.

ruolo che sempre più si riconosce giuridicamente ai dati digitali^{47 48} (o informatici), cioè i dati codificati secondo un sistema numerico binario. A meno di non volere descrivere i *bit* come contenuti, l'unico senso con il quale si può considerare unitariamente il dato digitale e il dato personale è intendere, a monte, il dato personale come rientrante nel *genus* del segno, il quale poi si può specificare nella *species* segno digitale.

Ora, queste conclusioni parrebbero condurre ad una idea del dato personale come entità materiale percepibile⁴⁹ e, dunque, rispetto alla teoria dei beni giuridici, ad una loro collocazione tra i beni materiali⁵⁰. Una simile conclusione, tuttavia, non sembra essere sostenibile per due ordini di ragioni. La prima ragione si ricava, ancora una volta, dalla normativa sul trattamento dei dati personali e dai pareri delle istituzioni prima ricordati⁵¹: il dato personale non è il suo supporto; quest'ultimo è diverso ed è soggetto ad una distinta disciplina; il bene materiale è nel supporto e non nel dato. La seconda ragione è di natura concettuale: il segno, ancorché percepibile, rileva in quanto dotato di significato, cioè rileva in quanto trasporta un contenuto informativo su una persona fisica; senza questo aspetto, la fattispecie non si completerebbe e il segno stesso ricadrebbe nell'irrelevante giuridico.

Se sotto il profilo del circuito della rilevanza giuridica, dunque, è dirimente e preponderante il profilo immateriale, o meglio intellettuale, i dati personali dovrebbero essere concepiti, in definitiva, come entità immateriali⁵².

Nella prospettiva di individuare la relazione giuridica sussistente tra i dati personali e il soggetto cui essi si riferiscono, la dottrina più recente propone di confrontare il dato

⁴⁷ L'Unione Europea ha avviato una vera e propria strategia politica generale nella quale economia e circolazione dei dati è strettamente complementare all'implementazione della digitalizzazione all'interno degli Stati membri. In proposito, v. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Verso una florida economia basata sui dati*, COM/2014/442 finale, adottata a Bruxelles dalla Commissione Europea il 2 luglio 2014 e reperibile su www.eur-lex.europa.eu; nonché *Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Una strategia europea dei dati*, COM/2020/66 finale, adottata a Bruxelles dalla Commissione Europea il 19 marzo 2020 e reperibile su www.eur-lex.europa.eu. Queste strategie politiche sono state attuate, ad oggi, nei seguenti atti legislativi europei: *Regolamento (UE) 2016/679* (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati); *Regolamento (UE) 2018/1807* (relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea); *Direttiva (UE) 2019/1024* (relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico); *Regolamento (UE) 2022/2065* (relativo a un mercato unico dei servizi digitali); *Regolamento (UE) 2022/868* (relativo alla governance europea dei dati); *Regolamento (UE) 2022/1925* (relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale), reperibili su www.eur-lex.europa.eu. Ad essi si aggiunge la *Proposta di Regolamento (UE) sulla normativa sui dati (Data Act)*, approvata a Bruxelles il 23 febbraio 2022. Per un commento in dottrina, v. L. LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3/2021, 675 ss.

⁴⁸ Per la distinzione tra dati analogici e dati digitali, v. (voce) *dato*, in *Enciclopedia Treccani on line*, reperibile al www.treccani.it; secondo la quale: «La rappresentazione di un'informazione può essere realizzata da d. analogici e da d. digitali. I d. analogici sono grandezze fisiche che assumono valori in un insieme continuo, in modo tale che la rappresentazione mantenga una relazione 'esatta' con l'informazione originale, mentre i d. digitali sono grandezze fisiche che assumono valori in un insieme discreto. I segnali elettrici che rappresentano la voce originale di una conversazione su una linea telefonica sono un esempio di d. analogici, mentre i numeri di telefono sono un esempio di d. digitali che rappresentano l'identità dell'abbonato».

⁴⁹ Cfr. N. IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, pp. 192-196, sulla natura del documento come bene materiale e, precisamente, come *res signata*.

⁵⁰ Su queste categorie v. § 2.1.

⁵¹ *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, cit.

⁵² V. § 4.2.

personale con la teoria dei beni giuridici. L'utilità di questo percorso si riscontra sotto diversi punti di vista. Il principale e il più utile ai nostri fini consiste nel permettere di sancire la distinzione tra l'entità-dato personale e la persona fisica che ne è la fonte⁵³, ossia il soggetto «interessato» (cfr. art. 4, n° 1 GDPR). Tuttavia, proprio per il legame intercorrente tra i due termini, il passaggio interpretativo di “distacco” del dato dalla sua fonte non è né automatico, né pacifico: esso richiede di essere verificato, al fine di poter in seguito individuare il tipo di relazione giuridica intercorrente tra dato e persona fisica cui si riferisce.

2.1. IL DATO PERSONALE COME OGGETTO DI DIRITTI: PRIMA IPOTESI.

Il problema del dato personale come oggetto di diritti⁵⁴ risale in Italia alla prima legge sul trattamento dei dati personali. Infatti, sin dall'entrata in vigore della legge n° 675/1996⁵⁵, nel ricostruire il modello di tutela introdotto dalla normativa sul trattamento dei dati personali, la dottrina si era posta il quesito se tali entità costituissero oggetto di diritti e se la normativa avesse introdotto un “nuovo bene”⁵⁶. La ragione del dibattito si annidava, da una parte, nella difficoltà di rinvenire tra le maglie della normativa un diritto para-proprietario dell'interessato sul dato personale⁵⁷, in quanto disciplina diretta ad attribuire alla persona fisica principalmente una tutela di interessi esistenziali; d'altra parte, nel non poter negare

⁵³ Il concetto di soggetto-fonte, cioè come fonte di entità distaccate ad esso riferibili, si deve a V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, in *Nuovo Diritto Civile*, 3/2021, pp. 30, 36 et alii, la quale utilizza questa efficace terminologia per spiegare il rapporto tra la persona fisica e le sue parti, in particolare i campioni biologici. Sottolineano la distinzione tra soggetto interessato (soggetto-fonte nella terminologia poc'anzi riferita) e dato personale nei termini di un distacco che produce una entità ontologicamente distinta, tra gli altri, C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale.*, cit., p. 88; E. PELINO, *A) Dato personale*, cit., p. 48. *Contra* D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983, 355 ss.; ID, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss., spec. p. 346, il quale sostiene che «la circostanza che dati e vicende personali possano divenire oggetto di transazioni economiche» si possa spiegare «senza per questo dover immaginare una sorta di scomposizione/scorporazione dei diversi aspetti del valore giuridico della persona in altrettanti beni giuridici, ai quali (finché rimangono legati alla persona) mancherebbe la necessaria oggettività.»

⁵⁴ Per tale concetto, v. *infra*.

⁵⁵ Il riferimento è alla legge, 31 dicembre 1996, n. 675 sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, introdotta in attuazione dei vincoli internazionali assunti dall'Italia con la Convenzione di Strasburgo, 28 gennaio 1981, n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale e di quelli comunitari derivanti dalla Dir. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati.

⁵⁶ Il quesito è trasversale nei primi commenti alla normativa relativi all'indagine sul modello di tutela da essa introdotto. Alcuni si rinvergono nell'opera collettanea dedicata alla nuova legge, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, in *Diritto dell'informatica*, collana diretta da G. Alpa, Milano, 1998: in particolare, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, pp. 167-170; A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., pp. 228-233. Per un emblematico confronto dialettico in proposito, v. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 339 ss., spec. p. 346 e V. ZENO-ZENCOVICH, *Sull'informazione come “bene” (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 485 ss.

⁵⁷ In questo senso espressamente A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., p. 229. Per una ricostruzione del diritto sui dati personali come situazione giuridica soggettiva diversa dal modello proprietario, v. G. CONTE, *Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 225 ss., spec. 234.

che la legge avesse introdotto una disciplina sui sistemi di circolazione delle informazioni personali⁵⁸ e, dunque, il riconoscimento implicito di una nuova entità apprezzabile autonomamente rispetto alla persona cui ritenerla riferita.

Con l'entrata in vigore del Codice della privacy, e il riconoscimento espresso del diritto alla protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali della persona⁵⁹, il dibattito sull'oggettività giuridica del dato personale si è ridotto proporzionalmente all'affermarsi di una lettura "personalista"⁶⁰ della normativa sul trattamento dei dati personali. L'orientamento formatosi sul tema specifico, invero, risente dell'impostazione affermata in tema di oggettività degli aspetti morali e delle parti del corpo della persona⁶¹. In quest'ottica, la natura giuridica del dato personale come oggetto del diritto è avversata principalmente alla luce della supposta inscindibilità del dato personale dalla persona cui è riferito («interessato»).

Sebbene non si voglia negare la riconducibilità del diritto alla protezione dei dati personali ai diritti fondamentali della persona e ai diritti della personalità, il primo aspetto che questo orientamento sollecita e che deve essere affrontato, quindi, è se il legame tra dato personale e interessato implichi anche la impossibilità di concepire il primo come entità distinta dal secondo⁶².

⁵⁸ Per questa ricostruzione, v. F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 7/1998, pp. 613, nonché pp. 624-625. Tale impostazione, benché isolatamente, è stata accolta ed approfondita sotto la vigenza del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs., 30 giugno 2003, 196) da L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Tomo I, Milano, 2006, 531 ss., spec. 551 ss. Benché nella legge n. 675/1996 non si rinvenga un diretto riferimento alla libera circolazione dei dati, già la Convenzione di Strasburgo riconosceva, come valore da tutelare e bilanciare con quello del rispetto alla vita privata, la *libera circolazione delle informazioni tra i popoli*; inoltre, la *libera circolazione dei dati personali* è riconosciuta espressamente dalla Dir. 96/CE/46 di cui la legge n. 675 è attuazione.

⁵⁹ L'atto normativo originario sanciva all'art. 1: «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano».

⁶⁰ Ci sia consentito utilizzare questa espressione per riferirci a quella corrente della dottrina che considera obiettivo primario della disciplina (interna) sul trattamento dei dati personali tutelare la persona e la sua dignità. In quest'ottica, sotto la vigenza della legge n. 675/1996, C. CASTRONOVO, *Situazioni giuridiche soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 1998, p. 658, secondo il quale la legge ha come obiettivo non la tutela dei dati, ma la tutela della persona e della personalità in tutte le sue articolazioni; nonché D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 348, il quale afferma che il livello originario di comprensione dei dati personali è quello della riservatezza e del sistema dei divieti (alla raccolta dei dati personali, *ndr*) e delle regole in esso operanti. In questa direzione anche: V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 467-468; E. GIANNANTONIO, *Art. 1, comma 1*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M. G. Losano, V. Zeno-Zencovich, II ed., Padova, 1999, p. 4 ss. Sotto la vigenza del Codice della privacy: C.M. BIANCA, *Nota introduttiva I*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Tomo I, Padova, 2007, p. XXIII. Per una ricostruzione alla luce dei diritti fondamentali, v. S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2004, p. 3 ss.; G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in *Il Codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004, p. 11 ss., spec. p. 39 ss.

⁶¹ V. § 3.1.

⁶² Si possono cogliere spunti in questa direzione già in S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 588, secondo il quale la legge in materia di protezione dei dati personali è una legge sul trattamento e fornisce uno statuto articolato dell'informazione, riconoscendo in capo all'interessato il diritto al controllo sui dati personali.

L'autonomia ontologica del dato, tuttavia, non è problematizzata soltanto dalle teorie personaliste più radicali; di recente, infatti, si assiste ad una rivitalizzazione del dibattito in una prospettiva opposta, e cioè in chiave "mercantilista"⁶³. Ancorché non in termini diretti, si sostiene che il dato personale esuli dall'area dell'oggetto in quanto privo di reale valore economico. Nel contesto dei Big data, il valore non risiederebbe nel singolo dato, ma nel dato profilato (*rectius*, profilo) rivelatore delle abitudini e delle opinioni dell'interessato e deducibile attraverso l'interconnessione del dato originario con gli altri innumerevoli dati raccolti in banca dati. Sembra, dunque, che nel nuovo ambiente tecnologico i dati originariamente raccolti, in quanto non corrispondenti ad un elevato valore monetario, non possano accedere alla categoria giuridica dell'oggetto.

Ognuna di queste tesi si fonda su argomenti razionali, tuttavia, non decisivi per impedire di considerare il dato personale come oggetto di un diritto; a patto che di quest'ultima categoria si accolga una concezione ampia. Infatti, le due tesi antagoniste – ancorché ispirate da considerazioni di partenza opposte fra loro – sembrano rivelare un presupposto teorico comune: che oggetto di diritto, o bene giuridico, possa essere soltanto una entità riconducibile ad un diritto para-proprietario, dunque una entità che sia riferimento di una situazione giuridica soggettiva esclusiva e di natura patrimoniale e, soprattutto, rispetto alla quale esista un valore monetario di riferimento.

Prima di confrontarci con il contenuto di queste opinioni, dunque, occorre verificarne la premessa e rinvenire quale sia effettivamente lo spazio teorico ormai riconosciuto al concetto di oggetto giuridico. In proposito, infatti, sono state sviluppate numerose tesi, le quali – per ragioni di comodità espositiva – si possono sintetizzare in due orientamenti principali.

Secondo un primo filone di pensiero la categoria dell'oggetto del diritto indica una entità o situazione del mondo esterno che ha la qualità di costituire per il soggetto, in relazione a determinati suoi scopi e rapporti, una situazione utile patrimonialmente⁶⁴. Si

Soprattutto, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 163, secondo il quale è capzioso impostare la lettura della normativa sui dati personali come alternativa rigida tra una legge sui dati e una legge sui diritti della personalità.

⁶³ Ancora una volta utilizziamo per comodità, e per contrasto alla corrente "personalista" poc'anzi richiamata, tale espressione per indicare sinteticamente l'approccio distinto della dottrina che ritiene che la disciplina sul trattamento dei dati personali sia una disciplina sulla circolazione dei dati personali e primariamente diretta a tutelare il Mercato Unico Europeo. In quest'ottica, F. BRAVO, *Il "diritto a trattare dati personali" nello svolgimento di attività economica*, Milano, 2018, p. 53 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf. e inf.* (II), 4, 2018, p. 689 ss.; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *federalismi.it*, n. 21/2019, p. 1 ss., spec. p. 12 ss. e p. 21 ss. Più cautamente altra dottrina discorre di «due anime del GDPR», ritenendo che non sia corretto mettere in risalto di volta in volta soltanto uno dei due valori tutelati dalla normativa: in questo senso, v. N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e tutela del diritto alla privacy*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, pp. 35-42 ss. Per un commento parzialmente critico al bilanciamento operato dal legislatore europeo tra diritto alla protezione e libertà di circolazione dei dati personali, F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2/2017, p. 369 ss., il quale in premessa riconosce l'ispirazione principalmente economica del GDPR.

⁶⁴ Si tratta di una definizione desumibile in via sintetica dai contributi seguenti: D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 809, ma cfr. pp. 819-826. Infatti, dalla lettura dell'intero contributo risulta che, quando l'A. estende la qualifica di oggetto del diritto a *beni non economici*, si riferisca non tanto a beni non patrimoniali secondo il diritto, ma unicamente a quelle risorse che, non essendo

tratta di una opinione restrittiva, in quanto circoscrive la categoria alle sole entità cui si collega una tutela patrimoniale. Un altro filone di pensiero, invece, ricorrendo ad un approccio più estensivo, riconduce alla categoria del bene giuridico in senso stretto ogni entità in cui si sintetizza un particolare interesse ed una situazione giuridica soggettiva, indipendentemente dalla natura economica o esistenziale di quest'ultima⁶⁵.

Salvo quanto si dirà in seguito⁶⁶, la dialettica tra i due filoni si appunta sul tipo di situazione giuridica soggettiva alla quale si riferisce l'entità considerata e si ripercuote sulla stessa ricostruzione teorica circa la oggettivazione degli aspetti della persona. Secondo il primo filone, infatti, non v'è possibilità di ricondurre agli attributi morali e corporali della persona, tutelati dai diritti della personalità, la natura di oggetti giuridici, in quanto, esprimendo tali attributi «modalità di essere della persona», essi non potrebbero costituire il correlato logico⁶⁷.

L'altro orientamento, invece, non esclude la possibilità che anche rispetto ai diritti della personalità si possano individuare degli oggetti di riferimento⁶⁸, in quanto anche rispetto alla persona e alle sue qualità una forma di (auto)godimento potrebbe ravvisarsi.

Quest'ultima affermazione, elaborata in forma meramente embrionale e del tutto ipotetica, sembra aprire ad una teorica strada per cui la categoria dell'oggetto del diritto possa comprendere anche dei riferimenti esterni al soggetto, ma non estranei alla sua dimensione esistenziale.

Si potrebbe obiettare certamente che accogliendo questa ipotesi si corra il rischio di cadere in una idea di oggetto/bene troppo sfumata. Invero, se si guarda al confronto teorico prima esposto, sembra possibile ricavare da entrambi i filoni almeno un comune criterio discriminante il concetto di oggetto di diritto e, quindi, provare ad ipotizzare proprio tramite tale criterio lo spazio di compatibilità tra oggetto e diritti della persona. Punto centrale della categoria, infatti, risiederebbe non nella natura dell'interesse tutelato, ma nel profilo della separazione ideale di una entità⁶⁹ rispetto alla fenomenologia giuridica circostante.

scarse, non sono beni economici secondo la scienza economica e che non sono soggetti ad appropriazione esclusiva. Cfr. M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, 1/1987, p. 607 ss., spec. pp. 628-641, il quale attribuisce legittimità al concetto di bene giuridico soltanto in quanto inteso come categoria sistematica settoriale, cioè come categoria operante in relazione solamente alla funzione dell'ordinamento di allocare le risorse patrimoniali. In senso analogo, anche V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, cit., 438 ss. Di recente, imposta il tema dei beni/oggetti di diritto in prospettiva squisitamente patrimoniale A. JANNARELLI, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, p. 132 ss., spec. 140 ss.

⁶⁵ S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 174; O.T. SCOZZAFAVA, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss., spec. 3. Rispetto al problema specifico delle informazioni P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, cit., pp. 330-332.

⁶⁶ V. § 4.1.

⁶⁷ D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, cit., p. 825. Il pensiero dell'A. si è evoluto nel tempo: in proposito v. ID, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 404, dove afferma che rispetto ad alcuni valori della persona, laddove esteriorizzati, si costituisca un bene (es. immagine pubblicata) e che rispetto a quest'ultimo si possa compiere una vera e propria attività negoziale.

⁶⁸ O. T. SCOZZAFAVA, voce *Oggetto dei diritti*, cit., pp. 6-7, il quale ritiene che l'esistenza di un oggetto del diritto possa predicarsi in ragione della possibilità di un godimento. Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, cit., pp. 173-175.

⁶⁹ In proposito, v. D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, cit., p. 816, il quale discorre di «individualità» dell'entità da accertarsi con un procedimento logico-razionale; cfr. S. PUGLIATTI, voce *Beni*

D'altra parte, nel tentativo di ricostruire una nozione privatistica di bene giuridico, recente dottrina⁷⁰ ha affermato che «il bene consiste in un'entità sottoposta ad un processo sociale di oggettivazione tale da essere percepita dalla coscienza sociale come distinta rispetto al soggetto percepente e rispetto alla realtà più ampia di cui essa partecipa (se ad es. è una parte di un tutto), così da divenire cosa». Se tale ultimo aspetto costituisse il vero *proprium* dell'oggetto del diritto, allora, una possibilità per concepire i dati personali come oggetti/beni giuridici potrebbe essere ancora percorsa.

Questa strada potrebbe giustificarsi anche alla luce di ulteriori considerazioni. In primo luogo, mettendo a sistema il problema, una simile impostazione potrebbe essere interpretata come corollario di una più ampia evoluzione del pensiero giuridico, manifestatasi concretamente in altri settori attigui⁷¹. In secondo luogo, adottare una concezione di oggetto del diritto più ampia non dovrebbe escludere al contempo che un concetto più ristretto e funzionale di bene giuridico, come entità cui l'ordinamento fa corrispondere una appropriazione delle utilità economiche, venga mantenuto⁷². Un concetto più ampio potrebbe semplicemente garantire uno spazio alla elaborazione di una qualificazione giuridica più ampia e coerente con la realtà.

Sugli argomenti alla base della possibile applicazione di questo approccio al tema dei dati personali occorre ora soffermarsi.

2. 2. SEPARAZIONE DALLA PERSONA FISICA.

La oggettività del dato personale presuppone che si possa predicarne la separazione dalla persona fisica cui si riferisce, ossia l'interessato. Si tratta di un procedimento interpretativo che, benché intuitivo da un punto di vista fattuale, richiede che trovi corrispondenza nell'ordinamento.

Il problema della separazione di entità dalla persona non appartiene soltanto ai diritti della personalità c.d. morale, cioè all'ambito degli attributi immateriali⁷³, ma caratterizza anche, e forse con maggiori obiezioni, il tema del corpo e delle sue parti. Riteniamo che, benché la dottrina contemporanea dei diritti della personalità morale offra fondamentali spunti, l'evoluzione del pensiero giuridico sul regime di appartenenza del corpo e delle sue parti offra un contributo fecondo anche per la ricostruzione del tema che ci riguarda, in quanto ci sembra che essa confermi l'utilità del criterio sociale poc'anzi richiamato e lo integri ai fini del processo di oggettivazione di una entità.

(*teoria generale*), cit., p. 174, il quale discorre di «entità del mondo esterno» o di «qualsiasi termine, anche negativo, che appaia socialmente e (quindi) giuridicamente rilevante».

⁷⁰ F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2013, p. 482.

⁷¹ Intendiamo fare riferimento al problema della natura giuridica dei campioni biologici – in qualità di parti staccate del corpo umano – e del loro regime di appartenenza.

⁷² Sul relativismo dei criteri di selezione dei beni tra branche del diritto, giustificata dalla diversità di finalità cui ciascuna è diretta, v. F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 459. Dal nostro punto di vista tale relativismo potrebbe applicarsi anche all'interno dello stesso settore, in questo caso all'interno del diritto privato, ipotizzando una nozione più ampia funzionale alla selezione delle entità, un'altra più specifica funzionale all'allocazione delle risorse patrimoniali.

⁷³ Per tutti i riferimenti bibliografici ai diritti della personalità v. §§ 3.1 e 3.3.

Con la doverosa cura dei distinguo, data l'immaterialità del dato personale, ci sembra che i criteri forniti dalla dottrina possano essere adoperati anche in questa sede. D'altra parte, ancorché non si intenda rinunciare alla distinzione tra parti del corpo e informazioni personali, sarebbe tendenzioso contestare la comunanza del valore di partenza e l'unicità della fonte di riferimento⁷⁴, ossia la persona fisica.

Proprio sulla base di tale unitarietà valoriale, una parte della dottrina aveva escluso la separabilità tra persona umana e relativi aspetti fisici e morali. Secondo tale opinione⁷⁵, infatti, la categoria dell'oggetto giuridico non potrebbe applicarsi all'ambito dei diritti della personalità poiché essi «si pongono come modalità di essere della “persona in quanto soggetto del diritto”» e poiché rispetto ad essi «il punto di riferimento oggettivo dell'interesse specificamente tutelato non sarebbe costituito da una utilità esterna al soggetto, ma interna e connaturata alla sua vita di relazione. In altri termini, l'oggetto della tutela sarebbe lo stesso soggetto visto sotto un diverso profilo formale».

Il rigore di tale posizione si è in parte attenuato nei tempi successivi quando, accolta la compatibilità di più qualificazioni giuridiche su un medesimo fatto, si è ammesso che alla normativa di garanzia formale della persona in sé (dovere di astensione) si potesse sovrapporre una normativa di attribuzione patrimoniale tale da determinare l'oggettivazione di un aspetto della persona e, dunque, la nascita di un bene giuridico di cui disporre mediante attività negoziale⁷⁶.

Anche in quest'ultima rielaborazione, tuttavia, riemerge una tendenza ad interpretare il problema secondo una radicalizzazione dei fenomeni: o il patrimonio, e dunque, il bene giuridico, oppure la persona, e dunque, il dovere di astensione dal compiere azioni che possano ledere la sfera personale⁷⁷. Ci sembra, però, che le realtà fattuale e giuridica non giustifichino questo tipo di approccio e, anzi, invitino all'elaborazione di modelli giuridici più ampi e, soprattutto, al loro interno, suscettibili di una graduazione. In altri termini, i limiti all'oggettivazione dei profili fisici e morali della persona affermati tradizionalmente non risulterebbero insormontabili, se si ammettesse un mutamento di paradigma.

Con riguardo al rapporto tra persona e corpo, autorevole dottrina⁷⁸ rileva che l'oggettivazione delle sue parti non è preclusa né a livello teorico, né dal diritto positivo.

⁷⁴ Per il riconoscimento del valore unitario della persona fisica, v. M. BESSONE-G. FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 198. Salvo quello che si preciserà in seguito da un punto di vista giuridico, ci pare emblematico riscontro di questa considerazione il concetto di *salute* adottato in ambito medico. La Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS), infatti, definisce la salute come *stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non meramente l'assenza di malattia o infermità* (la traduzione riportata italiano è nostra, per il testo originale v. <https://apps.who.int/gb/gov/assets/constitution-en.pdf>).

⁷⁵ D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, cit., pp. 826-827.

⁷⁶ ID, voce *Personalità (diritti della)*, cit., pp. 401-402.

⁷⁷ ID, voce *Personalità (diritti della)*, cit., pp. 360-362. L'A. sostiene che rispetto al valore giuridico della persona si debba uscire dalla logica potere-attività-oggetto del diritto soggettivo, plasmato sul modello del diritto di proprietà, dovendosi al contrario accogliere una forma di tutela giuridica nei termini del comando giuridico, consistente sia nel dovere di non ledere la sfera personale altrui, sia nel dovere verso se stessi di non auto-danneggiarsi. Per una sintesi delle possibili obiezioni all'idea del dovere verso se stessi, v. V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, cit., p. 43 ss., nonché 144 ss. e 150 ss.

⁷⁸ P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Tomo I*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P.

Tale conclusione è il precipitato del superamento del ripetuto tentativo di proporre, con inevitabili contraddizioni, l'applicazione del diritto di proprietà in questo ambito. L'accantonamento del modello proprietario "puro", però, avviene per gradi e sulla base del preliminare rilievo delle ambiguità che caratterizzano ogni discorso sull'appartenenza del corpo.

Secondo l'opinione in questione, infatti, il corpo ora è indistinguibile dal soggetto, e si pone come luogo del Sé, ora è «oggetto di diritti, decisioni e appropriazioni»; l'appartenenza ora appare come «nesso interno dall'identità», ora si pone come un «legame di possesso oggettuale». Rispetto a tali doppie verità «il diritto è chiamato a distinguere, tra relazioni in cui la realtà biologica dell'individuo è assorbita nel valore e nella tutela dell'identità e altre in cui si possa mantenere, ma governare una dicotomia tra io-soggetto e corpo-oggetto»⁷⁹.

Cercando di sintetizzare il pensiero dell'Autore, si coglie che l'identificazione del Sé nel corpo e nelle sue parti costituisce da una parte modo di appartenenza, dall'altra criterio di definizione del confine dell'Io. Attraverso la identificazione o disidentificazione delle parti, si attua altresì la loro inclusione o esclusione dal confine dell'Io. La regolazione di quest'ultimo può portare alla percezione della parte come non-me, cioè come oggetto, ma la separazione tra soggetto e oggetto allo stato puro si presenta «solo nei casi in cui ciò che è mio non è investito da alcun elemento identitario o affettivo»⁸⁰.

Si rappresentano, dunque, degli estremi dell'appartenenza del corpo e delle sue parti definiti dall'identificazione e dalla disidentificazione col Sé; al loro interno, però, si riconosce l'operatività di stati intermedi nei quali la convivenza tra oggetto e luogo dell'Io si fa più evidente e costante (es. la mia salute, la mia integrità fisica, la mia reputazione, la mia vita privata, le mie idee, le mie creazioni): si concepisce così la «vasta nebulosa dell'appartenenza»⁸¹.

«La chiave che apre l'oggettivazione è l'isolamento, anche solo ideale, di una parte o di un tessuto del corpo, da separare o da considerare in modo separato. Ciò che è isolato si stacca dal nucleo dell'Io corpo e può migrare verso la periferia della sfera dell'appartenenza dove l'idea di mio implica una considerazione attuale o possibile come oggetto, e quindi, almeno relativamente non-me. Può migrare; ma può anche separarsi spazialmente senza separarsi dal punto di vista identitario: la parte è distaccata, ma in senso funzionale o identitario non isolata perché ad esempio resta per me lo strumento di una funzione vitale [...] o tabernacolo, come un tempo si diceva, della mia identità genetica. [...]». La funzione in rapporto all'identità non è necessariamente insita nella materialità dell'oggetto, ma dipende dal contesto di aggressione o dal contesto di decisioni dell'interessato⁸².

Zatti, Milano, 2011, p. 99 ss.; ID, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2007, *Parte Seconda*, 1 ss.

⁷⁹ P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, cit., p. 100.

⁸⁰ ID, *op. cit.*, p. 105.

⁸¹ ID, *op. cit.*, p. 106.

⁸² ID, *op. cit.*, pp. 116-117.

Muovendo da queste considerazioni e cogliendo il suggerimento kantiano⁸³, la dottrina in questione ritiene che il concetto più appropriato per descrivere il rapporto tra persona e corpo non sia quello di proprietà, ma di *sovranità*⁸⁴: l'uomo ha un "potere originario", cioè non costituito dallo Stato, sul suo corpo vivente nei limiti dei suoi confini sia fisici che determinati dalla esperienza vissuta (identità); tale potere ha fonte nella dignità dell'uomo e perciò ha in sé gli anticorpi contro qualsiasi anarchica estensione del diritto di disporre.

L'appartenenza del corpo, dunque, ha radice nella sovranità del corpo, ma si dispiega poi in molteplici modalità, come i diritti fondamentali e i diritti della personalità. Il modello che le sintetizza efficacemente è il *governo del corpo*⁸⁵, il quale include: confine (*noli me tangere*), controllo, libertà, decisione, potere di configurazione, di conduzione, d'impiego e anche di utilizzazione. Il governo del corpo, quindi, incorpora una costellazione di prerogative di varia natura e di vari rami del diritto, distinte fra loro anche in rapporto al progressivo intensificarsi dell'identificazione tra io e corpo, dalla periferia al centro dell'appartenenza; ma soprattutto, è anche governo del processo di isolamento, proprio perché isolamento è governo del confine dell'io.

Si ammette, così, che in mano della persona vi sia la possibilità stessa di isolare da sé una parte, la quale, ancorché oggetto, sarà «in misura differenziata "vaso" di identità». Nell'essere oggetto/cosa, la parte del corpo non scolora direttamente nella categoria delle merci; tuttavia, attraverso questa ricostruzione teorica, si apre la strada per oggettualizzarla ed elaborare un diritto su di essa analogo al diritto di proprietà, una "proprietà corporale", che consenta di soddisfare legittimi interessi economici del soggetto che altrimenti verrebbero frustrati⁸⁶.

Come acuta dottrina⁸⁷ ha di recente evidenziato, d'altra parte, l'economicità non si riassume nella categoria dello scambio: l'ordinamento, infatti, conosce diverse qualificazioni degli atti di autonomia privata e la possibilità di una loro combinazione; inoltre, prevede strumenti, atti a promuovere istanze solidaristiche senza disconoscere il valore patrimoniale di alcuni atti. Tale pluralità di modelli consente di creare delle alternative al mercato puro e al regime della corresponsività e troverebbe riscontro positivo nelle numerose indennità previste dalla legge in favore dei soggetti che dispongono di parti del corpo per finalità solidaristiche o di ricerca.

Riservando le considerazioni sulla patrimonialità del dato personale ad un momento successivo della trattazione⁸⁸, vorremmo ora evidenziare come l'isolamento di cui prima si

⁸³ Così I. KANT, *La metafisica dei costumi. Testo tedesco a fronte*, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, 2006, pp. 144-144: «Per questo, un uomo può essere padrone di sé (*sui iuris*), senza poter essere, però, proprietario di sé stesso (*sui dominus*, senza cioè poter disporre di se stesso a sua discrezione), e ancor meno, evidentemente, di altri uomini, perché egli è responsabile dell'umanità nella sua propria persona».

⁸⁴ P. ZATTI, in *ult. op. cit.*, p. 122 ss.

⁸⁵ ID., *op. cit.*, pp. 128-129.

⁸⁶ ID., *op. cit.*, pp. 130-132.

⁸⁷ V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, cit., 25 ss., spec. 44 ss. L'A., infatti, ritiene che la previsione dell'indennità dimostri che, rispetto alla disposizione di parti del corpo, il legislatore non escluda tanto uno schema oneroso, quanto uno schema di scambio.

⁸⁸ V. §§ 4.1. e 4.3.

discorreva in proposito delle parti del corpo, in quanto concepito come ideale, possa essere applicato anche con riguardo alle informazioni personali e consentire l'oggettivazione di cui si discorreva. Ci sembra che l'isolamento, qui, possa essere frutto di diversi fattori: da una parte, del processo socio-normativo maturato sul dato personale; dall'altra, anche delle scelte dell'interessato in quanto sovrano e governatore dei confini del Sé.

Per quanto riguarda il processo socio-normativo di oggettivazione, occorre dire che con riguardo alle informazioni personali è senz'altro innegabile il ruolo di "vaso dell'identità" dell'interessato che esse svolgono. Tuttavia, tale ruolo non può essere esasperato, né concepito come unitario.

Preliminarmente, se le considerazioni svolte in esordio sul dato come segno informativo fossero condivisibili⁸⁹, un principio di separazione tangibile, comunque, vi sarebbe: se la fattispecie del dato personale si completa nel momento in cui – con il trattamento e sua la predisposizione a certe finalità – si desume una informazione, a monte essa necessita di un livello sintattico, per questo tangibile. Ma a parte queste osservazioni che si legano all'impostazione da noi proposta, altri argomenti a favore si possono prospettare.

In primo luogo, infatti, definire il dato personale come informazione riferita alla persona non significa dire che la sua identità vi sia racchiusa: come nelle parole del filosofo⁹⁰ «il dato non è un numero (o lettera o sequenza alfanumerica) che racchiude la persona», ma «cifra che rinvia alla sua identità, la quale a sua volta trascende rispetto ad ogni sua puntistica oggettivazione [...] D'altronde, se si pone un problema di dati che riguardano la persona, è proprio perché questa eccede i suoi dati, si annuncia in essi e al contempo se ne ritrae».

In secondo luogo, il legame con l'identità non è uniforme all'interno della categoria generale del dato personale: infatti, non tutti i dati sono uguali. Alcuni si limitano a identificare la persona, altri la descrivono genericamente (cfr. art. 4, n° 1 GDPR), altri ne rivelano aspetti legati alla sua identità etnica, politica, religiosa, filosofica e ideologica, nonché all'orientamento sessuale e al suo stato di salute, alla sua identità genetica (cfr. art. 9 GDPR). L'identificazione tra dato e Sé, dunque, non è mai totale, ma è progressiva, aumentando man mano che i dati riportano informazioni su aspetti sempre più prossimi al nucleo del Sé.

Volendo si potrebbe anche osservare, nell'ottica di una maggiore separazione, che i dati personali, più che attributi della persona siano informazioni su di essi e, in generale, sulla sua personalità.

Infine, se si guarda alle novità introdotte dal GDPR, non ci pare si possa riscontrare una direzione legislativa in senso opposto all'oggettivazione. Basti qui solamente pensare al diritto alla portabilità (art. 21)⁹¹, il quale riconosce in capo all'interessato un diritto analogo

⁸⁹ V. § 1.

⁹⁰ Ancora una volta il riferimento è a A. PUNZI, *La persona nei dati. Ragioni e modelli di una regolamentazione*, cit., p. 768.

⁹¹ Sul diritto alla portabilità dei dati personali, v. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 369 ss., spec. p. 399 ss.; G. M. RICCIO-F. PEZZA, *Portabilità dei dati personali e interoperabilità*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 397 ss.; F. CATALANO, *Il diritto alla portabilità dei dati tra interessi individuali e prospettiva concorrenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2019, 833 ss.; M. GIORGIANNI, *Il «nuovo» diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, in

al diritto di seguito nei diritti reali: una facoltà che gli permette di recuperare i dati forniti al primo titolare del trattamento e di poterli riutilizzare in altri contesti, potendo pretendere anche che gli stessi vengano trasmessi dal primo al secondo titolare.

Se anche queste osservazioni fossero condivisibili, un processo di oggettivazione vi sarebbe per effetto stesso della normativa. A questo stadio dell'isolamento il dato personale è già un oggetto, ma continua ad essere vaso dell'identità personale dell'interessato: una separazione tangibile c'è, ma non funzionale. In questa fase, forse, non sussiste ancora una connotazione patrimoniale; tuttavia – come per le parti del corpo – tale destinazione potrebbe essere determinata dalla decisione di qualcuno come l'interesse, in qualità di espressione della sovranità che egli ha su Sé e per mezzo del potere di governo che esercita sulla sua sfera giuridica. Si tratta di una ipotesi, i cui punti verranno approfonditi in seguito⁹².

2. 3. AUTONOMA RILEVANZA DEL SINGOLO DATO NEL CONTESTO DEI BIG DATA.

Secondo un orientamento di recente emersione⁹³, nel contesto dei Big data⁹⁴, il singolo dato personale non avrebbe valore autonomo; il reale valore dovrebbe essere ascritto

Contratto e impresa, 4/2019, p. 1387 ss.; E. BATTELLI-G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento (UE) n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di R. Panetta, Milano, 2019, p. 185 ss.

⁹² V. § 4.3.

⁹³ Sul passaggio dal valore del singolo al valore della massa, v. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2021, pp. 47-49, il quale sostiene vi sia una differenza netta tra il fenomeno di commercializzazione di attributi immateriali della persona come nome e immagine e quello della commercializzazione dei dati personali. L'A., infatti, afferma: «Nel caso dei contratti di sponsorizzazione dell'immagine di un personaggio noto al pubblico, l'estrazione di valore è pressoché diretta ed immediata e ciò consente all'operatore economico di assegnare un prezzo alla prestazione del soggetto. Di contro, nelle ipotesi in cui una piattaforma digitale attinge dati personali – di vario genere – da un utente, *l'estrazione di valore dipende dall'utenza complessivamente considerata*, con il risultato che se proprio si volesse assegnare un prezzo sarebbe più agevole attribuirlo alla massa di dati raccolti, fermo restando che il valore finale è pur sempre frutto di un processo di elaborazione dell'impresa». Considerazioni simili, ancorché più sfumate, sono presenti in S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, pp. 158-160.

⁹⁴ La definizione di Big data è in continua evoluzione e non ne risulta alcuna, ancora, di portata normativa. Il primo elemento di incertezza circa la corretta definizione si deve al fatto che in alcuni casi si usi il termine Big data per indicare il set di dati, in altri per indicare le tecnologie di elaborazione. Per una sintesi delle diverse nozioni elaborate dalla dottrina economica si veda l'utile contributo di G. DE GREGORIO-R. TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Torino, 2019, p. 454 ss. L'A. riporta, in primo luogo, la definizione di Big data elaborata nel 2011 dal McKinsey Global Institute, secondo il quale il termine indica set di dati la cui dimensione supera la capacità di un database di acquisire, archiviare, gestire e analizzare dati e informazioni. Quest'ultima trae spunto dal contributo di D. Laney, secondo il quale i Big data si caratterizzano per le 3 "V": *volume* dei dati, *varietà* delle fonti dei dati, *velocità* della trasmissione dei dati. Infine, riporta diverse definizioni nelle quali i Big data sono intesi come *analytics*, cioè nuove generazioni di tecnologie e architetture realizzate per estrarre un autonomo valore economico da larghi volumi di dati, derivanti da variegate fonti, attraverso una cattura, ricerca e analisi ad alta velocità. Per un quadro organico delle problematiche e prospettive giuridiche sui Big data, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Ten legal perspective on the "Big data revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, 1/2016, 20 ss. Per delle considerazioni critiche in ordine all'impatto dei Big data sui principi generali della disciplina della *privacy*, v. A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1181 ss. Nonché con riguardo specifico alla recessione del ruolo del consenso nel contesto della raccolta di dati genetici e inerenti alla salute in archivi di grandi dimensioni, V. CAREDDA, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, in *Diritti di*

all'informazione-prodotto risultante dall'aggregazione e dal confronto con le altre raccolte in massa, in quanto soltanto su tale prodotto si verrebbe a costituire un mercato dei dati, profilati o comportamentali⁹⁵.

Da queste considerazioni strettamente attente all'andamento dei modelli di business contemporanei, la dottrina in questione fa discendere una conclusione sul tema che ci interessa: il dato personale non potrebbe essere un oggetto/bene giuridico; la relazione tra interessato e informazione che gli si riferisce dovrebbe essere apprezzata soltanto da un punto di vista dei diritti della personalità/dovere di astensione.

Non è chiaro, invero, se si neghi al dato personale la natura di bene giuridico in senso ampio, o solo la natura di bene giuridico patrimoniale. Una simile impostazione, qualora dovesse escludere *in toto* la qualifica in termini di oggetto, sembra essere ancora una volta troppo radicale.

Non ripeteremo le considerazioni prima esposte per giustificare l'oggettività del dato personale, così come l'abbiamo intesa; tuttavia, riteniamo utile aggiungere che l'opinione in commento sembra sorvolare, anche per quanto riguarda il problema più specifico del dato personale come bene giuridico patrimoniale, su alcuni aspetti – economici e giuridici – che non dovrebbero essere ignorati al fine di un organico sviluppo della questione.

Da un punto di vista generale e di metodo, ci sembra parziale affrontare il problema dell'oggettività e della patrimonialità del dato dal solo punto di vista del contesto dei Big data: la questione, come visto dalla letteratura, si era posta ben prima che esistessero tecnologie tali da consentire una voluminosa, veloce e varia elaborazione delle informazioni. Inoltre, non si comprende la ragione del perché, in presenza di una grandezza maggiore, la grandezza minore debba perdere di significato; semmai, la nascita di nuove realtà potrà indurre ad elaborare soluzioni differenziate che tengano conto non solo del valore economico dei singoli dati, ma anche dell'apporto di chi ne ha condotto e finanziato l'elaborazione. In definitiva, non ci sembra che il riscontro dei Big data debba anche condurci ad ignorare i fenomeni di fondo, seppur “quantitativamente” più piccoli⁹⁶.

Da un punto di vista specifico e di merito, ci sembra che gli argomenti – più o meno espliciti – dell'orientamento in questione non siano poi così solidi. In primo luogo, perché per escludere la rilevanza patrimoniale del singolo dato si assume come criterio di

Famiglia e delle Persone, 3/2022, 1061 ss. Per delle considerazioni bio-etiche sui Big data, v. A. DA RE, *Big data e aspetti bioetici*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., p. 19 ss.

⁹⁵ Per una prospettiva economica in ordine alla nascita di un “mercato dei dati”, e in particolare dei dati profilati, v. A. NICITA, *Il dato profilato nella prospettiva economica tra privacy, proprietization, secrecy*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1164 ss., e spec. p. 1169. L'A. riferisce che «nell'ecosistema digitale, il dato profilato sia a tutti gli effetti un “bene economico” prodotto e venduto per antonomasia, anche attraverso scambi impliciti, per mezzo cioè di transazioni che non hanno tuttavia ad oggetto il dato, ma che lo ottengono come esternalità derivante da altri comportamenti, quali, ad esempio, l'accesso a un servizio gratuito, come nel caso in cui si visiti una pagina web o un motore di ricerca, o si entri a far parte di un social network». Sul problema della titolarità dei dati comportamentali, v. F. BANTERLE, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei big data tra privacy e proprietà intellettuale*, in *Aida*, 2016, 579 ss.

⁹⁶ Pensiamo al problema anche prima ricordato dei materiali e campioni biologici: questi ultimi dimostrano proprio come non sia una questione di grandezza quantitativa, ma semmai una questione di grandezza qualitativa. Sul valore dell'informazione (anche singola), in quanto preliminarmente entità che soddisfa il bisogno umano di conoscenza, v. per tutti P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, cit. p. 332 ss.

valutazione il valore monetario dei dati personali; infine, perché si cerca di risolvere un problema giuridico sulla base di meri argomenti socio-economici e non si ha riguardo al dato normativo.

Per quanto attiene al primo rilievo, non possiamo non osservare come, procedendo pure secondo una logica solamente economica, anche dati singoli e minimi possano costituire oggetto di una domanda e di una offerta nel mercato⁹⁷. Si pensi all'indirizzo e-mail raccolto e trattato per finalità di marketing diretto: le imprese, del settore digitale e non, sono disposte ad offrire, ed offrono tutti i giorni, beni e servizi, principali o accessori, per ottenere il dato in questione e utilizzarlo per finalità commerciali⁹⁸.

Per quanto attiene al secondo rilievo, la rilevanza del singolo dato anche per finalità commerciali è dimostrato dalla stessa normativa sul trattamento dei dati personali⁹⁹. In diversi punti del GDPR, infatti, emerge la possibile destinazione dei dati personali – senz'alcun riferimento al prodotto della loro rielaborazione – ad un trattamento per finalità di marketing diretto¹⁰⁰ e, soprattutto, la facoltà riconosciuta in capo all'interessato di opporsi in ogni momento al trattamento a ciò destinato¹⁰¹.

In definitiva, l'oggettività dei dati personali non incontra ostacoli insormontabili, né da un punto di vista teorico, né da un punto di vista del diritto positivo. Da quanto osservato, ci sembra si possa giungere ad una prima conclusione preliminare: l'interrogativo principale non verte tanto sull'oggettività o meno del dato, quanto sul genere di situazione giuridica soggettiva rispetto alla quale il dato personale è termine di riferimento. La questione che si pone, in estrema sintesi, è se il diritto che la legge riconosce in capo all'interessato consista in una prerogativa che gli attribuisce anche il potere di appropriarsi delle risorse economiche ricavabili dal dato e, eventualmente, in che modo. Di questo interrogativo, dunque, ci dovremo occupare nei prossimi paragrafi.

3.1. IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI COME DIRITTO DELLA PERSONALITÀ: SECONDA IPOTESI.

La separazione del dato personale dalla persona cui si riferisce e l'accesso del primo all'area degli oggetti di diritto implicano che il fulcro dell'indagine si sposti ora sul diritto di cui il dato è termine di riferimento. Salvo quello che si dirà in seguito sulla libera

⁹⁷ Che il valore monetario sia l'unico valore economico riferibile ad un bene non è pacifico. Il denaro, infatti, è solo lo strumento più veloce e sicuro per lo svolgimento degli scambi, tuttavia, non è unico. Autorevole dottrina, infatti, ritiene che perché una entità possa dirsi patrimoniale è sufficiente che rispetto ad essa si instauri un incontro di una domanda e una offerta di mercato, ossia assuma un valore di scambio. In proposito, v. M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 679.

⁹⁸ Si pensi al modello economico delle *fidelity cards*, o alla fornitura di servizi e contenuti digitali.

⁹⁹ In proposito, v. M. MASSIMI, *Quali orizzonti per il marketing?* in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, cit., p. 483 ss.

¹⁰⁰ Considerando (47): «[...] Costituisce parimenti legittimo interesse del titolare del trattamento interessato trattare dati personali strettamente necessari a fini di prevenzione delle frodi. Può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di marketing diretto».

¹⁰¹ Art. 21 – Diritto di opposizione: «[...] 2. Qualora i dati personali siano trattati per finalità di marketing diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto. 3. Qualora l'interessato si opponga al trattamento per finalità di marketing diretto, i dati personali non sono più oggetto di trattamento per tali finalità [...]».

circolazione dei dati personali¹⁰², la situazione giuridica soggettiva che preliminarmente viene in rilievo allorché ci si ponga il problema dell'oggettività del dato personale è quella riferibile all'interessato. L'ordinamento giuridico¹⁰³, infatti, riconosce in capo a ciascun individuo il *diritto alla protezione dei dati personali*, inteso come il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinarne la circolazione¹⁰⁴. Tale diritto comprende un insieme di poteri di controllo e di intervento sul trattamento che vanno dal potere dell'interessato di autorizzare o meno il trattamento (consenso) a quello di opporsi a tale attività e di chiedere la cancellazione dei dati personali.

¹⁰² V. Cap. Secondo, § 1.1.

¹⁰³ Secondo la gerarchia delle fonti, in proposito, si vedano: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 8 – Protezione dei dati di carattere personale: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. [...]»; GDPR, art. 1 – Oggetto e finalità: «[...] 2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali [...]». Prima delle modifiche introdotte dal d.lgs., 10 agosto 2018, n. 108, al fine di adeguare l'ordinamento nazionale al GDPR, il Codice della privacy prevedeva all'art. 1 – Diritto alla protezione dei dati personali: «1. Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano.»

¹⁰⁴ Così, F. PIRAINO, *I “diritti dell'interessato” nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2019, p. 2790. In termini simili, G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 5; V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 9-10. Tali autori riprendono essenzialmente le definizioni di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 101; ID, *Persone, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 589; infine, S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, cit., 3. Il concetto di diritto alla protezione dei dati personali come potere di controllo sulle proprie informazioni e di autodeterminazione rispetto ad esse è stato recepito anche dalla giurisprudenza di legittimità, come si può leggere, tra le altre, da Cass. civ., sez. I - 19/05/2020, n. 9147, reperibile su *dejure.it* e che si cita testualmente: «Si afferma in tal modo una visione del diritto alla riservatezza che, connotata da dinamismo, meglio si declina come *diritto alla protezione dei dati personali*, destinato ad operare oltre la sfera della vita privata, con *garanzia all'individuo dell'autodeterminazione decisionale e del controllo sulla circolazione dei dati*, in una prospettiva che è quella del diritto alla protezione dell'identità personale nei diversi contesti di vita». Alla luce di questo quadro dottrinario e giurisprudenziale, si può constatare come in Italia il concetto di protezione dei dati personali, quando declinato nel senso di diritto soggettivo, acquista il significato di controllo, ossia di potere di controllare e intervenire sulla circolazione dei dati personali. Espressamente instaura un rapporto di sinonimia tra “controllo” e “protezione” dei dati personali V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 10. Non mancano però opinioni che evidenziano – ancorché non troppo esplicitamente – una connotazione diversa del diritto alla protezione dei dati personali, ossia come diritto a ricevere un trattamento dei dati personali conforme alla normativa di protezione. In proposito cfr. M. GAMBINI, *La protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona: meccanismi di tutela*, in *Espaço juridico*, 1/2013, p. 154. In effetti il termine «protezione dei dati personali» è polisemico. In un primo significato esso indica uno degli obiettivi della disciplina sul trattamento dei dati personali, ossia la protezione della persona fisica rispetto al trattamento dei dati che le sono riferibili, e, dunque, richiama indistintamente tutti gli strumenti giuridici che la normativa pone a tutela degli interessi essenziali dell'interessato: in primo luogo, i doveri di comportamento del titolare nell'attività di trattamento; in secondo luogo, i rimedi individuali e collettivi posti a tutela della persona e a garanzia di un trattamento conforme agli standards normativi. Accompagnata al lemma «diritto», invece, il termine acquista un significato diverso che richiama precisamente l'insieme di poteri e rimedi individuali che la normativa attribuisce all'interessato. Mentre l'opinione minoritaria elabora un concetto di diritto alla protezione dei dati personali che esalta la dimensione di protezione della disciplina, immaginando l'interessato come destinatario di doveri di protezione e titolare di una posizione che gli consenta di verificare l'osservanza di tali doveri nel suo interesse, l'opinione maggioritaria depura la prerogativa dell'interessato dalla dimensione regolatrice e elabora un concetto di diritto alla protezione dei dati personali in termini attivi. Sulla dimensione non puramente individuale della protezione e del controllo, v. G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 23 ss.

A dispetto della formula enfatica, la natura di tale diritto non è evidente; ciclicamente, infatti, sorgono discussioni in ordine al tipo di diritto cui ricondurlo. Al fine di questa comprensione, pertanto, intendiamo procedere per gradi.

Come anticipato, sin dalla entrata in vigore delle prime norme sul trattamento dei dati personali, la dottrina si è interrogata in ordine al tipo di diritto riconosciuto a ciascun individuo sui dati personali a sé riferibili e al modello di tutela introdotto. Al di là degli aspetti letterali, l'interesse della persona rispetto ai dati era già preso in considerazione nella veste di "diritto" dalla Convenzione di Strasburgo e dalla Direttiva 46/95/CE: precisamente, entrambe le fonti richiamate mirano a tutelare il diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali¹⁰⁵ (o *right to privacy with respect to the processing of personal data*¹⁰⁶).

Secondo autorevole dottrina, pur nelle inevitabili novità introdotte dal GDPR, l'impianto centrale della disciplina è rimasto invariato¹⁰⁷: la novità della formulazione, dunque, sembra essere più apparente che reale.

Prima di approfondire nel merito questa affermazione¹⁰⁸, ci sia consentito sfruttare preliminarmente la riconosciuta continuità tra le normative al fine di presentare unitamente le opinioni formulate nel tempo in ordine alla questione del modello di tutela e, conseguentemente, del tipo di diritto previsto in materia dal legislatore. In proposito, nel dibattito giuridico italiano sono stati prospettati due modelli di tutela principali.

¹⁰⁵ In ordine cronologico, v. Convenzione di Strasburgo n. 108/1981, cit., art. 1 – Oggetto e scopo: «Scopo della presente Convenzione è quello di garantire, sul territorio di ciascuna Parte, ad ogni persona fisica, quali che siano la sua nazionalità o la sua residenza, il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano («protezione dei dati»).»; Dir. 95/46/CE, art. 1 – Oggetto della direttiva: «1. Gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali. [...]». Cfr. legge n. 675/1996, cit., art. 1 – Finalità e definizioni: «1. La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione.».

¹⁰⁶ Nella versione inglese dell'art. 1, Dir. 95/46/CE.

¹⁰⁷ In proposito, v. G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 1 ss, spec. 8 ss. L'A., offrendo un primo bilancio della normativa, rileva come con il GDPR «risulti confermato l'approccio complessivo normativamente seguito nella protezione dei dati personali». I mutamenti più rilevanti, infatti, riguardano alcuni aspetti: in particolare, si segnala il passaggio dalla fonte della direttiva alla fonte del regolamento direttamente applicabile; ma soprattutto, il nuovo approccio alla sicurezza e l'introduzione del principio di *accountability*, ossia il principio di responsabilizzazione del titolare del trattamento al fine di determinare i rischi e prevenire danni alla persona determinabili dal trattamento. Rilievi analoghi in R. CATERINA, *Novità e continuità nel Regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2019, p. 2777. Avverte che il principale mutamento rinvenibile nel GDPR si lega non tanto nel riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali, rispetto al quale sussiste continuità con la precedente disciplina, quanto nella predisposizione di regole che tengono conto dell'attuale dimensione globale della circolazione delle informazioni, V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 17 ss.

¹⁰⁸ V. §§ 3.2 e 3.4.

Secondo un primo approccio¹⁰⁹ la disciplina sul trattamento dei dati personali introduce una tutela in forma oggettiva degli interessi della personalità¹¹⁰, fondata sulla tecnica del bilanciamento di interessi contrapposti (c.d. modello relazionale): da una parte, l'interesse all'uso dei dati personali; dall'altra, l'interesse ad una circolazione delle informazioni non lesivo della dignità umana. Tale tutela si realizzerebbe non già attraverso il riconoscimento di un diritto soggettivo in capo all'interessato, bensì mediante la previsione di specifici doveri di comportamento in capo al titolare del trattamento diretti a prevenire in concreto la lesione di interessi della persona, quali la dignità e la riservatezza, e di facoltà dell'interessato idonee a correggere le eventuali violazioni dei precetti previsti.

Alla luce di tale approccio, discutere del diritto alla protezione dei dati personali come nuovo diritto della personalità sarebbe errato: *in primis*, perché i poteri riconosciuti all'interessato non avrebbero natura di prerogative sostanziali, ma solo di strumenti di tutela; *in secundis*, in quanto – anche a volerli “sommare” – essi non farebbero altro che proteggere diritti già riconosciuti, quali la riservatezza e la dignità personale, i quali sono sì presupposti dalla normativa, ma rilevano soltanto nel momento in cui – in presenza di una fattispecie di trattamento – gli interessi ad essi sottesi entrano in conflitto con l'interesse alla circolazione dei dati personali.

Un secondo orientamento, al contrario, rinviene nella disciplina sul trattamento dei dati personali una tutela in forma soggettiva¹¹¹, cioè una protezione attuata attraverso il riconoscimento di un diritto soggettivo in capo all'interessato. All'interno di tale filone si possono distinguere due sotto-modelli. Una parte minoritaria della dottrina¹¹², infatti, propone per la ricostruzione del diritto sui dati personali un modello analogo al diritto d'autore e, dunque, sostiene il riconoscimento di un diritto di tipo para-proprietario.

¹⁰⁹ L'orientamento in questione fa capo a A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., p. 226 ss. Il pensiero dell'A. trova sostanziale continuità in quello di chi, anche successivamente all'entrata in vigore del Codice della privacy, afferma che la disciplina sul trattamento dei dati personali è improntata al bilanciamento di interessi e prevede un «modello relazionale» di tutela. In proposito, v. F.D. BUSNELLI, *Nota introduttiva II*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, cit., p. XXXV.

¹¹⁰ L'espressione «tutela in forma oggettiva» si deve a G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 16, il quale ricorre a questa formula per descrivere sinteticamente il modello di tutela elaborato da A. Di Majo.

¹¹¹ Ci sia consentito ricorrere ad una formula specularmente opposta a quella richiamata precedentemente. Per ulteriori considerazioni sulla tutela prevista mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo v. *infra*.

¹¹² Per la trattazione di tale orientamento si rinvia al § 4.2.

L'opinione prevalente¹¹³, d'altra parte, ritiene che la normativa in questione riconosca e amplii la categoria dei diritti della personalità¹¹⁴: più precisamente, inquadrando il diritto alla protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali¹¹⁵, il legislatore introdurrebbe una autonoma situazione giuridica soggettiva in capo all'interessato, diretta a tutelare pur sempre un interesse esistenziale della persona ad essa direttamente inerente, ma altresì distinta dal diritto alla riservatezza e dal diritto all'identità personale¹¹⁶.

Secondo quest'ultima opinione il diritto in questione si differenzia, in particolare, dal diritto alla riservatezza – inteso come il diritto di ciascuno ad escludere terzi dalla conoscenza di fatti inerenti alla propria sfera intima – sia sotto un profilo contenutistico, sia sotto un profilo strutturale¹¹⁷. Il diritto alla protezione dei dati personali, in primo luogo, non richiede che le informazioni cui si riferisce attengano alla sfera intima della persona, ma si estende a qualunque dato riferibile ad una persona fisica; in secondo luogo, si sostanzia

¹¹³ V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, cit., p. 466 ss.; G. CONTE, *Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza*, cit., p. 235; S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, cit., pp. 1-4; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, II ed., 2002, pp. 178-181; G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 21 ss, spec. p. 39 ss.; F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2777. Cfr. le posizioni di C. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 656 il quale ritiene che la normativa si inserisca nel quadro della tutela dei diritti della personalità, in particolare sancendo e tutelando il diritto alla riservatezza e il diritto all'identità personale, ma non riconosce rilevanza al diritto alla protezione dei dati personali come diritto soggettivo autonomo: esso sarebbe piuttosto un «diritto sui diritti».

¹¹⁴ La categoria dei diritti della personalità è da sempre al centro di discussioni, le quali esprimono il diverso sentire della società rispetto al problema della persona e dei valori ad essa riconducibili. In una prima fase del pensiero giuridico il problema dei diritti della personalità era incentrato sulla possibilità o meno di concepire un diritto su se stessi. Per una disamina completa del tema sia consentito rinviare all'autorevole opera di A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Vol. IV, t. 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1959, p. 9 ss. e spec. p. 28 ss. Successivamente, ammessa la possibilità di concepire la persona sia come soggetto sia come oggetto di tutela, il dibattito si è concentrato sul tema della esistenza di un generale diritto della personalità, ovvero di una pluralità di diritti della personalità, riferibili ad aspetti fisici o morali della persona. Si segnala che in questa fase la trattazione dei profili fisici e morali della persona è ancora unitaria e si parla indistintamente di diritti della personalità relativi al corpo e relativi alla sfera morale/ideale. In proposito, v. P. VERCELLONE, voce *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 1083 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 355 ss.; M. BESSONE-G. FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, cit., p. 194 ss.; G.B. FERRI, *Oggetto dei diritti della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm. e obbl.*, 1984, p. 137 ss.; P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991, 1 ss.; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss., spec. 17 ss. In una fase più recente si assiste ad un duplice avanzamento: da una parte, si circoscrive la categoria ai soli profili morali e ideali della persona; dall'altra, si comincia ad ammettere la riconducibilità di interessi non solo esistenziali, ma anche patrimoniali all'interno della tutela offerta da tali diritti. In proposito si veda V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 431 ss.

¹¹⁵ Sul tema dei diritti fondamentali come diritti privati, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, cit., p. 137 ss, spec. 145 e, di recente, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano, 2014, p. 343 ss., spec. pp. 355-356. Nella prospettiva del diritto europeo, v. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, p. 335 ss. Di recente, in ordine al tema della loro applicazione nei rapporti di diritto privato, AA. VV., *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di F. Caggia e G. Resta, in *Studies in Law&Social Sciences*, 5, Roma TrE-Press, 2019, 1 ss.

¹¹⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, cit., p. 180.

¹¹⁷ Così S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, cit., p. 3; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 5-7.

nell'autodeterminazione informativa¹¹⁸, dunque, nel potere del soggetto di controllare e determinare le modalità della circolazione delle informazioni a sé riferibili¹¹⁹.

I due orientamenti tendono a presentarsi nel dibattito giuridico come contrapposti: essi dissentono principalmente sul fatto di riconoscere autonoma rilevanza al diritto alla protezione dei dati personali. Tale radicalizzazione degli approcci, tuttavia, non sembra corrispondente al quadro normativo, né utile ai fini dell'esame del tema. Non sembra essere comprensibile perché, anche rinvenendo nella normativa sul trattamento dei dati personali un modello di tutela relazionale, si debba automaticamente negare la tesi del diritto alla protezione dei dati personali come situazione giuridica soggettiva, *sub specie* di diritto soggettivo.

A sostegno della tesi favorevole opererebbero ragioni di vario ordine. Al di là degli argomenti prettamente letterali¹²⁰, sussistono considerazioni di natura sistematica e tecnica. Da un punto di vista sistematico, la dottrina osserva che il diritto soggettivo costituisce la «forma costante dell'esperienza giuridica»¹²¹ o, ancor più precisamente, il concetto generale sul quale il sistema giuridico positivo (almeno interno) è articolato¹²². Da un punto di vista tecnico, assumendo un concetto di diritto soggettivo più neutrale possibile rispetto al problema della applicazione della categoria alla sfera esistenziale della persona¹²³ e limitandoci ad una sintesi sugli aspetti strutturali, ci sembra che si possa confermare l'idea di un diritto soggettivo dell'interessato rispetto ai dati che lo riguardano.

¹¹⁸ Tra i primi a ricostruire la posizione dell'interessato proprio intorno all'autodeterminazione, G. CONTE, *Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza*, cit., p. 237.

¹¹⁹ Per una simile connotazione dei contenuti della posizione giuridica soggettiva dell'interessato, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 101 e 122; ID, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, cit., p. 3; nonché più di recente, G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 5 ss.; V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 9-10; F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2790.

¹²⁰ Ancorché sappiamo che gli argomenti letterali non siano mai decisivi, se isolatamente considerati, occorre qui ribadire che le fonti normative rilevanti in proposito (art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 1 par. 2 GDPR) discorrono di «diritto» alla protezione dei dati personali.

¹²¹ In questi termini, V. FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1968, p. 1049.

¹²² Così, E. RUSSO, voce *Diritto soggettivo*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, agg. 2005, p. 1 ss. Nel senso di non poter considerare la categoria come un "relitto" concettuale, in ragione dei numerosi riferimenti normativi al "diritto", v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., Milano, 2017, p. 13. Per un quadro dei profili critici, anche in un'ottica comparatistica, cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Il diritto soggettivo*, 2, *La parte generale del Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 3 ss., spec. p. 23 ss.

¹²³ Di questi aspetti ci siamo occupati nel § 2.1. Per un ulteriore punto di vista della questione, v. E. RUSSO, voce *Diritto soggettivo*, I) *Teoria generale*, cit., p. 18 ss.

Infatti, nell'esperienza giuridica si può osservare come, da una parte, le definizioni di diritto soggettivo richiamino spesso ad altri concetti, quali quelli di facoltà¹²⁴, potere¹²⁵ e pretesa¹²⁶, anche accostandoli tra loro; dall'altra, sia emersa una idea di diritto soggettivo quale *posizione giuridica di vantaggio del soggetto a diretta tutela di un suo interesse*¹²⁷, ossia una definizione sufficientemente ampia e idonea, non solo a non escludere nessuno dei concetti più specifici ricordati, ma anche eventualmente di superarli.

Nel caso del diritto alla protezione dei dati personali, secondo la definizione che in *incipit* se ne è data, ci sembra che le prospettive richiamate siano entrambe appropriate. Intanto, in tale diritto sono riscontrabili almeno due dei tre concetti appena richiamati: da una parte il potere dell'interessato di determinare il se e/o alcune delle finalità del trattamento (consenso, opposizione), dall'altra le varie facoltà che egli può esercitare secondo la normativa (accesso, portabilità¹²⁸, rettifica, limitazione e cancellazione). Inoltre, la relazione diretta tra interesse individuale dell'interessato e posizioni soggettive disciplinate risulta sussistente; ciò è dimostrato primariamente dal fatto che colui che per legge può esercitarle secondo la propria volontà, nei confronti del titolare/responsabile del trattamento, è l'interessato stesso, cioè colui al quale si riferiscono i dati personali. Gli altri strumenti di tutela operanti a livello di autorità indipendente e giurisdizionale sono eventuali e/o secondari.

In effetti, una parte della dottrina, suggerendo un approccio più moderato e più aderente al dato normativo, prospetta oggi la compatibilità dei due modelli. In primo luogo, si nega l'implicito presupposto teorico sulla base del quale i modelli sopraindicati sono stati sviluppati, ossia la tendenza a volere inquadrare le legislazioni in categorie nettamente

¹²⁴ Le «facoltà» sono specifiche possibilità di compiere attività di fatto; sono state intese in dottrina o come specifiche possibilità di fatto in cui si manifesta il diritto soggettivo, da sole irrilevanti giuridicamente; oppure come possibilità giuridiche (*agere licere*) che costituiscono il contenuto stesso del diritto soggettivo, per cui il loro esercizio è esercizio del diritto e la loro tutela è tutela del diritto. Sul punto v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., pp. 2-4 e 11. Il concetto di *facultas* è utilizzato in un senso diverso da V. FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, cit., p. 1047. L'A. descrive il diritto soggettivo come *facultas exigendi*, cioè come facoltà di pretendere, accertabile nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Qui, in effetti, il concetto di facoltà sembra avvicinarsi a quello di pretesa in senso generico (v. *infra*), fino quasi a confondersi.

¹²⁵ I «poteri» designano le possibilità spettanti del soggetto di produrre effetti giuridici e possono costituire anche contenuto di diritti soggettivi. Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., pp. 4-5, nonché 11. Sul potere e sui rapporti tra potere e diritto soggettivo v. più diffusamente A. LENER, voce *Potere*, b) *Dir. priv.*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss.

¹²⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., pp. 7-8, osserva che il termine pretesa è richiamato in duplice senso: o come diritto di esigere un comportamento altrui (es. diritto del creditore di esigere la prestazione del debitore, diritto del proprietario di esigere la non ingerenza di terzi sulla cosa), o come affermazione assertiva di un proprio diritto. Cfr. E. RUSSO, voce *Diritto soggettivo*, I) *Teoria generale*, cit., il quale distingue tra un *significato generico* del termine «diritto soggettivo» e un *concetto tecnico*: in senso generico, diritto soggettivo indica appunto la situazione di «pretesa» (p. 3); in senso tecnico, coerentemente all'idea che il sistema giuridico sia un complesso di enunciati, «è la proposizione risultante dalla classe di tutti gli enunciati che affermano la prevalenza (precostituita) di un soggetto su altri in un certo rapporto patrimoniale» (p. 8).

¹²⁷ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., pp. 9 e 14.

¹²⁸ Invero, il diritto alla portabilità (art. 20 GDPR) potrebbe addirittura essere concepito come una *pretesa*, in quanto la norma attribuisce all'interessato il «diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano» da parte del titolare del trattamento.

separate¹²⁹. In secondo luogo, si propone una lettura del diritto alla protezione dei dati personali alla luce del paradigma della libertà di circolazione e non del divieto¹³⁰.

La compatibilità del modello relazionale con il riconoscimento di un diritto autonomo alla protezione dei dati personali è spiegata alla luce dell'evoluzione del diritto alla *privacy* da libertà di escludere a potere di controllo: quest'ultimo presuppone per definizione l'attività di trattamento e la circolazione dei dati personali; conseguentemente, la garanzia del controllo nasce e si innesta sulla contestuale garanzia degli interessi sottesi al trattamento. La molteplicità degli interessi tutelati dalla normativa giustifica una disciplina ispirata al paradigma del rapporto (modello relazionale) e si rispecchia in una molteplicità di principi e regole che impongono il bilanciamento di interessi¹³¹.

Secondo questa opinione, allora, la relazionalità non esclude l'unitarietà della posizione giuridica del soggetto cui i dati si riferiscono, ma ne determina la particolare struttura dinamica. D'altra parte, è stato osservato che la natura di diritto fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali non esclude che esso venga bilanciato con altri diritti e libertà fondamentali, giacché nessun diritto – ancorché fondamentale – è assoluto¹³².

Alla luce di quanto finora esposto è possibile formulare una prima ipotesi: il diritto alla protezione dei dati personali costituisce, nella sua particolare struttura dinamica, una autonoma situazione giuridica soggettiva; esso è riconducibile alla categoria dei diritti della personalità in quanto primariamente diretto a tutelare un interesse inerente alla persona. Della correttezza di questa ipotesi ci occuperemo ora.

3.2. RAPPORTI CON LA RISERVATEZZA E L'IDENTITÀ PERSONALE.

L'affermata inerenza alla persona dell'interesse tutelato dal diritto alla protezione dei dati personali ha sollevato il dubbio in dottrina¹³³ circa la autonomia di quest'ultimo rispetto

¹²⁹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 163.

¹³⁰ In questi termini, V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 9-10. Un concetto simile, invero, si può rinvenire già in F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 5 ss., spec. p. 9 e p. 16, il quale ritiene che le discipline europea e nazionale sul trattamento dei dati personali avessero innanzitutto introdotto una regolamentazione dell'attività (lecita) di trattamento, ma contestualmente introdotto «un punto di riferimento fondamentale nella ricostruzione sistematica dei diritti della personalità, almeno nella misura in cui il concetto di personalità si trovi a far i conti con la realtà informatica e telematica». Cfr. anche G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/1993, p. 326, il quale afferma che la normativa sulla protezione dei dati personali riconosce un diritto della personalità, ma di natura relativa, in quanto esso va riconosciuto al soggetto soltanto se si accerta che non sussiste un interesse, di pari rilevanza, che a questa tutela si oppone.

¹³¹ V. CUFFARO, in *op. ult. cit.*, p. 7.

¹³² In questo senso: F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2783 ss. Sul tema delle limitazioni al diritto alla protezione dei dati personali e il bilanciamento di interessi nel GDPR, cfr. altresì A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, 356 ss. e F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali" tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contratto e impresa*, 1/2018, 190 ss.

¹³³ Il tema dei rapporti tra diritto alla protezione dei dati personali, da un lato, e riservatezza e identità personale, dall'altro, è stato affrontato, sotto la vigenza della legge n. 675/1996, da C. CASTRONOVO, *Situazioni giuridiche soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., pp. 656-657, il quale nega

ad altre situazioni giuridiche ad esso prossime¹³⁴, ossia il diritto alla riservatezza e il diritto all'identità personale.

Come si vedrà, alla luce dello sviluppo dottrinale, giurisprudenziale e normativo che ha caratterizzato l'affermazione di tali diritti, è ragionevole sostenere l'autonomia del primo dai secondi. Nondimeno occorre avvertire che, slegando i concetti di riservatezza e di identità personale dalle correlative situazioni giuridiche soggettive per come oggi risultano garantite dal diritto vivente, la distinzione con il diritto alla protezione dei dati personali si percepisce più sfumata. Infatti, astraendo dalle concrete applicazioni del diritto alla riservatezza e del diritto all'identità personale, sembra che i due concetti mantengano un legame col diritto alla protezione dei dati personali di natura valoriale e, per certi aspetti, formale¹³⁵.

D'altra parte, tale legame non dovrebbe automaticamente implicare la mancata autonomia di quest'ultimo diritto come situazione giuridica soggettiva o la sua irrilevanza sostanziale, ma più semplicemente indicare un rapporto di strumentalità a delle esigenze più generali della persona fisica. Come in altri contesti si è affermato, infatti, la tutela dei valori riferibili alla persona si configura come una costellazione di diritti¹³⁶: questi ultimi non possono essere studiati e applicati come entità o strumenti nettamente separati, come estranei ed alternativi fra loro; nonostante ciascuno di essi raccolga un bisogno, esiga il rispetto e l'attuazione di un determinato valore, si pongono tra loro in «una relazione dinamica», trovando nella dignità umana il loro «nucleo» comune.

l'autonomia del diritto alla protezione dei dati personali rispetto al diritto alla riservatezza e al diritto all'identità personale. In senso analogo, sotto la vigenza del Codice della privacy del 2003, v. I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., p. 35 ss., la quale, pur non potendo negare la qualificazione formale in termini di «diritto» introdotta dagli artt. 1 e 2, individua una «relazione» tra il diritto alla protezione dei dati personali e l'interesse alla riservatezza e interesse all'identità personale; tale relazione è interpretata nel senso che il diritto alla protezione dei dati personali trova nella riservatezza e nell'identità personale criteri di qualificazione degli interessi ad esso sottesi e non costituisce una situazione giuridica nuova, ma una «modernizzazione» di situazioni esistenziali già tutelate (p. 37, spec. nota 3). *Contra*, S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, cit., p. 2 ss., il quale afferma l'autonomia e la novità del diritto alla protezione dei dati personali rispetto ai diritti alla riservatezza e all'identità personale.

¹³⁴ Di questa “prossimità” danno prova le fonti normative. In primo luogo, la legge n. 675/1996, che prevedeva che «La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione» (art. 1 comma 1); successivamente, il Codice della privacy (testo anteriore alla riforma del 2018), ove era previsto che «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano» (art. 1) e che «Il presente testo unico, di seguito denominato “codice”, garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga 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» (art. 2 comma 1). Oggi, l'art. 1 comma 2 GDPR prevede, come obiettivo generale, la protezione di «diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche»; dunque, si può ritenere non solo del «diritto alla protezione dei dati personali», come espressamente previsto, ma anche del diritto all'identità personale e del diritto alla riservatezza. Cfr. altresì artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹³⁵ Spunti in F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 157 ss., il quale evidenzia i legami con l'identità personale e la riservatezza, intese come “concetti” ed “esigenze” ai quali il diritto al controllo dei propri dati personali si correla o può correlarsi. Per ulteriori riferimenti, v. *infra* e nota 147.

¹³⁶ Si richiamano ancora una volta le parole di P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, cit., p. 121.

Procedendo in questo senso, in primo luogo, cercheremo di mettere in evidenza le differenze contenutistiche tra protezione dei dati personali, riservatezza e identità personale nella prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive¹³⁷.

Tra i diritti in questione, il diritto alla riservatezza¹³⁸ è riconosciuto nell'ordinamento italiano come situazione giuridica soggettiva che tutela l'esigenza della persona a che i fatti della sua vita privata non siano pubblicamente divulgati¹³⁹. Dal punto di vista contenutistico la dottrina attribuisce carattere negativo a tale diritto, descrivendola cioè come la libertà di non fare conoscere e di mantenere riservate determinate vicende della vita della persona¹⁴⁰.

Ciò che in questo momento ci interessa maggiormente evidenziare è l'ambito applicativo che nella pratica è stato riconosciuto alla riservatezza. La giurisprudenza di legittimità, anche a fronte dell'impulso fornito dalle fonti internazionali¹⁴¹, ha elaborato i confini di questo diritto attraverso il collegamento al concetto di "domicilio ideale" della persona: si afferma, infatti, che la riservatezza «fa riferimento ad una certa sfera della vita individuale e familiare, all'illesa intimità personale in certe manifestazioni della vita di relazione, a tutte quelle vicende cioè, il cui carattere intimo è dato dal fatto che esse si svolgono in un domicilio ideale, non materialmente legato alle mura domestiche»¹⁴².

Rispetto al diritto alla protezione dei dati personali, che si riferisce a qualunque informazione sulla persona fisica, emerge da subito la differenza: la riservatezza così intesa, infatti, si interseca con il primo allorquando i dati personali della cui divulgazione si discute siano informazioni che afferiscono alla sfera intima della persona, e cioè, tendenzialmente, i dati sensibili. Si tratta di una intersezione possibile¹⁴³ – che conferma l'idea che rispetto

¹³⁷ Per una organica trattazione della categoria dei diritti della personalità e delle differenze al proprio interno, in chiave sistematica, evolutiva e comparatistica, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in *Le fonti e i soggetti*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, vol. I, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, p. 496 ss., spec. 527 ss.

¹³⁸ Per un primo riconoscimento, ancorché non diretto, del diritto alla riservatezza, v. Cass. civ., sez. III, 27 maggio 1975, n. 2129, reperibile in www.dejure.it.

¹³⁹ Per questa definizione sintetica, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*, cit., p. 176. Per una più ampia disamina dell'argomento, v. le autorevoli opere e voci di: G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 458 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; G. GIACOBBE, voce *Riservatezza (diritto alla)*, *Enc. dir. Treccani*, XL, Milano, 1989, p. 1243 ss.; G. BUSIA, voce *Riservatezza (diritto alla)*, *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 2000, p. 276 ss.

¹⁴⁰ G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 7. Il concetto è stato espresso anche con la formula latina *ius excludendi alios* da S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., pp. 588-589. Negli Stati Uniti con la celebre formula *right to be let alone*, come si legge in S. D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4/1890, p. 193.

¹⁴¹ Cfr. Art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nonché art. 8 della Convenzione di Roma n. 99.

¹⁴² Così Cass. civ., 9 giugno 1998, n. 5658, reperibile in www.dejure.it. Cfr. per una concezione più ampia di "domicilio ideale": Cass. civ., sez. I, n. 29978/2020 e Cass. civ., sez. I, n. 18783/2021, reperibili in www.dejure.it. Si tratta, evidentemente, di un concetto relativo e culturalmente condizionato.

¹⁴³ In giurisprudenza tale convergenza è confermata in tema di dati personali relativi allo stato di salute e alla vita sessuale delle persone: in tema di dati relativi alla salute, v., Cass. civ., sez. lav., 4 maggio 1984, n. 2729, Cass. civ., sez. III, 30 gennaio 2009, n. 2468, Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2012, n. 2034, Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2014, n. 10947, Cass. civ. sez. III, 25 novembre 2014, n. 24986, Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2016, n. 10510, Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30981, Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2367,

alla persona esista una costellazione di diritti – ma non ineludibile, in quanto il diritto alla protezione dei dati personali, per la definizione stessa di dato personale, ha una estensione maggiore rispetto al diritto alla riservatezza.

Analoghe riflessioni involgono il rapporto con il diritto all'identità personale, inteso come pretesa dell'individuo a non veder alterato o contestato nell'ambiente sociale di riferimento il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc., così come esso è stato estrinsecato o appare per sua decisione¹⁴⁴. La autonomia di tale diritto soggettivo rispetto agli altri diritti parimenti tutelanti aspetti della personalità individuale è stata per lungo tempo discussa, tuttavia, la dottrina – sulla base anche delle concrete applicazioni che di esso se ne fanno in giurisprudenza – ne evidenzia i caratteri distintivi¹⁴⁵.

Rispetto all'immagine, si evidenzia come la tutela soggettiva dell'identità personale prescinda da un elemento materialmente percepibile e riproducibile; inoltre, la seconda non è statica, ma è dinamicamente delineata dall'individuo, in quanto attinente al complesso di attività materiali e intellettuali da lui poste. Analogamente, anche rispetto al diritto al nome, l'identità personale si differenzia per il suo carattere dinamico: il primo è tendenzialmente imm modificabile e la sua lesione deriva da una condotta impeditiva dell'identificazione della persona, la seconda è mutevole e l'utilizzo distorto del nome incide su di essa soltanto quando tale comportamento determina anche una alterazione della rappresentazione della personalità dell'individuo.

Per comprendere il *proprium* dell'identità personale, tuttavia, è essenziale il confronto con la riservatezza e la reputazione. Infatti, mentre la riservatezza attiene al complesso delle vicende private del soggetto, l'identità personale consiste nel complesso delle attività pubbliche del soggetto, rilevanti per la connotazione della sua personalità. Infine, rispetto alla tutela della reputazione, la tutela dell'identità personale si caratterizza per il fatto di attenersi alla corretta proiezione sociale della personalità esposta dal soggetto nel suo ambiente sociale e non al mantenimento del giudizio formulato dai consociati sulla propria persona.

Il confronto con queste ultime due prerogative consente di evidenziare anche le differenze con il diritto alla protezione dei dati personali. Infatti, il diritto all'identità personale, così come inteso dalla giurisprudenza e dalla dottrina, presuppone una rappresentazione sociale della persona, una estrinsecazione della personalità nel contesto sociale di riferimento e, quindi, in una dimensione “pubblica”. Il diritto alla protezione dei

reperibili in www.dejure.it; nonché in tema di dati sull'orientamento sessuale v., Cass. civ., sez. I, 13 maggio 2015, n. 9785, Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 2015, n. 1126, reperibili in www.dejure.it.

¹⁴⁴ Definizione tratta da Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, nella quale si riconosce per la prima volta l'identità personale come diritto soggettivo distinto dal diritto al nome, dal diritto all'onore e alla reputazione. In dottrina, v. V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Identità personale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 294 ss.; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. dell'Inf. e Inf.*, 3/2007, 511 ss.; G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2010, p. 721 ss.

¹⁴⁵ V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, cit., pp. 532-535.

dati personali, invece, presuppone un rapporto conoscitivo tra l'interessato e il titolare del trattamento e a questo stretto rapporto si limita¹⁴⁶.

Se quanto esposto è corretto, emergono novità e autonomia del diritto alla protezione dei dati personali rispetto ai diritti poc'anzi esaminati. Novità e autonomia che dipendono dai contenuti distintivi di ciascuno di essi, così come si configurano nella pratica applicativa. Tuttavia, come anticipato, il rapporto tra protezione dei dati personali, da una parte, riservatezza e identità personale, dall'altra, non si circoscrive a ciò.

In linea valoriale e formale, sembra difficile affermare un completo distacco tra i termini del confronto: astraendo dalle applicazioni concrete e ragionando per concetti, la continuità è ravvisabile.

Autorevole dottrina¹⁴⁷, infatti, suggerisce efficacemente come nel diritto alla protezione dei dati personali riservatezza e identità personale coesistano nella misura in cui la *riservatezza* (di cui espressione preminente è il dispositivo del *consenso*) rappresenta la *forma primaria* con cui l'*identità personale* si può esprimere (potere di rifiutare la raccolta dei dati personali e mantenerli segreti); quest'ultima, infatti, si può articolare in *ulteriori forme*, atte a realizzarla in senso forte, ossia nel *controllo* e nella conformazione della circolazione dei dati personali una volta autorizzata (potere di accesso, di rettifica, di opposizione alle finalità del trattamento e di cancellazione).

D'altra parte, come già si era osservato in *incipit*¹⁴⁸, il dato personale è una traccia della persona nel suo concreto agire nella realtà circostante: è, per definizione, un "vaso della identità personale" dell'interessato. In quanto tale – in mancanza di preminenti interessi contrapposti che ne giustificano una conoscenza – sta nel «confine» dell'interessato ed è «in sua mano»¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Infatti, non è detto che il titolare del trattamento destini i dati raccolti alla comunicazione e alla diffusione verso terzi determinati o la collettività.

¹⁴⁷ Ci riferiamo al contributo di D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 349-351. Anche altri autori ritengono sussistente un legame tra i termini del confronto qui esaminato. In proposito, cfr. G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 124, il quale individua il titolo dell'appartenenza del dato personale all'interessato non nella proprietà, ma nell'identità personale e, talvolta, nella riservatezza. Più di recente, F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, cit., §3, il quale sostiene che «il dato personale, in quanto fenomeno rappresentativo di conoscenza su situazioni di vita di un soggetto, entra sempre in relazione con il concetto di identità personale e, spesso, anche con l'esigenza di riservatezza». Rispetto al concetto di identità personale, l'A. individua un'area di significato che va oltre a quella che trova riscontro nella visione giurisprudenziale e dottrinale del diritto all'identità personale, cioè l'identità personale come opinione della società su di sé, e che attiene alla relazione dell'Io con se stesso: «L'identità è strutturalmente connessa all'uomo, alla persona, non solo in quanto la pone in relazione con la comunità, ma soprattutto in quanto la pone in relazione con sé stessa: è lo "strumento" con cui il soggetto definisce il proprio ego e distingue l'Io dal non-Io e, successivamente, lo pone in relazione con gli altri». Rispetto all'esigenza di riservatezza, poiché non ogni dato personale si riferisce alla vita intima e riservata dell'interessato, per ritenere che il consenso sia strumento di tutela di tale "esigenza", l'A. suggerisce di allargare «la qualificazione di riservatezza».

¹⁴⁸ V. Cap. Primo, § 1.

¹⁴⁹ Alludiamo alle espressioni di P. Zatti, per i cui riferimenti bibliografici v. in questo Capitolo § 2.2. Ci permettiamo di osservare che il legame con il concetto di riservatezza è più comprensibile se con essa si intende non tanto l'esigenza di intangibilità assoluta della sfera giuridica individuale, ma quella di protezione della sfera giuridica dei singoli attraverso atti di consenso o di rifiuto di ingerenze altrui. Spunti per queste considerazioni sono tratti da C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 147 ss.; basi per lo sviluppo di questo pensiero si ricavano da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 197 ss.

Invero, la strumentalità di un fatto ad un altro non dovrebbe giustificare automaticamente una mancanza di sua autonoma rilevanza giuridica. Ci sembra proficuo a questo proposito richiamare gli approdi ai quali acuta dottrina è giunta con riguardo alla categoria degli oneri: partendo dall'idea di poter ammettere molteplici qualificazioni giuridiche dei comportamenti umani, al di là di quelle di permesso-vietato, come quelle in termini di utile-disutile, necessario-non necessario, valido-invalido, si riconosce più in generale «l'elevazione a dignità giuridica del rapporto tra strumenti e risultati, o rapporto mezzi-fini»¹⁵⁰. Il percorso e le modalità di condotta con le quali si giunge da un punto A ad un punto B non dovrebbero essere considerate come irrilevanti per il diritto¹⁵¹, ma anzi la loro considerazione da parte di una norma giuridica ne dimostra la rilevanza, nonché rivela l'ampiezza e la ricchezza del quadro delle valutazioni normative possibili di uno stesso fenomeno.

Se queste considerazioni sono condivisibili e se ci è consentito prendere spunto dall'approccio teorico da ultimo richiamato anche ai fini di questa analisi, possiamo concludere che il diritto alla protezione dei dati personali si distingue dalle tutele in forma soggettiva della riservatezza e dell'identità personale, assurgendo a diritto a sé stante; tuttavia, nel loro nucleo concettuale queste ultime convivono nel primo e ne costituiscono dei referenti valoriali e formali che giustificano anche la continuità e l'omogeneità sotto il profilo degli interessi tutelati.

3.3. ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA TEORIA DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ.

Il confronto con la riservatezza e l'identità personale è stato utile ad individuare il substrato valoriale e formale del diritto alla protezione dei dati personali. Tuttavia, l'ipotesi formulata inizialmente richiede ulteriori approfondimenti, soprattutto alla luce dell'attuale concezione della categoria dei diritti della personalità.

Secondo una impostazione tradizionale i diritti della personalità, relativi agli aspetti fisici e agli aspetti morali, sarebbero caratterizzati per una serie di connotati tali da distinguerli nettamente dai diritti reali e di credito. Dato il legame di inerenza col valore fondamentale della persona umana, i diritti posti a tutela dei diversi aspetti ad essa riconducibili venivano ricostruiti come diritti indisponibili, non patrimoniali e imprescrittibili¹⁵².

Tali caratteri venivano per lo più individuati in via interpretativa per contrasto a quelli ricondotti ai diritti patrimoniali reali e di credito, non essendovi dati normativi espressi in proposito. La posizione di questa dottrina si concentra principalmente sull'indisponibilità e l'extrapatrimonialità.

¹⁵⁰ Così V. CAREDDA, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, cit., 51 ss., spec. per la citazione testuale p. 72. Sfruttando efficacemente come banco di prova di tale nuovo approccio teorico l'ambito degli oneri di perfezionamento degli atti di autonomia privata, si ritiene che la strumentalità di una modalità del fatto non sia altro che una visuale ulteriore e diversa del fatto in sé (visuale dinamica), cioè del fatto in quanto comportamento umano. In proposito v. EAD, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, cit., pp. 48-49.

¹⁵¹ Di nuovo, v. V. CAREDDA, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, cit., p. 54 e p. 77.

¹⁵² A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pp. 48-51, pp. 78-92; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, cit., pp. 147-148.

Con riguardo alla prima si afferma che il soggetto cui si riferiscono gli attributi della personalità non avrebbe un potere di disposizione, in quanto tale potere entrerebbe in contrasto con il principio di intrasmissibilità di tali diritti. L'unico temperamento a questo connotato viene giustificato alla luce dell'istituto del consenso dell'avente diritto: si ritiene, infatti, che il titolare del diritto della personalità potrebbe disporre del diritto soltanto nei limiti di consentire una lesione della sua sfera giuridica¹⁵³. Con riguardo alla extrapatrimonialità, la dottrina in questione desume tale carattere direttamente dalla stretta inerenza alla persona degli interessi tutelati e dal fatto che la superiorità di quest'ultimo valore ripugnerebbe qualsiasi valutazione quantitativa/monetaria¹⁵⁴.

Da questa impostazione sono derivate conseguenze sistematiche e applicative di notevole rilievo: in primo luogo, la riduzione degli spazi operativi dell'autonomia privata e una sua interpretazione restrittiva; in secondo luogo, la difficoltà di trovare sistemazione agli emergenti fenomeni di sfruttamento economico degli attributi immateriali della personalità.

A fronte di questi limiti la dottrina più recente ha cominciato a mettere in discussione gli assunti di partenza dell'orientamento tradizionale¹⁵⁵. Preliminarmente al superamento dei caratteri della indisponibilità e della non patrimonialità, si è ritenuto di dover procedere distinguendo tra attributi corporali (c.d. personalità fisica) e attributi immateriali della persona (c.d. personalità morale)¹⁵⁶.

La dottrina in questione, infatti, ipotizza due regimi giuridici opposti degli attributi della personalità: in primo luogo, si ritiene che rispetto all'integrità fisica e le parti del corpo l'ordinamento giuridico detti una serie di norme idonee a comporre uno specifico settore normativo, il quale verrebbe sminuito pretendendo di svolgere una considerazione unitaria dei problemi legati alla personalità; ma soprattutto, si afferma che nella materia degli attributi corporali operi un principio di extrapatrimonialità¹⁵⁷, dal quale discenderebbe l'esclusione dall'ambito dell'autonomia contrattuale.

Con riguardo agli attributi immateriali della persona (nome, immagine e altri elementi evocativi dell'identità), per converso, si prospetta il superamento della non

¹⁵³ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 89; cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, cit., p. 147, il quale afferma testualmente che «l'indisponibilità dei diritti fondamentali non ne esclude in via assoluta una parziale limitazione o rinuncia. Non esclude, precisamente, che il titolare possa costituire diritti a favore di terzi che importino vincoli o ingerenze nella sfera della propria personalità o rinunzie a determinate prestazioni di solidarietà sociale».

¹⁵⁴ Così A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 48. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*, cit., p. 148, secondo il quale la extrapatrimonialità dipende dal fatto che «alla stregua della coscienza sociale il diritto non ha valore di scambio. Alla stessa stregua le ammesse limitazioni o rinunzie parziali possono consentire un compenso pecuniario».

¹⁵⁵ Tra i primi ad inaugurare questo filone, v. soprattutto V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inf.*, 1993, p. 545 ss.

¹⁵⁶ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 3 ss.; ID, *Contratto e diritti della personalità*, in *Interferenze*, VI, *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 13 ss.; ID, *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2013, p. 92 ss. Accoglie altresì la distinzione dei regimi giuridici A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 139 ss. Più di recente, v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 9 ss. Cfr. anche nota 114.

¹⁵⁷ L'argomentazione è tratta dall'art. 3, comma 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale stabilisce che: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: [...] il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

patrimonialità e della indisponibilità. Si osserva che rispetto a tali attributi l'ordinamento non ponga divieti espressi al loro sfruttamento economico, né un divieto dovrebbe desumersi in materia dal principio costituzionale di rispetto della dignità umana. La prassi contrattuale, invero, ha dimostrato l'evoluzione della coscienza sociale verso la patrimonializzazione di tali aspetti della personalità mediante la corresponsione di un corrispettivo pecuniario per il consenso al loro utilizzo; conseguentemente, sarebbe inutile e scorretto negare la sussistenza di interessi anche patrimoniali della persona in relazione a tali attributi, sulla base meramente di presunti caratteri elaborati in via interpretativa e non rinvenibili dal dato normativo.

La dottrina in questione ammette l'operatività della autonomia contrattuale¹⁵⁸ rispetto agli attributi immateriali della persona sul presupposto che rispetto a questi ultimi la corrispondente situazione giuridica soggettiva debba essere immaginata non già come un diritto che tutela interessi meramente esistenziali e ideali, ma come una situazione di monopolio complessa e unitaria, posta a tutela anche di interessi patrimoniali della persona¹⁵⁹. Precisamente, nei diritti sugli attributi immateriali della persona sarebbe ricompreso anche il potere di disporre in esclusiva delle utilità economiche racchiuse negli elementi evocativi dell'identità, cioè di appropriarsi delle ricchezze derivanti dalla commercializzazione che i terzi fanno di tali elementi.

Attraverso il contratto il titolare dell'attributo immateriale disporrebbe degli interessi patrimoniali che ne fanno parte: in particolare, il contratto darebbe luogo ad una vicenda derivativo-costitutiva in virtù della quale il terzo acquisterebbe un diritto derivato che gli consenta di sfruttare commercialmente l'attributo immateriale del titolare. Il diritto patrimoniale del terzo, proprio in quanto derivato, non perderebbe il legame funzionale con il diritto principale¹⁶⁰.

Dal punto di vista dell'autonomia privata, in definitiva, si ritiene che la natura complessa del diritto della personalità determini la necessità di adattare la disciplina generale del contratto agli interessi esistenziali che ineludibilmente vengono coinvolti nella circolazione di tali attributi¹⁶¹: ad es. rispetto alla possibilità di scioglimento unilaterale del vincolo, si potrebbe estendere in via analogica la disciplina prevista per il diritto d'autore, la quale consente di recedere per «gravi ragioni morali»; oppure, ancora, rispetto ai requisiti dell'oggetto del contratto, essi dovrebbero essere interpretati in modo più restrittivo e quindi ritenere che, in tale ambito, requisito di validità sia solo la determinatezza e non la determinabilità.

L'applicazione di tale teoria al tema dei dati personali, tuttavia, ingenera perplessità di vario ordine che è opportuno evidenziare.

In primo luogo, e sul piano generale, si può riscontrare come l'opinione in questione non collochi con totale sicurezza i dati personali nell'ambito degli attributi immateriali: risulta che, talvolta, consideri le informazioni personali come entità assimilabili alle parti del corpo e ascriva al regime giuridico di queste ultime anche le prime¹⁶²; talaltra, le menzioni

¹⁵⁸ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 298 ss.

¹⁵⁹ Così ID, in *op. ult. cit.*, p. 128 ss., p. 238 ss., spec. pp. 245-246. L'A. ipotizza la sussistenza di una privativa atipica sul valore economico dell'identità.

¹⁶⁰ ID, in *op. ult. cit.*, p. 334 ss., spec. 337.

¹⁶¹ ID, in *op. ult. cit.*, p. 277 ss.

¹⁶² ID, in *op. ult. cit.*, p. 5.

a proposito degli attributi immateriali della personalità, assimilandole agli elementi evocativi dell'identità, con tutto ciò che ne consegue sul piano del regime giuridico¹⁶³.

La dottrina successiva, applicando la contemporanea teoria dei diritti della personalità al tema dei dati personali, ha cercato di chiarificare questo aspetto sfruttando la distinzione tra dati personali comuni e dati personali sensibili¹⁶⁴. Precisamente, sulla base dell'interpretazione di alcune convenzioni internazionali¹⁶⁵, si afferma che i dati personali relativi al corpo (dunque, sullo stato di salute e genetici) debbano essere assimilati alle sue parti e, dunque, assoggettati all'extrapatrimonialità; per converso, tutti gli altri dati dovrebbero essere considerati al pari degli altri attributi immateriali della persona in quanto non attinenti agli aspetti corporali della persona.

A questo proposito risultano necessarie alcune precisazioni. In primo luogo, alla luce della disciplina del GDPR, ci sembra affrettata l'assimilazione delle informazioni sullo stato di salute e genetiche alle parti del corpo¹⁶⁶. L'attuale normativa sul trattamento dei dati personali, infatti, non introduce norme dalle quali desumere una diversa natura giuridica di tali specifici dati personali rispetto agli altri. Data la loro particolare vicinanza al nucleo dell'Io, al contrario, si prevede la possibilità per i legislatori nazionali di introdurre misure di sicurezza maggiori per il loro trattamento.

In secondo luogo, ci sembra altrettanto affrettato affermare l'applicazione del regime delle parti del corpo alle informazioni su di esso, tra cui l'extrapatrimonialità, senza esaminare più nel dettaglio il senso del divieto di fare delle parti del corpo fonte di lucro. Acuta dottrina¹⁶⁷ ha evidenziato a riguardo come predicare l'extrapatrimonialità delle parti del corpo sia anch'esso retaggio di un atteggiamento tradizionale e che, invero, non trova reale corrispondenza nelle fonti normative. Queste ultime, infatti, escludono dalla logica dello scambio la cessione di materiali e campioni biologici, ma non vietano una loro considerazione patrimoniale. La trasposizione di caratteri e profili di disciplina da un fenomeno giuridico all'altro, dunque, non è consigliabile.

Ma al di là di questi aspetti classificatori, e se vogliamo accessori, ciò che richiama la nostra cautela è una questione di fondo, che si riflette sull'intera impostazione del problema.

Gli autori che sostengono la natura duplice (esistenziale e patrimoniale) del diritto alla protezione dei dati personali fondano la loro tesi sul presupposto che la persona fisica,

¹⁶³ G. RESTA, in *op. ult. cit.*, pp. 168-169; 312-319.

¹⁶⁴ I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2011, pp. 56-57. Considerazioni analoghe, ancorché più sfumate, in C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 84 ss.

¹⁶⁵ Il riferimento è all'art. 8 della Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani dell'Unesco, adottata il 6 ottobre 2003.

¹⁶⁶ La distinzione tra materiale biologico umano e dati personali, in particolare genetici, è colta in dottrina. In proposito, v. F. DI LELLA, *Ambiti di rilevanza e tutela dei dati genetici*, in *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e giurisprudenza civile*, 4, 2009, p. 497 ss., spec. p. 508, la quale distingue dal punto di vista logico l'acquisizione del materiale biologico dal trattamento dell'informazione genetica, osservando come il primo momento rientri nell'alveo dello statuto del corpo e il secondo allo statuto dell'informazione; nonché R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in www.juscivile.it, 3/2014, p. 76 ss. spec. 78. Per ulteriori riferimenti, v. Cap. Terzo, § 2.2.

¹⁶⁷ Il riferimento è nuovamente a V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, cit., p. 44 ss.

o l'interessato, abbia un «monopolio di sfruttamento»¹⁶⁸ protetto anche nei riflessi patrimoniali deducibile dal fatto che la destinazione per finalità commerciali del trattamento dei dati personali sia, per scelta ordinamentale, sottratta a qualunque determinazione di terzi e rimessa unicamente al consenso dell'interessato¹⁶⁹.

Su questo punto, tuttavia, il confronto con la disciplina attualmente vigente sul trattamento dei dati personali evidenzia una prima e chiara diversità che crea dei dubbi rispetto alla totale assimilazione tra la fattispecie di sfruttamento commerciale di nome, immagine ecc. e quella di sfruttamento commerciale dei dati personali. Infatti, come avremo modo di approfondire in seguito¹⁷⁰, sebbene il consenso al trattamento – anche per finalità commerciali – costituisce una regola cardinale, nel sistema del GDPR sono previste ulteriori condizioni di liceità del trattamento sulla base delle quali la destinazione dei dati personali per finalità commerciali può prescindere da una scelta “monopolistica” dell'interessato. In particolare, ci riferiamo alle ipotesi del legittimo interesse e della necessaria esecuzione del contratto (art. 6 par. 1, lett. f e b).

Volgendo lo sguardo alla prassi contrattuale, il parallelismo non è altrettanto scontato¹⁷¹. Infatti, mentre rispetto al nome, all'immagine e ad altri elementi evocativi dell'identità la c.d. patrimonializzazione¹⁷² avviene per mezzo di contratti di licenza¹⁷³ nei quali la concessione del diritto ad utilizzarli sembra generalmente costituire oggetto principale dell'accordo e si ravvisa un rapporto di corrispettività in senso stretto¹⁷⁴ tra l'attribuzione del diritto e il pagamento di un corrispettivo pecuniario, con riguardo ai dati personali non si ravvisa un analogo modello.

Infatti, la patrimonializzazione dei dati personali, alla luce della esperienza pratica e dei recenti interventi normativi¹⁷⁵, non evidenzia la presenza di un rapporto di corrispettività in senso stretto di fonte contrattuale tra corrispettivo pecuniario e autorizzazione al trattamento; inoltre, i concreti modelli contrattuali dimostrano di tener conto dei diversi

¹⁶⁸ Espressione tratta da G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 157 ss., spec. p. 163.

¹⁶⁹ In questo senso esplicitamente, I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., pp. 70-71, soprattutto note 48 e 49, la quale desumeva l'esistenza del potere esclusivo di sfruttamento commerciale dei dati personali in capo all'interessato dalla centralità del consenso rispetto alla destinazione del trattamento per finalità commerciali e la mancanza di ipotesi di “libera utilizzazione” da parte di terzi per tali finalità. Approccio analogo è quello di C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 88 ss.

¹⁷⁰ V. Cap. Secondo.

¹⁷¹ Distingue i fenomeni muovendo proprio dal confronto tra le diverse prassi contrattuali, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., pp. 45-47.

¹⁷² In questi termini G. RESTA, *Contratto e diritti della personalità*, cit., p. 68.

¹⁷³ Richiamano espressamente il contratto di licenza, tra gli altri, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 334 ss.; I. GARACI, *I contratti per lo sfruttamento del nome e dell'immagine. Parte generale*, in *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, a cura di A.M. Gambino, in *Trattato di Diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Sez. II – Tomo 3. VII, Torino, 2012, p. 118 ss.; M. BIANCA, *Contratti di pubblicità, sponsorizzazione, sfruttamento del nome e dell'immagine*, in *Opere e servizi – I*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, Milano, 2014, p. 1131.

¹⁷⁴ Inquadra tali fenomeni contrattuali espressamente nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, I. GARACI, in *op. cit.*, p. 118.

¹⁷⁵ Ci riferiamo alla Dir. (UE) 770/2019 e la sua attuazione nel Codice di consumo italiano all'art. 135-*octies*. Di questi interventi normativi e della prassi da cui hanno preso spunto si tratterà nel Cap. Terzo.

meccanismi di destinazione dei dati personali a fini commerciali messi da disposizione dal GDPR.

In definitiva, se non si può negare che la contemporanea teoria dei diritti della personalità presenta notevoli spunti rispetto al problema della rilevanza patrimoniale dei dati personali, tuttavia, riteniamo che la sistematizzazione di questo percorso richieda dei passaggi ulteriori, che tengano conto anche delle caratteristiche precipue del settore della protezione dei dati personali sia da un punto di vista normativo, sia da un punto di vista pratico.

Salvo quello che si dirà di qui appresso rispetto alla struttura e alla *ratio* della normativa sul trattamento dei dati personali¹⁷⁶, nonché rispetto alle modalità con le quali l'ordinamento svolge la funzione di appropriazione delle risorse economiche¹⁷⁷, ci sembra utile anticipare una considerazione che riteniamo possa guidarci nel prosieguo dell'indagine.

La progressiva normalizzazione del processo di attrazione delle articolazioni della persona fisica all'area dell'autonomia contrattuale non dovrebbe implicare una sclerotizzazione del modello del contratto a prestazioni corrispettive. Proprio in queste "zone grigie" del sistema, e in particolare in quella del trattamento dei dati personali, ci sembra utile invocare un «principio di (tendenziale) pluralità dei modelli di circolazione giuridica»¹⁷⁸: nel rispetto delle coordinate del sistema e del concreto atteggiarsi dei rapporti tra privati, ci sembra sia corretto approcciare all'argomento nella consapevolezza che «sono ipotizzabili una molteplicità di schemi, che vanno, secondo una scala di complessità crescente, dal consenso dell'avente diritto, al negozio unilaterale irrevocabile, all'accordo a contenuto non patrimoniale, sino al contratto ad effetti obbligatori e persino reali».

3.4. CONCLUSIONI: L'AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA COME AUTONOMO DIRITTO SUI DATI PERSONALI.

Fino a questo momento abbiamo prospettato due ipotesi: che i dati personali costituiscano un oggetto di diritto; che la situazione giuridica soggettiva che assume i dati come termine di riferimento sia un diritto della personalità, in quanto inerente a un interesse esistenziale della persona. Trasversalmente a questi interrogativi se n'è aggiunto un altro, al quale si cercherà di rispondere nei prossimi paragrafi: se il diritto alla protezione dei dati personali tuteli anche un interesse patrimoniale dell'interessato, avvicinandosi così ai diritti di esclusiva sui beni immateriali.

In questo paragrafo vorremmo svolgere le ultime considerazioni in relazione alle prime due ipotesi formulate, cominciando a porre le basi per la risposta all'ultimo interrogativo sollevato. Come anticipato, infatti, stabilire se il diritto alla protezione dei dati personali tuteli anche un interesse patrimoniale necessita un confronto con la normativa che lo disciplina.

Per quanto concerne la prima ipotesi, avevamo proposto di assumere come parametro di riferimento una concezione generale di bene giuridico/oggetto di diritto, intendendo come

¹⁷⁶ V. § 4.2.

¹⁷⁷ V. § 4.1.

¹⁷⁸ Così G. RESTA, *Contratto e diritti della personalità*, cit., pp. 69-70.

tale qualsiasi entità del mondo esterno, o termine che appaia socialmente e (quindi) giuridicamente rilevante, cui si riferisca un interesse tutelato da una situazione giuridica soggettiva, indipendentemente dal fatto che essa abbia natura patrimoniale o esistenziale, indipendentemente dal carattere assoluto o relativo¹⁷⁹.

Sulla base di quanto esposto, i dati personali presentano i caratteri di un oggetto di diritto: in primo luogo, essi sono socialmente e giuridicamente percepiti come entità immateriali del mondo esterno¹⁸⁰; in secondo luogo, essi soddisfano l'interesse della persona fisica cui si riferiscono, il quale è tutelato attraverso il diritto alla protezione dei dati personali.

Precisamente, l'utilità del dato personale rispetto all'interessato si coglie attraverso il richiamo al concetto di identità personale¹⁸¹: i dati personali, essendo traccia dell'identità personale, costituiscono degli «strumenti di trasmissione e conoscenza di sé»¹⁸², mezzi che consentono all'individuo di istituire nuove relazioni intersoggettive.

Benché il collegamento con l'identità personale vi sia, una sovrapposizione completa tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto all'identità personale non vi è: la distinzione si mantiene ed è confermata dal fatto che il dato personale è primariamente punto di riferimento dell'interesse a relazionarsi con un solo soggetto, ossia il titolare del trattamento, e non dell'interesse ad essere rappresentato correttamente alla collettività di riferimento.

Dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva posta a tutela di tale interesse, la normativa sul trattamento dei dati personali attribuisce all'interessato un diritto di controllo di entità evocative dell'identità dell'individuo. Tale diritto si estrinseca in variegate posizioni di vantaggio individuali non solo rimediali, ma anche sostanziali¹⁸³. L'interessato, infatti, ha in sua mano la tutela dei confini della sua identità, attraverso il consenso e il potere di opposizione a determinate finalità di trattamento; nonché la facoltà di monitorare la circolazione delle sue tracce, indipendentemente dalla violazione di norme di comportamento, attraverso il diritto di accesso, il diritto di rettifica e il diritto alla portabilità.

La dottrina parla in proposito di *autodeterminazione informativa*¹⁸⁴ per segnare il distacco e il superamento del concetto di protezione dei dati personali come diritto alla

¹⁷⁹ Il riferimento è alla tesi di S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, cit., p. 174 ss. In senso analogo v. più di recente F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 482.

¹⁸⁰ V. §§ 2.1., 2.2. e 2.3.

¹⁸¹ V. § 3.2.

¹⁸² Così, F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 157 ss.

¹⁸³ Alla luce della normativa gli strumenti rimediali, a ben vedere, sono circoscritti al diritto di rettifica dei dati personali, al diritto alla cancellazione e al diritto di limitazione del trattamento (artt. 16, 17 e 18). Non si comprende, allora, come parte della dottrina potesse ritenere che la normativa sul trattamento dei dati personali riconosca all'interessato soltanto strumenti di tutela e non facoltà sostanziali. Sotto la vigenza del vecchio testo del Codice della privacy, ha criticato la ricostruzione in chiave meramente rimediale della situazione soggettiva dell'interessato anche, S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, p. 996, il quale considera il diritto alla protezione dei dati personali come una formula che «cela» in sostanza la libertà di autodeterminazione informativa. Per ulteriori riferimenti sul contenuto del diritto alla protezione dei dati personali, v. nota 104.

¹⁸⁴ S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, cit., pp. 588-589, il quale – nel cogliere le novità introdotte dalla disciplina sul trattamento dei dati personali rispetto al concetto tradizionale di *privacy* – osservava che le fonti internazionali richiamate e la legge

riservatezza. Il fulcro della disciplina risiede non tanto nella libertà negativa di escludere dei terzi, ma soprattutto nella *libertà positiva di decidere tra diverse determinazioni possibili*¹⁸⁵ rispetto alla propria sfera personale. Il contenuto positivo dell'autodeterminazione, come si avrà modo di precisare nel prosieguo del lavoro¹⁸⁶, si estrinseca non solo nel consenso, ma anche nel potere di opposizione, il quale presuppone una circolazione già avviata e indipendente da una scelta iniziale dell'interessato al momento della raccolta.

Dal punto di vista della persona fisica cui si riferiscono i dati personali, dunque, si prevedono poteri e rimedi calibrati rispetto alla tutela dell'interesse esistenziale che ha matrice nell'identità personale e non a quella di un interesse patrimoniale: infatti, anche quando è chiara l'oggettivazione del dato¹⁸⁷, non si ravvisa il riconoscimento in capo all'interessato di una prerogativa che gli consenta di appropriarsi esclusivamente e direttamente delle utilità patrimoniali ricavabili dal trattamento.

D'altra parte, come si avrà modo di precisare in seguito¹⁸⁸, il GDPR sembra ravvisare nella posizione del titolare del trattamento, e non dell'interessato, una facoltà di agire dal cui esercizio concreto è possibile trarre utilità economiche (*libertà di trattare dati personali*).

Sulla base di quanto finora esposto riteniamo di potere concludere affermando che le ipotesi precedentemente formulate trovino conferma nel dato positivo: che il dato personale costituisca un bene giuridico, in quanto entità che soddisfa primariamente un interesse esistenziale della persona attraverso una autonoma situazione giuridica soggettiva che si articola in facoltà sostanziali e strumenti rimediali.

4.1. IL DATO PERSONALE COME BENE GIURIDICO PATRIMONIALE: TERZA IPOTESI.

Lo sviluppo degli attuali modelli di business basati sull'analisi dei dati comportamentali in ambiente digitale ha determinato la rivitalizzazione del dibattito circa la

n. 675/1996 di attuazione «non sono l'effetto di una forzatura legislativa, ma di una sintonia con una evoluzione culturale sempre più marcata che ha modificato profondamente sia la percezione sociale della *privacy*, sia la sua considerazione giuridica». Già prima che un diritto alla protezione dei dati personali venisse espressamente sancito, dunque, si rileva nelle maglie della disciplina il recepimento di diverse tendenze: «1) dal diritto d'essere lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni; 2) dalla *privacy* al diritto all'autodeterminazione informativa; 3) dalla *privacy* alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo». Analoghe riflessioni sull'autodeterminazione, ID, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 97 ss., nonché prima ID, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, p. 130. Discorrono di autodeterminazione informativa, anche G. CONTE, *Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, cit., p. 235; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 8/1997, 915 ss. Di recente F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2791 evidenzia la natura dinamica e attiva del diritto alla protezione dei dati personali: tale diritto, pur rimanendo inquadrato tra i diritti della persona, si caratterizza per la presenza di una *facultas agendi*, cioè di un potere, e non solo di una *facultas excludendi*, ossia di una libertà negativa.

¹⁸⁵ Sul contenuto positivo dell'autodeterminazione, e cioè come potere di compiere scelte circa sé, v. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2010, p. 1037 ss., spec. 1038-1039.

¹⁸⁶ Il profilo dell'autodeterminazione e dell'autonomia privata nel trattamento dei dati personali verrà esaminato diffusamente nel Cap. Secondo.

¹⁸⁷ Il riferimento è alla disciplina sul diritto alla portabilità dei dati (art. 20 GDPR).

¹⁸⁸ V. Cap. Secondo §1.1.

natura dei dati personali come bene giuridico patrimoniale¹⁸⁹ e la possibilità di concepire in capo all'interessato un diritto para-proprietario su di essi¹⁹⁰.

La questione non è nuova. Della natura patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali si discuteva in Europa anche sotto la vigenza della Dir. 95/46/CE e senza che la digitalizzazione assorbisse completamente, o quasi, il settore delle comunicazioni¹⁹¹.

Il termine stesso “circolazione”, cui la disciplina europea ha da sempre fatto riferimento, infatti, rimanda all'idea di un bene scambiato e utile per il mercato unico europeo¹⁹². Sebbene la prevalenza degli orientamenti dottrinari abbia sempre ritenuto dominante da un punto di vista giuridico il profilo esistenziale dei dati, l'utilità per i mercati dei dati personali è sempre stata percepita anche dai giuristi¹⁹³.

A fronte di questa evidenza reale, si ricorda¹⁹⁴ quanto autorevole dottrina osservava nell'ambito di una ricerca diretta a fornire una definizione giuridica di bene: la natura economica di un bene non implica automaticamente la presenza di un bene giuridico; le valutazioni della scienza giuridica sono connesse, ma autonome dalle valutazioni della scienza economica¹⁹⁵. Tale osservazione fornisce una fondamentale indicazione di metodo nell'affrontare la questione specifica che qui si propone: l'interprete, infatti, ha l'incarico di valutare la sussistenza dei presupposti giuridici sulla base dei quali si possa qualificare come bene giuridico patrimoniale anche il dato personale.

Al momento di individuare una definizione utile di oggetto di diritto, infatti, avevamo prospettato che – pur ammettendo la validità di un concetto generale idoneo a

¹⁸⁹ La questione è stata affrontata anche in giurisprudenza. In particolare, i giudici amministrativi, chiamati a giudicare se le pratiche commerciali del sito di social network Facebook fossero corrette o meno alla luce della disciplina consumeristica, hanno dovuto affrontare trasversalmente anche la questione della natura economica dei dati personali. Sebbene in primo grado i giudici si siano mostrati favorevoli ad una qualificazione del dato personale come bene giuridico patrimoniale (TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260, reperibile in *dejure.it*; per un commento alla sentenza, v. B. PARENZO, *Dati personali come “moneta”*. Note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020, in *juscivile*, 5/2020, p. 1364 ss.), in Consiglio di Stato emerge un approccio meno esplicito sul punto, ancorché l'applicabilità della disciplina consumeristica sia stata confermata (cfr. Consiglio di Stato, sez. sesta, 29 marzo 2021, n. 02631, reperibile in *dejure.it*)

¹⁹⁰ Segnalano il rifiorire della questione in relazione all'ambiente digitale: V. ZENO-ZENCOVICH, *Do “Data Markets” Exist?”* in *MediaLaws – Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, 2/2019, p. 22 ss.; G. ALPA, *La “proprietà” dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 11 ss.; ID, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2022, p. 618 ss., spec. 632 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., p. 689 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutela*, a cura di A. M. Gambino e A. Stazi, Pisa, 2020, pp. 55-64; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 20 ss.

¹⁹¹ Per i riferimenti di tale discussione nella dottrina europea, v. G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., pp. 19-20.

¹⁹² In proposito sono illuminanti le osservazioni di F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, cit., p. 16, il quale individua nella libertà fondamentale di prestazione dei servizi, riconosciuta espressamente dai Trattati europei, l'obiettivo e il senso della libertà di circolazione dei dati personali, tutelata dalla Dir. 95/46/CE.

¹⁹³ Per queste osservazioni v. già S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., pp. 39-40, il quale discorre di fenomeni di «crescente trasformazione dell'informazione in merce» e cita come esempio i casi di «vendita di indirizzi da parte dei comuni».

¹⁹⁴ G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 56.

¹⁹⁵ S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, cit., p. 167 ss., spec. pp. 169-170.

ricomprensivi anche entità del mondo esterno non economiche – vi fosse da rispettare la rilevanza teorica di una definizione di bene giuridico più ristretta¹⁹⁶ e, segnatamente, riferita alla funzione allocativa delle risorse economiche dell'ordinamento giuridico.

La terza ipotesi che qui abbiamo prospettato, dunque, si deve coordinare ora con quell'approccio dottrinario che attribuisce al termine bene giuridico il valore di un concetto teorico sub-sistemico¹⁹⁷, in quanto esso rappresenta sinteticamente «le tecniche attraverso le quali il sistema determina le utilità che intende distribuire tra i consociati, delle diverse possibili forme nelle quali ciascuno di essi può lecitamente far proprie tali utilità e dei particolari “dispositivi di filtraggio” che a queste forme eventualmente corrispondono». Tale concetto segnerebbe il discrimine tra rilevante e irrilevante giuridico (specificamente) quanto al problema dell'appropriazione privata delle risorse e definirebbe le diverse condizioni formali che a questa stregua i valori d'uso e di scambio debbano positivamente presentare per rilevare nella prospettiva della funzione distributiva dell'ordinamento giuridico.

Perché un'entità costituisca bene giuridico, in altri termini, è necessario che sia presa in considerazione dall'ordinamento in vista del valore economico che quest'ultimo le accredita¹⁹⁸. È necessaria, dunque, una tipizzazione, la quale potrà avvenire secondo due tecniche fondamentali: la prima si basa sulla descrizione dei connotati materiali o qualità fisiche in senso naturalistico delle entità del mondo reale; la seconda si basa su criteri evocativi della forma genericamente sociale delle entità, ossia su connotati meta-giuridici che designano processi economici e sociali suscettibili di evoluzione. L'ordinamento, si ritiene, ha rimesso a tecniche di tipizzazione diretta la rilevanza giuridica delle risorse materiali (o c.d. cose corporali) e ha, invece, assegnato a tecniche di tipizzazione indiretta il compito di definire la rilevanza giuridica di tutte le altre entità.

Dalle tecniche di tipizzazione indiretta dovrebbero ricavarsi i criteri nei quali sono state formalizzate le *rationes* dell'ordinamento in campo di attribuzione delle risorse. Tale criterio è individuabile nel principio di patrimonialità, così come si evince dal combinato disposto degli artt. 1174 e 1321 c.c., nonché dalla normativa sui c.d. beni immateriali¹⁹⁹.

Al di fuori delle entità materiali, dunque, la considerazione di una entità come bene giuridico dipende dalla rispondenza ai criteri di qualificazione posti dall'ordinamento all'interno della disciplina dei beni immateriali o del contratto. I dati personali, costituendo in definitiva delle entità immateriali²⁰⁰, potranno essere qualificati anche come beni giuridici patrimoniali solo qualora di essi possa predicarsi una qualificazione in uno dei termini suddetti.

L'utilità di questa definizione si coglie in due principali aspetti: in primo luogo, perché, attraverso il riferimento agli indici normativi della patrimonialità, segna una demarcazione delle valutazioni giuridiche da quelle meramente economiche; in secondo luogo, e

¹⁹⁶ V. § 2.1.

¹⁹⁷ Così M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., pp. 627-628. Per un approccio analogo, più di recente, v. A. JANNARELLI, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, cit., 140 ss.

¹⁹⁸ M. BARCELLONA, in *op. ult. cit.*, p. 634.

¹⁹⁹ ID, in *op. ult. cit.*, p. 637.

²⁰⁰ Per le considerazioni sul punto rinviamo al § 1.1.

soprattutto, perché consente di coordinare il ragionamento sull'entità con quello sulla situazione giuridica soggettiva riferibile. Quest'ultimo aspetto si mostra fondamentale perché – come si è cercato di evidenziare nel corso della trattazione – ogni discussione sulla natura di un oggetto non può prescindere dall'aspetto della situazione giuridica soggettiva di riferimento.

Alla luce di queste considerazioni, allora, vorremmo esaminare la terza ipotesi secondo le coordinate fornite da questa dottrina²⁰¹, le quali ci consentiranno, in primo luogo, di confrontarci con quegli orientamenti minoritari che ritengono di ravvisare nel diritto alla protezione dei dati personali un diritto analogo al diritto d'autore.

4.2. IL DATO PERSONALE COME OGGETTO DI UN DIRITTO ANALOGO AL DIRITTO D'AUTORE. CRITICA.

All'interno delle posizioni dottrinarie che inquadrano la normativa sul trattamento dei dati personali nei modelli di tutela in forma soggettiva, si distingue una opinione minoritaria che ritiene di poter ravvisare nella disciplina in questione la introduzione di un diritto riconducibile al settore della proprietà intellettuale²⁰² e di un nuovo bene immateriale²⁰³.

Concependo la proprietà intellettuale come categoria mobile²⁰⁴, il diritto alla privacy e i diritti della proprietà intellettuale (precisamente il diritto d'autore) sarebbero omogenei per natura, struttura e funzione²⁰⁵. Secondo questa dottrina, infatti, la normativa europea sul trattamento dei dati personali, tutelandone espressamente la circolazione, non riguarderebbe soltanto i valori esistenziali della persona, ma anche il valore economico degli stessi dati. Da questa preliminare considerazione tale dottrina desume diversi tratti di analogia.

In primo luogo, analogie sotto il profilo strutturale e della tecnica legislativa: il diritto alla privacy avrebbe struttura analoga al diritto d'autore in quanto, da una parte, ricostruito anch'esso come uno *ius excludendi alios*; dall'altra, perché concepito come una situazione giuridica dualistica, cioè dotata di una componente riconducibile ai diritti della personalità, connotata dall'indisponibilità, e di un'altra connotata dalla patrimonialità e dalla

²⁰¹ Fa richiamo alla teoria del bene giuridico come concetto sub-sistemico per esaminare il tema della rilevanza patrimoniale dei dati personali anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 49 ss.

²⁰² Il riferimento è, per primo, a L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *AIDA*, 1997, 530 ss.; ID, *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, Milano, 2000, 183 ss.; ID, *Proprietà intellettuale e privacy*, in *Foro it.*, 3, 2014, 93 ss. Negli Stati Uniti l'idea del dato personale come oggetto di un diritto proprietario incontra meno ostacoli, come dimostra in proposito anche P. M. SCHWARTZ, *Privacy, Property, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 4/2004, 2056 ss.

²⁰³ Le posizioni di L.C. Ubertazzi sono state riprese e ampliate di recente da A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, p. 93 ss., spec. 97.

²⁰⁴ L. C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. Ubertazzi, *Trattato di diritto privato e dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2011, p. 1 ss., spec. 13 ss.

²⁰⁵ L. C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, cit., p. 94. Cfr. A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, cit., pp. 106-128, il quale però precisa che il diritto alla privacy si distinguerebbe per un aspetto dai diritti di proprietà intellettuale in senso stretto, perché nel primo il bene immateriale tutelato non è prodotto dell'intelletto del "titolare", ma gli appartiene in quanto tratto della sua identità; conseguentemente, suggerisce di individuare una categoria più ampia della quale farebbero parte diritti di proprietà intellettuale in senso stretto e privacy, ossia quella dei "diritti esclusivi sull'immateriale di natura patrimoniale".

disponibilità mediante licenze esclusive; infine, perché anche nel diritto alla privacy il legislatore prevedrebbe delle limitazioni all'esclusiva poste nell'interesse altrui.

In secondo luogo, si ritiene che le due discipline richiamate condividano la funzione di tutelare gli interessi patrimoniali del titolare del diritto in bilanciamento con gli interessi contrapposti meritevoli di tutela della collettività o di altri attori del mercato.

Questa impostazione, ancorché diretta a valorizzare la realtà economica, solleva alcune perplessità. In proposito cercheremo di procedere per gradi.

Da un punto di vista di teoria generale, l'accostamento tra dati personali e beni immateriali non è pacifico. Infatti, secondo un'opinione tradizionale²⁰⁶ la categoria si limiterebbe ad entità immateriali che realizzano un apporto creativo (creatività) e suscettibili di essere riprodotte in un numero di esemplari indefinito (riproducibilità).

Tali requisiti sarebbero essenziali perché si possa discutere di bene immateriale: ad essi, infatti, si legherebbero gli stessi interessi umani patrimoniali idonei ad assurgere ad interessi meritevoli di tutela mediante il riconoscimento del diritto sulle entità che gli si riferiscono, e precisamente l'interesse alla rivalutazione del lavoro intellettuale creativo. I beni immateriali, allora, si ridurrebbero alle sole creazioni intellettuali e alle opere dell'ingegno, venendo esclusi, a parte tutti gli attributi della personalità, in primo luogo i segni distintivi²⁰⁷.

I dati personali, alla luce di questa opinione, non potrebbero essere considerati beni immateriali già per la carenza di uno dei suddetti requisiti, ossia per il fatto di non essere frutto dell'apporto di un lavoro intellettuale (creatività)²⁰⁸.

Questa argomentazione, però, non risulta decisiva ai fini della verifica dell'ipotesi proposta. Infatti, la stessa definizione di beni immateriali oggi accolta sembra essere più ampia: la dottrina, infatti, inquadra nei beni immateriali e nel diritto industriale tutte le entità che si distinguono nella realtà per il fatto di essere estrinsecazioni del pensiero²⁰⁹: sulla base di questo presupposto anche i segni distintivi e le più recenti entità immateriali frutto del progresso tecnologico possono entrare a far parte della categoria.

Ciò che per converso sembra rilevare ai fini della delimitazione del settore è l'aspetto della natura degli interessi tutelati e dei criteri di qualificazione che in aderenza ad essi vengono previsti. La categoria dei beni immateriali, infatti, viene assimilata concettualmente nel diritto industriale e, in generale, nell'ambito delle discipline che tutelano – mediante variegate tecniche – primariamente un interesse patrimoniale dell'individuo alla appropriazione di risorse economiche derivate da entità intellettuali²¹⁰.

²⁰⁶ D. MESSINETTI, voce *Beni immateriali*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, pp. 1-2, il quale definisce i beni immateriali come entità incorporali caratterizzate per la creatività e la riproducibilità.

²⁰⁷ D. MESSINETTI, in *op. ult. cit.*, p. 3 e 6. Nella manualistica v., C. M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, II. ed., Milano, 2018, p. 158.

²⁰⁸ In proposito, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 343.

²⁰⁹ R. ROMANO-P. SPADA, *Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 6 ss, spec. 8-12. Cfr. M. ARE, voce *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 2 ss., spec. p. 6, il quale – con un approccio meno restrittivo – concepisce i beni immateriali come le entità del pensiero estrinsecate e per questo circolabili e riproducibili.

²¹⁰ Per questa assimilazione e sugli interessi e le tecniche di protezione giuridica degli stessi, v. R. ROMANO-P. SPADA, *Parte generale*, cit., p. 13 ss.

Tale constatazione ci consente di ricollegarci al concetto teorico sub-sistemico di bene giuridico ricordato, nonché di confrontarci ancor più nel merito con la tesi minoritaria che assimila il diritto alla privacy al diritto d'autore, o ai c.d. diritti esclusivi su beni immateriali di natura patrimoniale.

La dottrina che rinviene nella disciplina dei beni immateriali una manifestazione normativa del principio di patrimonialità presuppone che le norme individuino un chiaro collegamento tra la rilevanza patrimoniale delle risorse e la tutela giuridica apprestata: in altri termini, i beni immateriali si caratterizzerebbero in quanto tali, non tanto per l'esclusività di godimento assicurata, quanto per la loro idoneità ad avere nella società una applicazione ed utilità economica²¹¹.

Applicando queste considerazioni al diritto alla protezione dei dati personali, non ci sembra che sussistano i presupposti per assimilarlo al diritto d'autore ed equiparare direttamente i dati personali ai beni immateriali tutelati dal diritto industriale.

Come più volte osservato, la normativa sulla protezione dei dati personali attribuisce rilevanza ai dati personali in quanto elementi dell'identità personale e tutela l'interessato in relazione al loro trattamento indipendentemente da una loro attitudine ed utilità economica. Volendo potremmo esprimerci dicendo che la normativa in questione adotta un «approccio neutro» rispetto alla rilevanza patrimoniale del dato, e soprattutto rispetto al problema della attribuzione delle risorse economiche ricavabili dal trattamento. Preminente è tutelare la dignità dell'interessato in qualunque contesto di trattamento; eventuale è la considerazione dei dati personali come valori di scambio e come risorse destinate allo sfruttamento commerciale²¹².

Ad adiuvandum si potrebbe osservare che, proprio sotto il profilo della tutela di interessi patrimoniali, la normativa sembra più concepire in capo al titolare del trattamento interessi di tale genere, munendolo di una posizione – ancorché non qualificata – di natura gestoria, tale da permettergli di ricavare utilità economiche dal trattamento, quando non incompatibili con gli obiettivi della raccolta²¹³.

Se queste osservazioni sono condivisibili, in definitiva, ci sembra forzato ascrivere il diritto alla protezione dei dati personali al diritto d'autore e concepirlo come una situazione giuridica soggettiva cui la legge riconduce direttamente prerogative patrimoniali. Questa conclusione, tuttavia, non completa la trattazione del problema. Infatti, come anticipato, nella teoria del bene giuridico (patrimoniale) sussistono altri ambiti normativi che

²¹¹ M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., pp. 648-652, il quale utilizza l'esempio delle opere dell'ingegno, nelle quali si richiede l'attitudine dell'opera ad una applicazione industriale.

²¹² Ci riferiamo agli sporadici riferimenti normativi del GDPR alle finalità di marketing. Cfr. § 2.3.

²¹³ In questo senso sembrerebbe deporre la definizione inglese di titolare del trattamento, ossia *data controller*. Il titolare, quindi, è il “controllore” dei dati, ma il controllo presuppone un potere di gestione. Osservazioni di questo tipo anche in F. BANTERLE, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei big data tra privacy e proprietà intellettuale*, cit., p. 593. Invero, la dottrina europea, occupandosi del problema della proprietà dei dati – in generale – suggerisce di spogliarsi dei concetti nazionali di *property* e di concepire rispetto al soggetto che tratta i dati una posizione di *management*, ossia appunto gestoria. In proposito, v. S. VAN ERP, *Management as Ownership of Data*, in *Data as a Counter Performance – Contract Law 2.0?*, edited by S. Lohsse-R. Schulze-D. Studenmeyer, *Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Baden-Baden, 2020, p. 77 ss.

consentono di valutare se per l'ordinamento una certa entità possa essere inquadrata nella categoria. Il riferimento, dunque, è alle altre norme che potrebbero consentire una valutazione dei dati personali come beni giuridici patrimoniali, ossia gli artt. 1174 e 1321 c.c.

4.3. CONCLUSIONI: IL DATO PERSONALE COME ENTITÀ SUSCETTIBILE DI ESSERE OGGETTO DI UN RAPPORTO CONTRATTUALE.

Secondo la dottrina del concetto teorico sub-sistemico di bene giuridico, il principio di patrimonialità – come criterio riconducibile alla funzione dell'ordinamento di regolazione dell'appropriazione delle risorse – trova massima espressione negli artt. 1174 e 1321 c.c.²¹⁴. Tali norme, disciplinando le obbligazioni e i rapporti giuridici patrimoniali di fonte consensuale, introietterebbero con elevato livello di astrazione la logica economica e le valutazioni del mercato nella logica giuridica.

In particolare, l'obbligazione e il contratto costituirebbero non solo strumenti di circolazione della ricchezza, ma anche mezzi con i quali è possibile creare nuovi beni giuridici, *sub specie* di prestazioni di fare o di non fare²¹⁵. La qualifica di queste ultime in termini di bene giuridico deriverebbe «non tanto in funzione dell'utilità che dalla prestazione ricava il creditore, ma in funzione delle risorse che per il suo tramite sono attribuite al debitore»²¹⁶.

La prestazione, dunque, assurge a bene giuridico per il debitore nella misura in cui, attraverso la circolazione che ha fonte nel contratto, realizza un valore di scambio²¹⁷. La possibilità legale di obbligarsi in forma consensuale e la sussistenza di un mercato sulla prestazione costituiscono i criteri che definiscono l'ambito dell'attribuzione qualificata²¹⁸.

Tale tesi si fonda su due concetti fondamentali. In primo luogo, si afferma che, alla base del potere di obbligarsi, e della forma consensuale con cui si esplica, vi sia la libertà individuale: riguardata nella funzione attributiva dell'ordinamento, ad essa corrisponderebbe «un principio appropriativo secondo il quale ciascuno può appropriarsi (e impedire che altri si appropri) delle utilità che, non concernendo immediatamente e direttamente specifici beni in altro modo attribuiti, dipendono essenzialmente dal permesso generale di fare il non-fare e di non fare il fare». La norma di libertà istituisce il potere di obbligarsi come potere di appropriarsi del controvalore di risorse fisiche o intellettuali a sé riferibili, come potere di trasformare il valore d'uso, che il comportamento umano può rivestire per gli altri, in valore di scambio²¹⁹.

In secondo luogo, si precisa che si attribuiscono le risorse nei limiti richiamati dagli artt. 1174 e 1321 c.c., e cioè nei limiti della misura oggettiva del mercato²²⁰. Secondo l'ordinamento la patrimonialità sussisterebbe in quanto la prestazione si presenti attualmente

²¹⁴ M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 653 ss.

²¹⁵ Attribuisce al contratto ruolo di strumento di creazione di nuovi beni patrimoniali anche A. JANNARELLI, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, cit., pp. 140-146.

²¹⁶ M. BARCELLONA, in *op. ult. cit.*, p. 654.

²¹⁷ ID, in *op. ult. cit.*, pp. 659, nonché 661-662 e 666-667.

²¹⁸ ID, in *op. ult. cit.*, p. 667.

²¹⁹ M. BARCELLONA, in *op. ult. cit.*, pp. 671-672.

²²⁰ ID, in *op. ult. cit.*, p. 675-679.

come «offerta» e si giustapponga ad una potenziale «domanda», senza che ciò implichi necessariamente che esista anche un prezzo di mercato.

Si conclude che «sono attribuite, e costituiscono perciò oggetto di appropriazione qualificata tutte e solo quelle utilità, anche non patrimoniali (cfr. art. 1174 c.c.), in qualsiasi modo dipendenti dal permesso di fare e di non fare, che sono fruibili da altri e per fruire delle quali gli altri sono o possono essere disposti ad un sacrificio economico, ossia tutti e solo quei valori d'uso che storicamente e, perciò oggettivamente, divengono suscettivi di valore di scambio».

Tali coordinate sono decisive per completare l'esame dell'ipotesi prospettata inizialmente, cioè se i dati personali possano rilevare anche come beni giuridici patrimoniali, ma nella loro applicazione esse determinano il sorgere di ulteriori quesiti che impongono ulteriori considerazioni. In primo luogo, si pone la questione preliminare se i dati personali possano costituire dei valori d'uso oggettivamente idonei a costituire anche dei valori di scambio nel mercato. In secondo luogo, si pone il problema di stabilire come l'interessato possa obbligarsi a che i propri dati personali siano utilizzati, al fine di realizzare il valore di scambio relativo all'uso che di essi il creditore può fare.

Quest'ultimo aspetto suscita qualche perplessità e sollecita il quesito se – nel contesto complessivo delle norme che regolano la funzione attributiva delle risorse (artt. 1174, 1321 c.c.) – l'obbligazione in senso stretto sia l'unico strumento attraverso il quale la valutazione patrimoniale dei dati personali sia realizzabile, o se tale ruolo possa essere ravvisato più in generale nel contratto e nel concetto più ampio di rapporto giuridico-patrimoniale²²¹. Si tratta, evidentemente, di questioni che spostano l'indagine su un altro piano rispetto a quello finora esaminato e per le quali, dunque, chiediamo ci sia consentito rinviare ad una successiva fase della trattazione²²².

A questo punto, tuttavia, è possibile prendere in considerazione il primo aspetto problematico della ipotesi in questione, ossia se i dati personali abbiano anche una utilità economica, in quanto attualmente offerta, e rispetto alla quale vi è possibilità oggettiva di una domanda di mercato.

Una parte della dottrina²²³ ha osservato che i dati personali siano suscettibili di soddisfare diverse utilità, oltre a quella esistenziale dell'interessato. Lo stesso oggetto, dunque, a cui la legge attribuisce autonoma rilevanza in quanto legato all'identità individuale della persona fisica, può dare luogo ad utilità economiche per effetto dello scopo cui è destinato, e così dar luogo alla nascita di un bene anche patrimoniale.

Ora, sulla base di quanto osservato precedentemente in ordine al concetto di bene giuridico patrimoniale, perché si possa predicare tale natura anche con riguardo ai dati personali occorrerebbe una qualificazione in questo senso alla luce delle norme che

²²¹ Si tratterebbe, in sostanza, di verificare se – data la relatività delle qualificazioni giuridiche – il dato personale possa essere valutato alla stregua di risorsa patrimoniale alla luce della disciplina contrattuale. Cfr. G. VERSACI, in *op. cit.*, p. 105 ss., il quale individua nel consenso uno strumento con il quale l'interessato partecipa nel processo di contrattualizzazione dei dati personali.

²²² Per le nostre riflessioni sul punto si rinvia al Cap. Terzo, § 2.5.

²²³ F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 160 ss. Attribuisce rilievo alla destinazione dei dati personali ad un certo scopo di trattamento anche I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., pp. 31-33, nonché p. 51 ss.

positivizzano il principio di patrimonialità e, quindi, una valutazione normativa ulteriore rispetto alla destinazione allo scopo. Tuttavia, non si può non condividere l'opinione appena ricordata nella parte in cui assegna rilevanza, rispetto all'individuazione dell'*utilitas*, all'atto di destinazione previsto per il trattamento del dato, *in primis* il consenso dell'interessato.

Infatti, rispetto al problema che ci occupa, la prassi dimostra come in più settori una domanda ed una offerta di dati personali si crei allorquando su questi ultimi è impressa una finalità commerciale, *sub specie* di finalità di marketing diretto, di comunicazione a terzi o di profilazione.

La destinazione a tali finalità, in definitiva, costituirebbe il presupposto perché i dati costituiscano sul piano socio-economico dei valori di scambio e, conseguentemente, perché si possa ipotizzare una loro sussumibilità all'interno di un rapporto giuridico-patrimoniale ai sensi dell'art. 1321 c.c.

In conclusione, vorremmo aggiungere un'ultima precisazione. La disciplina attualmente vigente, essendo stato abrogato il sistema delle autorizzazioni generali di trattamento da parte delle Autorità di controllo (Garanti)²²⁴, prevede una sorta di regime liberalizzato delle finalità dei trattamenti: sulla base di esso rientra nell'*accountability* del titolare evitare di trattare i dati per finalità illecite. Conseguentemente, non ci pare sia opportuno distinguere a monte tra dati destinabili a finalità commerciali e dati non destinabili a finalità commerciali²²⁵; tuttavia, occorre dire che sarà cura dell'interprete individuare i successivi momenti di qualificazione giuridica nei quali assumono rilievo le differenze tra i diversi dati trattati.

²²⁴ Si rinvia alla abrogazione, da parte dell'art. 21 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante le disposizioni di attuazione del GDPR, delle autorizzazioni generali adottate dal Garante della privacy prima dell'adozione del decreto. Per una trattazione dell'impatto del GDPR nel sistema normativo italiano e della sua attuazione in Italia, v. S. MESSINA, *L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 119 ss.

²²⁵ Una distinzione in questo senso era stata delineata da I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., p. 51 ss.

CAPITOLO SECONDO

DALL'AUOTODETERMINAZIONE ALL'AUTONOMIA PRIVATA SUI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1.1. Considerazioni introduttive sulla libera circolazione dei dati personali. – 1.2. *Segue*. Condizioni di liceità del trattamento e autodeterminazione informativa. – 2.1. Consenso al trattamento dei dati personali: definizione e problema. – 2.2. *Segue*. Efficacia autorizzativa e di destinazione allo scopo. – 2.3. Osservazioni sui requisiti legali del consenso: informazione. – 2.4. *Segue*. Specificità e inequivocabilità. – 2.5. *Segue*. Libertà e revocabilità. – 3. Legittimo interesse e diritto di opposizione: spunti ricostruttivi. – 4. Contratto tra interessato e titolare come condizione di liceità: prospettive ricostruttive. – 5. Divieto di trattamento dei dati sensibili e condizioni di liceità: specifici profili del consenso. – 6. Autodeterminazione informativa e autonomia privata sui dati personali: prime conclusioni.

1.1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI DATI PERSONALI.

Prima di esaminare i caratteri dell'autodeterminazione informativa e di valutarne i rapporti con l'autonomia privata, ci sembra necessario mettere in luce i suoi confini²²⁶ ed

²²⁶ L'idea di selezionare e regolare i propri interessi all'interno di una sfera di competenza e nel rispetto di limiti esterni è comune ed intrinseca ad ogni concetto che rinvia alla autoregolamentazione della propria sfera giuridica. Negli studi sull'autonomia privata e sul negozio giuridico l'esame del rapporto tra autoregolamentazione e limiti è risalente ed è stato affrontato diffusamente. Per delle prime considerazioni di carattere generale e terminologico, v. S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 367 ss., il quale osserva che il concetto di «autonomia» richiami inevitabilmente il concetto di «eteronomia» e il concetto di «libertà» quello di «autorità». Da un punto di vista tecnico, il problema dei confini e dei limiti dell'autonomia privata si articola su due principali livelli. Il primo riguarda i rapporti generali tra autonomia privata (intesa come ordinamento dei privati) e legge (ordinamento statale), e non è altro che l'altra faccia della questione se il negozio giuridico, come atto di autonomia privata idoneo a produrre effetti giuridici, sia un *fatto* ovvero un *valore giuridico*. Il secondo – che presuppone il precedente – attiene alle concrete modalità e agli specifici limiti legislativi che i privati devono osservare nell'esercizio della loro autonomia. Sul primo livello di problemi, v., fra tutti, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, II ed., Rimini, 1989, p. 52 ss., il quale imposta la riflessione sull'istituto del negozio giuridico sul presupposto che «l'idea stessa di negozio giuridico [...] è, pertanto, espressione del rapporto tra *libertà* (del privato) e *autorità* (dell'ordinamento statale)» (p. 55); egli ritiene che «Il senso, vorremmo dire la funzione, dell'*incontro* tra ordinamento statale e negozio, non è tanto quello di *piegare* il *valore-negozio* ai *valori* propri dell'ordinamento statale; ma semmai quello di *constatare il grado di compatibilità* tra il *valore* espresso dalla regola negoziale, con quello espresso dalle norme dell'ordinamento» (p. 61). In ordine al secondo livello di problemi, si riscontrano diversi approcci che ai nostri fini è utile evidenziare. In una data prospettiva, il tema dei limiti all'autonomia privata è stato affrontato esclusivamente come una questione di rispetto di modalità (oneri) che la legge impone al privato nell'esercizio del potere di regolamentare i propri interessi. Così, tra gli altri, R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 517 ss. In un'altra e più organica prospettiva, il tema delle condizioni e dei limiti è stato esaminato anche in considerazione di un altro aspetto (forse preliminare), ossia alla luce dell'idea di autonomia privata come «fenomeno logicamente correlativo a quello di *sfere individuali di singoli*» e del negozio giuridico come «l'atto con cui il singolo regola da sé *propri interessi nei rapporti con altri*». In questo senso, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta II. ed., Napoli, 2002, pp. 47 e 55. L'A., sul presupposto che ciascun individuo è padrone in casa propria, da una parte qualifica come limiti indisponibili all'autonomia privata i presupposti del negozio come «la capacità di agire, di disporre, di obbligarsi; la capacità di acquistare o di liberarsi da un vincolo; la legittimazione attiva e passiva al negozio» (p. 101 ss., nonché p. 209 ss.); dall'altra, configura come ipotesi di bilanciamento tra l'esigenza di dare assetto ai propri interessi e quella di solidarietà sociale i casi tassativi e

inquadrala nel relativo contesto operativo, alla luce della disciplina vigente²²⁷. Come anticipato, si ritiene che il diritto alla protezione dei dati personali sia una situazione giuridica soggettiva che postula il *trattamento dei dati personali*²²⁸ da parte del c.d. titolare del trattamento²²⁹, e la successiva *circolazione* di questi ultimi; inoltre, si è osservato come l'autodeterminazione informativa, di cui il diritto suddetto si compone, consiste in una *sfera di libertà* caratterizzata anche da elementi di *potere*²³⁰.

D'altra parte, è necessario ora evidenziare come il dato personale – in quanto elemento dell'identità personale, ma anche mezzo di comunicazione e fonte di conoscenza di sé²³¹ – è entità intrinsecamente idonea a soddisfare due principali ed opposte esigenze umane: da una parte quella di protezione dell'identità personale dell'interessato, dall'altra quella di conoscenza in capo a terzi, i quali avvalendosi del dato potranno soddisfare loro ulteriori bisogni meritevoli di tutela.

Tali aspetti, se evidenziano la relazionalità specifica del diritto alla protezione dei dati personali²³², allo stesso tempo sollevano la questione di comprendere *se* e con *quale* posizione di interesse giuridicamente tutelata l'interessato si confronti direttamente nel contesto del trattamento; insomma, se l'autodeterminazione dell'interessato confini con una *sfera di libertà altrui attinente al trattamento di dati personali*.

La natura della posizione giuridica soggettiva del titolare del trattamento, infatti, non è espressamente definita nella normativa sulla protezione dei dati personali. Nondimeno tale questione non dovrebbe essere ignorata, in primo luogo, nella prospettiva denunciata di una indagine sulla autodeterminazione informativa; in secondo luogo, per gli ulteriori profili sistematici che mediante essa possono essere messi in risalto. Di questi profili ci vorremmo occupare ora.

circoscritti di gestione di affari altrui (pp. 51-52; nonché p. 542 ss.). Negli studi sulla autodeterminazione, invece, il riferimento all'eterodeterminazione e ai limiti alle decisioni dell'individuo è meno frequente, nondimeno si coglie in: P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, cit., p. 124, il quale sostiene che la sovranità effettiva dell'individuo sul corpo si disegni attraverso una determinazione di confini, nei termini di un "riconoscimento" (ricognizione, non concessione) da parte della giurisdizione statale; da tale riconoscimento e da altre misure di composizione degli interessi opposti riferibili al "territorio" dell'individuo e al "territorio" dello Stato possono dipendere anche poteri di coazione dello Stato sull'io-corpo (es. TSO). Dal punto di vista dei limiti dell'atto di autodeterminazione sotto il profilo della loro *causa*, v., tra gli altri, G. RESTA, voce *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE*, cit., p. 92 ss.

²²⁷ Reg. (UE) 679/2016, cit.

²²⁸ Per i riferimenti bibliografici, v. Cap. Primo, § 3.4.

²²⁹ Ai sensi dell'art. 4 n° 7) del GDPR, il «titolare del trattamento» è «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri».

²³⁰ V. Cap. Primo, §§ 3.2 e 3.4.

²³¹ V. Cap. Primo, §1, per quanto concerne la definizione di informazione assunta da P. Catala, e § 3.4, per quanto concerne la definizione di dato personale fornita da F. Olivo. Cfr. altresì F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2791, il quale, definendo il dato come riflesso della persona fisica cui si riferisce nella sua dimensione comunicativa e come elemento di conoscenza della stessa, ne riconosce implicitamente la natura di fonte di conoscenza.

²³² Ciò che si vuole dire è che, sebbene non si discuta che nessun diritto vive e opera nel mondo giuridico senza confrontarsi con gli interessi altrui, nel caso di specie l'interferenza tra le due sfere giuridiche dell'interessato e del titolare del trattamento è maggiormente marcata per la natura precipua del centro di interessi sul quale l'interazione si realizza.

Cambiando leggermente l'angolo prospettico, infatti, ci si accorge che discutere di libertà o non libertà di un soggetto non è diverso che porsi il problema della qualificazione come libera o non libera, lecita o non lecita dell'attività oggetto della prerogativa soggettiva indagata. Nel nostro caso chiedersi se il titolare del trattamento vanta una libertà di trattare dati personali altrui sembra rappresentare l'altra faccia della domanda se il trattamento dei dati personali costituisca per l'ordinamento una attività libera o non libera, lecita o illecita.

Se anche non si accogliesse questa visione di co-implicazione dei problemi, il dibattito giuridico ne ha dimostrato la correlazione e ci induce a trattarli specularmente anche in questa sede.

Il tema, sebbene non nuovo²³³, è stato riproposto dalla dottrina più recente²³⁴ a seguito del primario riconoscimento che il GDPR ha dato al principio di *libera circolazione dei dati personali*²³⁵; nonché di un certo "rafforzamento" di alcune ipotesi di eterodeterminazione del trattamento dei dati personali²³⁶, in particolare attraverso una manifestazione legislativa di maggior favore verso l'applicazione della condizione di liceità del *legittimo interesse del titolare o di un terzo*²³⁷.

²³³ Nella dottrina italiana riferimenti al problema si colgono già in G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, cit., p. 313 ss., spec. 318-323, il quale riconosce come interesse meritevole di tutela quello dei singoli o della collettività alla conoscenza, non solo per informarsi su ciò che accade nel mondo, ma anche per svolgere al meglio le attività di propria competenza; l'A. ritiene che la Convenzione di Strasburgo riconosce una posizione di libertà di raccolta dei dati personali in capo al titolare, ma che essa sia limitata in quanto sussistente un divieto di loro utilizzazione. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. *infra*. Su un piano più generale riconosce un diritto di libertà alla raccolta di fonti di informazione in quanto strumentali ad attività meritevoli di tutela, A. LOIODICE, voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 472 ss.

²³⁴ Di recente, si sono occupati del ruolo sistematico della libera circolazione dei dati personali: F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 137 ss.; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 2 ss., spec. 21 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, cit., p. 35 ss. In senso critico rispetto al bilanciamento operato dal legislatore europeo tra protezione della persona fisica e libera circolazione dei dati personali, F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 375 ss., nonché p. 403 ss. Sulla libera circolazione dei dati, in generale, nel mercato unico europeo, v. L. LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, cit., p. 678 ss.

²³⁵ Art. 1 – Oggetto e finalità: «1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. [...] 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.».

²³⁶ Con «eterodeterminazione» intendiamo le ipotesi di trattamento dei dati personali che non dipendono da una decisione e scelta iniziale dell'interessato rispetto alla possibilità di trattare o meno le informazioni che gli sono riferibili, ma da quella diretta e immediata del titolare del trattamento per scopi di natura molteplici (v. art. 6 par. 1 lett. b, c, d, e, f; art. 9 par. 2 lett. b, c, d, e, f, g, h, i, j).

²³⁷ Di questa condizione di liceità del trattamento ci occuperemo approfonditamente più avanti. Ora basti osservare che prima dell'entrata in vigore del GDPR la disciplina italiana in materia di protezione dei dati personali (Codice della privacy, d.lgs. 196/2003, di attuazione della Dir.95/46/CE) prevedeva all'art. 24 la possibilità di trattare i dati personali – fatta eccezione per la diffusione – in assenza di consenso dell'interessato sulla base di un legittimo interesse del titolare o di un terzo, ma solamente «nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge». L'ordinamento interno, dunque, ammetteva già il trattamento per legittimo interesse, tuttavia, nelle sole ipotesi eccezionali individuate dal Garante mediante autorizzazione. Il GDPR, per converso, riconosce il trattamento per legittimo interesse come espressione della decisione e assunzione di responsabilità del titolare (art. 6, par. 1, lett. b), nonché lo ritiene applicabile anche per finalità puramente commerciali di quest'ultimo, come il marketing diretto (v. Considerando 47).

Secondo una parte della dottrina, infatti, la libera circolazione dei dati personali, quale «libertà fondamentale dell'UE»²³⁸, costituisce non solo una norma-principio funzionale alla realizzazione degli obiettivi europei di integrazione tra paesi membri e di realizzazione del mercato unico²³⁹, ma anche uno dei fondamenti positivi del “diritto” in capo al titolare del trattamento *a trattare dati personali altrui nell'ambito di attività economiche*^{240 241}. Quest'ultimo costituirebbe una situazione giuridica soggettiva attiva di *libertà*, intesa come *facoltà di effettuare operazioni sui dati personali altrui* riconosciuta sulla base di un fondamento legittimo (artt. 6 e 9 GDPR) e per finalità determinate (art. 5 par. 1 lett. b GDPR).

Da queste considerazioni si ricava un risultato anche rispetto alla questione della qualificazione dell'attività di trattamento: infatti, riconoscere che la libera circolazione dei dati personali costituisce un obiettivo e un valore positivo dell'UE, nonché il fondamento di una libertà d'azione individuale, implica ritenere anche che il *trattamento dei dati personali* debba essere considerato come *attività lecita e libera*²⁴², salvo nei casi eccezionali nei quali è espressamente vietato, come quello del trattamento di categorie particolari di dati (art. 9 par. 1)²⁴³.

Tale ultima affermazione non è priva di conseguenze: come si avrà modo di approfondire successivamente²⁴⁴, essa incide sulla qualificazione della natura giuridica delle “condizioni di liceità del trattamento”, le quali, quindi, non potrebbero più essere considerate come deroghe o eccezioni ad una attività altrimenti illecita perché vietata.

Per lungo tempo, invero, la dottrina ha avuto difficoltà a concepire una libertà di trattare informazioni personali²⁴⁵: si riteneva che rispetto alle informazioni personali vigesse

²³⁸ Con tale formula sintetica si allude alle libertà economiche riconosciute dai Trattati UE, quali la libertà di circolazione delle persone, dei servizi, dei beni, dei capitali e la libertà di stabilimento.

²³⁹ Così F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, p. 30.

²⁴⁰ ID, *op. cit.*, pp. 57 ss, spec. 60. L'A., precisando che la teorizzazione proposta è riferibile solamente ai trattamenti dei dati svolti nell'ambito di attività imprenditoriali o professionali private, e non nell'ambito di esercizio di poteri pubblici, ritiene che il suddetto “diritto a trattare dati personali altrui” trovi fondamento anche nella libertà di iniziativa economica privata e nella libertà contrattuale (arg. ex art. 41 Cost.).

²⁴¹ Infatti, benché il termine “circolazione” sia stato riferito dalla dottrina formata sotto la vigenza della legge n. 675/1996 soltanto alle operazioni di comunicazione e diffusione a terzi/collettività dei dati personali (in proposito, tra gli altri, A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, II, Milano, 2003, p. 119 ss.), si ritiene che all'interno del lemma “libera circolazione dei dati personali” il termine “circolazione” debba essere inteso in senso ampio e riferito a tutte le operazioni di trattamento, a partire dalla raccolta. Così, F. BRAVO, in *op. cit.*, p. 57 nota (26). D'altra parte, quando il legislatore riconosce la libera circolazione delle persone, dei servizi, dei beni e dei capitali, intende alludere alla agevolazione di tutte le attività inerenti a tali valori e beni. Sulle libertà fondamentali dell'UE e il loro rapporto con il diritto privato, v., tra gli altri, E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, p. 41 ss., in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. MEZZANOTTE, *Studies in Law&Social sciences*, II, Roma, 2016.

²⁴² Cfr. F. BRAVO, in *op. cit.*, pp. 60 ss. e 117 ss., ma spec. p. 129 nota (139), dove afferma che l'attività di trattamento non è vietata in sé, ma necessita di un vaglio secondo i canoni dell'ordinamento per la sua realizzazione in concreto.

²⁴³ Infatti, l'art. 9 prevede espressamente un divieto di trattare categorie particolari di dati. Sul punto v. *infra* e §5.

²⁴⁴ V. § 1.2.

²⁴⁵ Di questo filone fanno parte P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, cit., p. 238 ss.; S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. inf.*, 1987, p. 451 ss. Nella

un *divieto di uso* posto a tutela della intimità o sfera di riservatezza individuale e che il principio di libera circolazione dell'informazione dovesse essere inteso come istanza di agevolazione dell'uso dei mezzi tecnici ("vettori") con i quali le informazioni possono essere comunicate (leggi sulla stampa e sulla comunicazione audiovisiva)²⁴⁶; alla luce della disciplina posta a tutela della riservatezza, in altri termini, un diritto generale di accesso ai dati personali altrui non era concepibile.

A nostro avviso, non dovrebbe essere messo in discussione il fatto che, alla luce della disciplina vigente, la "libera circolazione dei dati personali" costituisca una norma-principio che si realizza in norme-regola²⁴⁷ che agevolano concretamente il riutilizzo e la comunicazione e diffusione dei dati personali²⁴⁸; d'altra parte, non si vede perché da questa constatazione si debba anche desumere un divieto di trattamento dei dati personali e una qualificazione di tale attività come qualcosa di illecito e di riprovato in se stesso dall'ordinamento.

Dalla radicalizzazione delle prospettive, infatti, sembra emergere questo automatismo: se si riconosce la liceità dell'attività di trattamento dei dati personali e, dunque, la libertà di trattare questi ultimi, allora si deve automaticamente negare l'esistenza di una forma di riservatezza sulla sfera d'identità personale, oppure riconoscere in capo a chi ha l'interesse a trattarlo un diritto di appropriarsi del dato personale altrui. Queste conclusioni, tuttavia, non ci sembrano ineludibili né da un punto di vista logico, né da un punto di vista sistematico.

Infatti, valorizzando la prospettiva della *libertà del titolare di trattare i dati personali altrui*, rispetto a quella di un diritto su una entità oggettivata, la dimensione di riservatezza che è intrinseca e originaria nel diritto alla protezione dei dati personali²⁴⁹ e la qualificazione di liceità dell'attività di trattamento possono risultare compatibili²⁵⁰. La libertà di trattare i

prospettiva del divieto di accesso ai dati personali, v. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 348 ss.

²⁴⁶ Sul significato della libera circolazione dell'informazione v. soprattutto S. SCHAFF, *op. cit.*, p. 463, dove si desume che il principio costituisca una sorta di norma programmatica.

²⁴⁷ Sulla natura e sulle funzioni delle norme-principio e il loro rapporto con le norme-regole che le attuano, v. G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, a cura di G. D'Amico e S. Pagliantini, Torino, 2018, p. 2 ss., spec. 8 ss.

²⁴⁸ A parte la previsione delle condizioni di liceità alternative al consenso, il GDPR ha introdotto diverse norme che mirano a rendere concreta la circolazione dei dati personali in senso stretto. Da una parte, il par. 4 dell'art. 6, laddove ammette che il titolare possa riutilizzare i dati inizialmente raccolti per date finalità per scopi diversi purché compatibili; dall'altra, gli artt. 6 par. 1 e 14, dalla cui lettura sistematica si può desumere che il titolare del trattamento, che raccoglie e tratta dei dati sulla base di una certa base giuridica, possa poi comunicarli a terzi destinatari, o diffonderli, purché anche tali operazioni siano coerenti con le finalità e le condizioni iniziali della raccolta.

²⁴⁹ V. Cap. Primo § 3.2.

²⁵⁰ Benché in un settore differente dal nostro, considerazioni simili e utili spunti si possono leggere in G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss., spec. pp. 53-59, laddove sottolinea come la necessità del consenso del paziente rispetto alla attività medica non escluda la legittimità di quest'ultima: il consenso costituisce un atto di autonomia con il quale il paziente esercita il suo diritto alla salute, l'intervento medico è di per sé legittimo in quanto ha lo scopo di tutelare la salute del paziente. Efficacemente l'A. osserva: «Il consenso è perciò richiesto non perché l'attività medica sia di per sé illecita, ma perché è illecita qualsiasi attività (medica o non medica) che limiti la libertà della persona di decidere e disporre in modo autonomo di sé.».

dati personali non sarebbe altro che la possibilità di adottare o meno certi comportamenti, precisamente la facoltà di compiere o meno operazioni di trattamento, e non una prerogativa diretta sul dato personale²⁵¹.

Inoltre, ci sembra necessario precisare che ipotizzare che il titolare del trattamento abbia poteri immediati sul dato personale dell'interessato sulla base *sic et simpliciter* della disciplina sul trattamento dei dati personali potrebbe determinare una soluzione non coerente con alcune fondamentali linee del sistema. Intanto, perché simili poteri del titolare si potrebbero porre in antitesi logica con il diritto dell'interessato, rispetto al quale è difficile dubitare che si tratti di una situazione giuridica soggettiva composta anche di poteri diretti ed immediati²⁵² sul dato personale. Soprattutto, una simile ricostruzione sarebbe in contraddizione con le specifiche discipline della proprietà intellettuale, alla quale si ritiene che il legislatore abbia assegnato il ruolo di regime generale di appropriazione e di circolazione delle informazioni²⁵³.

²⁵¹ Cfr. F BRAVO, *op. cit.*, p. 83 nota 81. L'A., in particolare, ritiene che il "diritto" a trattare dati personali altrui sia, dapprima, una facoltà di compiere operazioni di trattamento (p. 60); tuttavia, egli soggiunge anche che si connoti di poteri specifici, quali: (i) *potere determinativo*, in forza del quale chi si accinge a trattare dati personali altrui determina l'*an* stesso del trattamento, ma anche l'oggetto del trattamento (quali dati, quali operazioni), le modalità e le finalità perseguite; (ii) *potere organizzativo*, ossia di dotarsi di una organizzazione materiale e soggettiva deputata al trattamento; (iii) *potere di predisposizione* dell'assetto materiale, ovvero di individuare e realizzare gli elementi oggettivi della fattispecie di trattamento; (iv) *potere di gestione*, ossia di amministrare il trattamento, utilizzando le risorse opportune e necessarie; (v) *potere di utilizzare* il trattamento per finalità legittime, traendone benefici e utilità, anche economiche (es. costituire una banca dati e divenire titolare di un diritto sui generis su di essa ex art. 102-bis l.d.a.); (vi) *potere dispositivo*, anche concernente la cessione (p. 74). L'idea di elementi di potere è condivisibile purché si continui a concepirli come aspetti di un diritto di libertà riferibile ad un agire specifico e non di un diritto di privativa/esclusivo su una entità economicamente rilevante. Questa distinzione, se a prima vista appare salda nella visione dell'A., ci sembra perda certezza nel momento in cui si riconosce in capo al titolare del trattamento un *potere dispositivo*. Si dovrebbe, infatti, chiarire in che senso si intenda tale potere. Se, infatti, si attribuisce al titolare un potere di trasferire o cedere parzialmente la propria prerogativa che si riflette sui dati, l'ipotesi diventa più difficilmente sostenibile. In primo luogo, perché, se si ritiene che il titolare del trattamento abbia un diritto di libertà, è difficile concepirne un trasferimento: le libertà fondamentali non sono alienabili (così C.M. BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 147 ss., spec. 170 ss.). In secondo luogo, perché la posizione giuridica del titolare, almeno in questa fase della qualificazione giuridica, è riferita al trattamento e alle sue componenti, cioè le operazioni, le quali non sono altro che comportamenti (v. *infra*). Il "potere dispositivo", se lo si vuole ammettere, dovrebbe essere concepito piuttosto come facoltà di compiere le operazioni di comunicazione e diffusione dei dati, purché nei limiti e nel rispetto delle condizioni di liceità e delle finalità legittime di trattamento.

²⁵² L'interessato, infatti, ha un potere di controllo diretto e immediato sul dato, che si articola nel diritto d'accesso (art. 15), nel diritto di rettifica (art. 16), nel diritto alla portabilità (art. 20), nel diritto alla cancellazione (art. 20).

²⁵³ Oltre ai riferimenti di cui al Cap. Primo, § 4.1, v. M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *AIDA*, 2005, p. 312-313 ss., il quale osserva: «Nel tratteggiare equilibri delicati che prevedono l'appropriabilità di alcune soltanto tra le diverse informazioni (o presentazioni di informazioni) e di alcune soltanto tra le loro utilità economiche mi pare più precisamente che il legislatore abbia inteso assegnare alla disciplina della proprietà intellettuale (tra l'altro anche) la funzione di incentivare la circolazione dei dati informativi che dipenda dall'iniziativa economica privata. In particolare l'ordinamento sembra perseguire questo obiettivo a) assoggettando al regime della proprietà intellettuale soltanto informazioni (precisamente: quelle nuove ed estranee al sapere meramente teorico) e presentazioni di informazioni (anch'esse nuove) la cui appropriazione possa effettivamente incentivarne la produzione da parte dell'iniziativa economica privata; e b) sagomando l'ampiezza delle privative industrialistiche in modo tale da impedire che il loro esercizio possa pregiudicare la circolazione di queste informazioni.».

In primo luogo, sarebbe in contraddizione con la disciplina del diritto d'autore relativa alla tutela delle banche di dati, la quale esclude espressamente che il diritto di esclusiva *sui generis* riconosciuto in capo al costituente della banca dati si estenda ai contenuti, dunque alle informazioni, in essa raccolti e organizzati²⁵⁴. In secondo luogo, non sarebbe coerente neppure con la disciplina del segreto commerciale, la quale subordina, a stringenti requisiti di segretezza, economicità e di sicurezza²⁵⁵, il regime di riservatezza delle informazioni, eventualmente anche dati personali, in capo a chi ne ha il «legittimo controllo». Infine, contrasterebbe con alcune delle nuove norme introdotte dal Regolamento sulla governance dei dati²⁵⁶, le quali richiamano ad una situazione di possesso, e talvolta di detenzione, che in quanto tali non costituiscono situazioni che indicano la titolarità di un diritto su un bene.

Con tutto ciò non si vuol dire che il titolare del trattamento non possa vantare diritti esclusivi che riguardino *lato sensu* anche i dati personali; tuttavia, tali prerogative dipenderebbero da una eventuale ulteriore qualificazione giuridica, ossia quella derivante dalla applicazione del regime della proprietà intellettuale in presenza delle condizioni specifiche da esso richieste.

Se queste osservazioni sono condivisibili, ci pare si possano trarre due prime conclusioni utili nel prosieguo dell'indagine. In primo luogo, dal sistema si desume che, per il principio di libera circolazione dei dati personali, l'attività di loro trattamento non è, salvo eccezioni, di per sé attività illecita. In secondo luogo, considerata tale qualificazione e la posizione giuridica soggettiva riconosciuta all'interessato rispetto ai dati a sé riferibili, nella prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive il titolare del trattamento sarebbe titolare di una libertà di trattare dati personali altrui.

Il quadro che si delinea, in definitiva, è che nel contesto del trattamento di dati personali si fronteggiano, seppur con gli specifici caratteri che ad ognuna son propri, due sfere giuridiche individuali di *libertà*²⁵⁷.

A questo punto, prima di procedere nell'esame delle condizioni di liceità del trattamento e della loro natura giuridica, vorremmo fare qualche ultima precisazione sulla libertà di trattare dati personali altrui.

Nell'ottica della prospettiva delineata, la libertà del titolare è stata concepita come l'altra faccia della questione relativa alla liceità o meno dell'attività di trattamento dei dati personali ed espressione del principio di libera circolazione dei dati personali. Da questo

²⁵⁴ V. Art. 1, comma 2, art. 2, comma 1, n° 9 e art. 102-bis l., 22 aprile 1941, n° 633, *mm.ss.*, sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.

²⁵⁵ V. Artt. 98-99 c.p.i.

²⁵⁶ Reg. (UE) 2022/868 relativo alla governance europea dei dati, il quale detta anche disposizioni sul riutilizzo di dati, anche personali, «in possesso di», o «detenuti da», enti pubblici; in particolare, v. art. 2 par. 1 n° 2, art. 3, art. 4 ss.

²⁵⁷ La libertà, infatti, non è concepibile solamente come sfera di riservatezza, come assenza di ingerenze esterne; essa è anche facoltà di compiere atti giuridici, cioè potere. Così A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 17/2009, p. 19. Sull'evoluzione del concetto di libertà nella cultura giuridica occidentale, v. in ordine cronologico: A.C. JEMOLO, voce *Libertà (aspetti giuridici)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, Milano, p. 268 ss.; N. BOBBIO, voce *Libertà*, in *treccani.it*, tratto da *Enc. del Novecento*, III, 1978, p. 994 ss.; A. BALDASSARE, voce *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, p. 1 ss.

ultimo principio, infatti, dovrebbe discendere un generale giudizio positivo di apprezzamento giuridico del trattamento dei dati personali, in quanto *attività idonea ad essere messa al servizio dell'uomo*²⁵⁸, ossia di interessi meritevoli di tutela.

Questa considerazione vale a livello generale; tuttavia, vi è da osservare che il giudizio di idoneità del trattamento rispetto al perseguimento di interessi meritevoli si articola “per gradi” e si connota di diverse sfumature.

Infatti, gran parte della vita di relazione, oggi, richiede il trattamento di dati personali altrui, ma mentre in alcuni casi tale attività è essa stessa un obiettivo diretto e libero per chi intende svolgerla, in altri casi è strumento necessario per la realizzazione di un'altra attività distinta e principale. Si pensi all'utilità del trattamento dei dati personali per lo svolgimento di trattative contrattuali, o per l'esecuzione di accordi contrattuali già conclusi, nelle relazioni con la pubblica amministrazione, per la salvaguardia di beni essenziali della vita, nelle attività di ricerca e di analisi statistica, nella libertà di manifestazione del pensiero e di informazione.

In queste ultime ipotesi, infatti, il trattamento dei dati personali è strumentale all'adempimento di obblighi privati o di compiti pubblici, ovvero all'esercizio di diritti e poteri, già valutati dall'ordinamento come meritevoli di tutela per i quali il trattamento si pone come una modalità dovuta o utile di esecuzione²⁵⁹. Ecco che qui la qualificazione del comportamento del titolare sarà certamente di liceità, ma non tanto in quanto libero in senso stretto, ma in quanto prescritto dalla natura della relazione instauratasi o dalla legge.

La libera circolazione dei dati personali, in conclusione, è una norma-principio dalla quale si ricava una generale valutazione positiva dell'ordinamento rispetto all'attività di trattamento dei dati personali in presenza di finalità legittime: in alcuni casi, la libertà riconosciuta al titolare è totalmente discrezionale e resta tale; in altri casi, essa si connota di sfumature di necessità in quanto diretta a conseguire un fine ulteriore e principale²⁶⁰.

1.2. *Segue.* CONDIZIONI DI LICEITÀ DEL TRATTAMENTO E AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA.

Come anticipato e salvo quello che si dirà più avanti per le categorie particolari di dati (art. 9 GDPR), le considerazioni prima svolte in merito al riconoscimento dell'esistenza

²⁵⁸ V. Considerando (4) del GDPR. L'art. 5, d'altra parte, stabilisce che il trattamento dei dati personali debba avvenire in modo lecito e corretto, nonché per finalità specifiche, esplicite e legittime. Il giudizio di meritevolezza degli interessi secondo l'ordinamento giuridico cui il trattamento deve essere diretto passa, dunque, per il filtro della valutazione delle modalità e delle finalità cui le operazioni sono predisposte.

²⁵⁹ Considera la libertà di trattare dati personali altrui sia come diritto fondamentale autonomo, sia come «precondizione per l'esercizio di altrui diritti, fondamentali o non fondamentali» F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., pp. 176-177. Cfr. A. LOIODICE, voce *Informazione (diritto alla)*, cit., p. 474 ss., spec. 478-481.

²⁶⁰ Il concetto di necessità si ricollega, dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive, alle categorie del dovere e dell'onere: il primo inteso come comportamento dovuto per la realizzazione di un interesse altrui e vincolato; il secondo come comportamento prescritto per il conseguimento di un interesse libero di chi ne è investito. Sulle situazioni giuridiche soggettive, cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 5 ss. Si potrebbe ragionare, dunque, nei termini di “dovere di trattamento” o di “onere di trattamento”: essi, d'altra parte, sono compatibili con l'idea di una attività di trattamento dei dati personali come lecita. La questione, tuttavia, solleva numerosi interrogativi che in questa sede non possiamo svolgere e, pertanto, chiediamo che qui ci sia consentito solamente abbozzare il problema.

o meno di due sfere di libertà confliggenti in presenza di una fattispecie di trattamento di dati personali incidono sull'interpretazione delle c.d. *condizioni di liceità*, ossia sulla natura giuridica e sugli effetti giuridici che ad esse si riconoscono.

Occorre premettere che all'interno del GDPR il trattamento dei dati personali si presenta come una attività regolamentata²⁶¹ a più livelli²⁶²: da una parte, esso è sottoposto ad un giudizio di conformità a degli *standard* normativi (principi²⁶³, clausole generali²⁶⁴, norme di dettaglio²⁶⁵) che stabiliscono le modalità con le quali deve essere concretamente predisposto ed eseguito da parte del titolare; dall'altra, è richiesto che il trattamento sia giudicato *legittimo*²⁶⁶ prima ancora di essere stato avviato. È in quest'ultimo livello di regolamentazione e giudizio che si inseriscono le condizioni di liceità.

Il legislatore europeo, infatti, prevede che i dati personali possono essere trattati solo *se e in quanto* sussistono determinati presupposti (art. 6, par. 1, GDPR): il consenso dell'interessato (*a*), lo svolgimento di una trattativa precontrattuale o l'esecuzione di un contratto (*b*), l'adempimento di un obbligo legale (*c*), la salvaguardia di interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (*d*), l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o l'esercizio di un pubblico potere (*e*), il perseguimento di un legittimo interesse del titolare o di un terzo prevalente sul diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato (*f*).

Sebbene la nostra attenzione si concentrerà su quei presupposti di legittimazione che presentano un collegamento più o meno esplicito con l'autodeterminazione informativa e

²⁶¹ Il trattamento dei dati personali è considerata, sin dalle origini, una attività che crea un *rischio* per gli individui e la collettività e che, per questo, è oggetto di una regolamentazione legislativa, nonché della vigilanza a livello nazionale del Garante della protezione dei dati personali, quale autorità amministrativa indipendente. Sulla centralità dell'esigenza di contenere il *rischio* all'interno della disciplina sulla protezione dei dati personali, v. A. MANTELERO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva (artt. 32-39)*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 287 ss, spec. p. 293 e p. 297, il quale acutamente osserva come i rischi presi in considerazione dalle normative sul trattamento dei dati personali siano cambiati nel tempo e di come a questi cambiamenti il modello di disciplina si sia dovuto adeguare: mentre nelle legislazioni degli anni '70 il trattamento dei dati personali costituiva un rischio sociale, nei termini di un pericolo di schedatura di messa e di possibili discriminazioni da parte di soggetti pubblici o multinazionali dotati di banche dati; negli anni '90 il trattamento dei dati personali diventa capillare e si pone un rischio di perdita di controllo da parte dell'individuo sulle finalità di utilizzo di elementi della sua identità personale. Considerazioni non distanti si possono rinvenire già in S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., p. 26, il quale in modo lungimirante coglieva come l'impiego dell'elaboratore elettronico desse luogo a rischi per i singoli e la collettività che dovevano essere evitati, ma anche a benefici che potevano essere massimizzati.

²⁶² Ritiene che la valutazione di liceità del trattamento avvenga secondo un processo bifasico, F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, cit., p. 111 ss., spec. p. 121.

²⁶³ L'art. 5, infatti, detta le norme-principio cui deve essere orientato il trattamento (es. trasparenza, limitazione delle finalità, minimizzazione, esattezza, integrità e riservatezza).

²⁶⁴ Sempre l'art. 5 richiama alcune clausole generali come la correttezza.

²⁶⁵ Molti di questi principi si concretizzano in obblighi di comportamento determinati, es. doveri di informazione (artt. 12-14), obblighi di notifica (art. 19 e artt. 33, 34), obblighi di sicurezza (art. 32), di valutazione di impatto (art. 35) e di consultazione preventiva dell'Autorità di controllo (art. 35) ecc.

²⁶⁶ Ci sia consentito rinviare per un momento le spiegazioni relative al concetto di *legittimazione* (v. *infra*). In questa fase ci permettiamo di giustificare il riferimento a questo termine alla luce dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nella parte in cui prevede che «i dati personali devono essere trattati in base al consenso della persona interessata o a un altro *fondamento legittimo* previsto dalla legge».

l'autonomia privata²⁶⁷, per comprenderne il ruolo tecnico-giuridico è utile soffermarsi preliminarmente sugli aspetti che riguardano in generale le condizioni di liceità: da una parte, per coglierne al meglio la funzione e gli effetti, dall'altra per comprendere i rapporti che tra esse intercorrono.

Secondo una impostazione tradizionale²⁶⁸, il trattamento dei dati personali è una attività disciplinata sulla base del *modello del divieto*: dal principio di riservatezza e di intangibilità della propria sfera giuridica, si ricava l'idea di un divieto della raccolta e l'uso dei dati personali, nonché l'idea delle condizioni di liceità del trattamento come *cause di giustificazione*, o *scriminanti*²⁶⁹, di un comportamento altrimenti *illecito*. Le ipotesi in cui il trattamento è lecito vengono sostanzialmente concepite come eccezioni al divieto, ma al loro interno si individua una gerarchia, in quanto il consenso è inteso come la regola generale che legittima il trattamento dei dati personali, mentre gli altri presupposti indicati dalla legge sono considerati come *eccezioni alla prima*²⁷⁰.

Tale impostazione, invero, sembra subire le influenze di quell'orientamento dottrinario che, nell'ambito della teoria del reato, concepisce le norme che introducono una causa di giustificazione come eccezioni al divieto penale e come condizioni della fattispecie incriminatrice che debbono mancare perché si perfezioni il reato²⁷¹.

Da queste premesse teoriche discende una principale conseguenza applicativa che merita di essere evidenziata: le condizioni di liceità diverse dal consenso e previste dal legislatore, in quanto deroghe o eccezioni ad un divieto generale, non potrebbero essere interpretate estensivamente, né applicate in via analogica. Pertanto, applicando nelle sue estreme conseguenze l'impostazione tradizionale, ogni qualvolta si presenti una ipotesi concreta di trattamento di dati personali che non corrisponde perfettamente alla fattispecie

²⁶⁷ Ossia il consenso dell'interessato, il legittimo interesse del titolare o di un terzo e la necessità di concludere o dare esecuzione ad un contratto tra interessato e titolare del trattamento.

²⁶⁸ Così D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 348 ss., spec. p. 351.

²⁶⁹ La letteratura sulle cause di giustificazione, o scriminanti, si è formata principalmente nel campo del diritto penale e, in particolare, della teoria generale del reato. Si vedano in proposito, senza pretesa di esaustività: P. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 590 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, sesta ed. agg., Milano, 1969, p. 206-209; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, decima ed., Milano, 2017, p. 233 ss. Di recente, alla luce anche della teoria quadripartita del reato, v. anche G. COCCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale I, 2 – Il reato*, a cura di G. Cocco, Milano, 2012, p. 111.

²⁷⁰ Per una simile impostazione sotto la vigenza della l. n° 675/1996, v. V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 28.

²⁷¹ Simile idea si deve a Binding, così come riporta P. MIELE, in *op. cit.*, p. 593. Oggi, risulta ancora sostenuta da F. MANTOVANI, in *op. cit.*, p. 234. Tale impostazione è concettualmente parallela alle tesi elaborate da una parte della dottrina civilistica a proposito della natura e degli effetti giuridici del *fatto impeditivo* (arg. ex art. 2697 c.c.): secondo alcuni autori, infatti, il fatto impeditivo non sarebbe un fatto dotato di autonomi effetti rispetto ai fatti costitutivi ed estintivi; esso si risolverebbe in un fatto di segno invertito rispetto ai fatti positivi di cui si compone una fattispecie costitutiva, ovvero un fatto che deve mancare perché quest'ultima si perfezioni. Si riconducono a questo orientamento: E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, p. 349 ss.; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957, 406-407; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Napoli, 1979, rist. ed. 1941, p. 47 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. XI175 ss. Si tratta di opinioni alle quali oggi si oppone una idea "positiva" di fatto impeditivo, ossia di un fatto giuridico dotato di autonomia di effetti rispetto al fatto costitutivo in quanto esterno ad esso e agente su una fattispecie già perfezionata: in questo senso, v. S. PATTI, *Le prove*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, II ed., Milano, 2021, p. 164 ss.

descritta dalla norma giustificativa o scriminante, il trattamento si dovrà considerare illegittimo, salvo che l'interessato lo acconsenta.

Il confronto con il vigente dato normativo non è immediatamente utile alla soluzione dei quesiti. Invero, dal tenore letterale dell'art. 6, par. 1, GDPR sembrerebbe che l'attività di trattamento sia di base illecita, salvo che sussistano delle condizioni che privino di effetto il divieto («liceità del trattamento»).

Un'altra parte della dottrina²⁷², tuttavia, valorizzando in chiave sistematica la libera circolazione dei dati personali, attribuisce alle condizioni di liceità natura e funzione diverse di quella delle cause di giustificazione, o scriminanti, così come prima intese. In conseguenza di tale approccio, si ritiene altresì che il consenso non costituisca la regola, ma che tutti i presupposti del trattamento indicati dalla legge siano equivalenti²⁷³ dal punto di vista concettuale e sotto il profilo degli effetti.

Più precisamente, sul presupposto che nell'ambito del trattamento dei dati personali si realizzi una interazione tra sfere di libertà diverse (quella dell'interessato e quella del titolare del trattamento), alcuni autori ritengono che il consenso e le altre condizioni di liceità costituiscano dei *criteri legislativi di bilanciamento di interessi contrapposti*²⁷⁴, ai quali l'ordinamento assegna la funzione di selezionare in concreto i trattamenti di dati personali meritevoli di tutela, e non cause di giustificazione o scriminanti di una attività di per sé illecita.

Infatti, in questa prospettiva il trattamento dei dati personali non sarebbe *ex se* lesivo di interessi giuridicamente tutelati; tuttavia, poiché esso implica l'intrusione di un terzo nella sfera di libertà altrui, è necessario che nelle circostanze concrete tale intrusione sia consentita dall'interessato, oppure si fondi su una esigenza socialmente rilevante e rispetto alla quale si presenti mezzo adeguato allo scopo cui è destinata.

La *funzione* delle condizioni di liceità, in definitiva, si estrinseca in quella di *comporre conflitti di interessi* che la vita di relazione e il trattamento dei dati personali determinano e di *stabilire il valore preminente in relazione alle circostanze*²⁷⁵.

²⁷² Così, F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, cit., p. 126, nonché p.138 ss. e p. 149, il quale ritiene che nel Reg. (UE) 679/2016 le condizioni di liceità non siano delle "scriminanti", ma *presupposti di legittimazione* del trattamento da parte del titolare, e che il modello rapporto regola-eccezione tra il consenso e le altre condizioni non abbia rispondenza normativa. Sotto la vigenza del Codice della privacy, v. in questo senso S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., pp. 993-994, il quale osserva come dare ruolo di "regola" al consenso sia errato, in quanto numerose norme del Codice dimostrino come esso sia talvolta superfluo (artt. 18, comma IV, 24, 26 commi III e IV) o insufficiente (art. 26, commi I e II). Considerazioni analoghe sotto il vigore della l. n° 675/1996 si devono a E. PELLECCIA, *Gli artt. 11 e 12 nel sistema della legge 675/1996: considerazioni a margine di alcune proposte di lettura della disciplina del trattamento delle informazioni personali*, in A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003, p. 485.

²⁷³ Sull'equivalenza funzionale tra consenso e altri presupposti del trattamento nel GDPR v., nello specifico, R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 9.

²⁷⁴ Così F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, cit., pp. 124-127, nonché pp. 138-140, il quale richiama ed amplia il pensiero di S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 994, nonché 997. Un richiamo, ancorché non diffusamente sviluppato, alla funzione di bilanciamento in concreto tra sfere di interessi contrapposte a proposito delle condizioni di liceità vi è anche in M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *I dati personali del diritto europeo*, cit., p. 220.

²⁷⁵ In dottrina, invero, vi è chi riconosce una analoga funzione alla categoria stessa delle «cause di giustificazione»: P. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, cit., 590 ss. L'A., infatti, riconosce nelle cause di

Nei casi nei quali il trattamento dei dati personali è finalizzato a realizzare uno scopo che l'ordinamento reputa prevalente in relazione al contesto (es. esercizio di poteri pubblici, rispetto della legge e dei vincoli contrattuali, esercizio di diritti e libertà fondamentali come il diritto di cronaca e la libertà d'impresa), l'esigenza di riservatezza dell'interessato rispetto ai dati a sé riferibili retrocede per necessità e adeguatezza sociale; per converso, laddove un interesse ad accedere ai dati e ad utilizzarli non sia strumentale ad una situazione giuridica soggettiva altrettanto direttamente e prioritariamente tutelata, l'esigenza di riservatezza si riepande nella sua massima portata ed opera attraverso lo strumento del consenso al trattamento.

Occorre precisare che, anche laddove non operi il *consenso* al trattamento dei dati personali, la libertà e i poteri dell'interessato sui dati non vengono meno. In primo luogo, perché laddove il trattamento devii dalle finalità di raccolta inizialmente legittimate indipendentemente dall'atto di assenso dell'interessato, in assenza di un ulteriore e diverso presupposto legislativamente previsto, opererà il primo; in secondo luogo, perché anche nei casi di trattamento basato su condizioni di liceità diverse dal consenso l'interessato è titolare di poteri e rimedi atti a tutelarne gli interessi e le esigenze di riservatezza legate alla sua sfera identitaria.

Da questa prospettiva, allora, la stessa impostazione tradizionale che ravvisa nel consenso la regola e nelle altre condizioni di liceità delle eccezioni può essere ricalibrata e riformulata, proponendo di considerare il consenso come la *condizione di liceità residuale*²⁷⁶ che opera laddove un'altra e più importante esigenza di trattamento non sussiste.

Inoltre, il consenso, come espressione dell'autodeterminazione informativa, sarebbe indebitamente svalutato quando giudicato come norma recessiva o ineffettiva²⁷⁷; al contrario, in quanto regola residuale, essa dimostra tutta la sua importanza sistematica²⁷⁸. Il riconoscimento dei molteplici casi di eterodeterminazione del trattamento dei dati personali rivela semplicemente il pluralismo di valori e la complessità della realtà di cui il GDPR prende atto.

giustificazione l'espressione stessa di una delle funzioni principali del diritto, ossia quella di regolare la vita di relazione e stabilire i giusti mezzi per raggiungere i giusti scopi (p. 594). Egli ritiene che le norme che introducono una giustificazione non siano delle "eccezioni" ad una "regola" di divieto, ma dei permessi derivanti dalla necessità che una certa azione sia compiuta o che ad essa non sia fatta opposizione (pp. 592-594); tale necessità dovrebbe essere stabilita sulla base di un bilanciamento di interessi dai quali risulti un interesse prevalente (es. legittima difesa), ovvero dall'esigenza di rispetto del principio di autodisposizione (es. consenso dell'avente diritto) (p. 595). Da questo collegamento tra le cause di giustificazione e il bilanciamento di interessi da cui deriva un diritto di necessità all'azione, l'A. ricava anche l'ammissibilità di cause di giustificazione atipiche, ossia quelle che non sono previste da requisiti di legge specifici, ma che si ricavano dal «valore implicito di certe situazioni» (es. cronaca giornalistica che riporta notizie private di un soggetto pubblico nell'interesse della collettività) (p. 596).

²⁷⁶ Sulla natura residuale del consenso, v. anche R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 10.

²⁷⁷ Per uno studio giuridico-comportamentale critico circa il ruolo del consenso, v. L. GATT-R. MONTANARI-I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2/2017, p. 343 ss.

²⁷⁸ Come si avrà modo di spiegare in seguito (v. § 5), il potere decisionale dell'interessato sui dati a sé riferibili non si circoscrive all'istituto del consenso. L'autodeterminazione informativa, se accostata con l'autonomia privata e, dunque, normalizzata rispetto ad una categoria più generale, si rivela anche in strumenti che implicano una decisione *ex post* dell'interessato.

Questi approdi interpretativi ci sembra siano coerenti anche con le linee guida e le decisioni vincolanti dell'EDPB²⁷⁹, dalle quali possono ricavarsi ulteriori direttrici per interpretare il rapporto tra condizioni di liceità e per darne adeguata applicazione.

L'EDPB, infatti, ritiene che le sei condizioni di liceità individuate dall'art. 6, par. 1, GDPR siano tra loro equivalenti²⁸⁰, ma che la individuazione di una di esse come base giuridica appropriata per il concreto trattamento debba comunque avvenire secondo i principi di correttezza e di finalità²⁸¹ (art. 5, par. 1, lett. *a* e *b*). Più precisamente, il titolare dovrà scegliere la base giuridica tenendo conto delle «ragionevoli aspettative dell'interessato»²⁸² circa la possibilità che i relativi dati siano trattati o meno in relazione alle circostanze, quali e come; in altri termini, il titolare dovrà individuare una base giuridica tale per cui quest'ultimo non sia destinatario di un trattamento irragionevolmente disatteso. Infine, si ritiene che la scelta della condizione di liceità non sarà appropriata se disattende l'*effetto utile* di protezione dell'interessato cui gli artt. 5 e 6 del GDPR sono diretti²⁸³.

D'altra parte, l'EDPB afferma che l'applicazione delle condizioni di liceità diverse dal consenso deve avvenire senza eludere il principio del consenso stesso²⁸⁴. Tale affermazione, in apparente antitesi con l'idea prima riportata per cui non esiste una gerarchia tra condizioni di liceità, si può comprendere proprio se si individua nel consenso una funzione di criterio residuale di soluzione dei conflitti di interessi che il trattamento dei dati personali determina.

Se quanto finora osservato è condivisibile, resta da considerare un ultimo aspetto di carattere generale. Cambiando prospettiva sulla natura e la funzione giuridica delle condizioni di liceità, sorge spontaneo chiedersi quale sia la loro *efficacia giuridica*. Infatti, nella prospettiva delle cause di giustificazione di una attività a monte illecita, l'effetto prodotto dalla loro applicazione consiste nella non applicazione di un divieto, oppure nel permettere l'attività altrimenti vietata.

Salvo quanto si dirà in seguito rispetto all'efficacia del consenso al trattamento e ai suoi rapporti con la categoria del permesso²⁸⁵, nella dimensione della applicazione di un criterio di bilanciamento di interessi contrapposti, affermare che l'effetto da quest'ultimo prodotto consista nella disapplicazione di un divieto non ci sembra coerente.

La dottrina che aderisce all'idea dei criteri di bilanciamento di interessi, infatti, discorre di “legittimazione” del titolare del trattamento a raccogliere ed utilizzare i dati personali²⁸⁶. Tale termine compare anche in alcuni dati positivi in materia di trattamento dei dati personali; tuttavia, non è chiaro se esso sia utilizzato dalla dottrina in questione e dal

²⁷⁹ In proposito v. EDPB, *Linee guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati, Versione 2.0*, approvate l'8 ottobre 2019 e reperibili al sito www.europa.eu. Nonché EDPB, *Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (Art. 65 GDPR)*, adottata il 5 dicembre 2022 e reperibile su www.europa.eu.

²⁸⁰ EDPB, *Binding Decision 3/2022*, cit., p. 29, par. 104.

²⁸¹ EDPB, *Linee guida 2/2019*, cit., p. 6, par. 12.

²⁸² Il concetto è richiamato ai considerando 47 e 50 rispetto agli art. 6, par. 1, lett. f e art. 6, par. 4.

²⁸³ EDPB, *Binding Decision 3/2022*, cit., p. 29, par. 104.

²⁸⁴ ID, cit., pp. 31-32, par. 116.

²⁸⁵ Per ulteriori approfondimenti v. § 2.2.

²⁸⁶ Ci riferiamo agli autori citati poc'anzi nelle note 272 e 274.

legislatore per alludere ad una categoria o ad un effetto giuridico precisi dal punto di vista tecnico-giuridico.

L'esistenza della categoria della legittimazione, d'altra parte, non è pacifica, ma una autorevole dottrina²⁸⁷ le riconosce un valore autonomo concependola per contrasto al concetto di *capacità generale* (artt. 1 e 2 c.c.) e a quello di *titolarità dei diritti*. «Rispetto al primo dovrebbe segnare la transizione dall'astratto al concreto, e cioè dalla “possibilità generale ed astratta” di partecipare al commercio giuridico alla concreta idoneità di farvi valere determinati interessi. [...] Rispetto invece al concetto di titolarità di diritti (o poteri), quello di legittimazione dovrebbe positivamente significare rinuncia al passaggio obbligato dei *modus acquirendi* del diritto civile per fare valere determinati interessi che non assurgono alla dignità di diritti o poteri giuridici».

La legittimazione, dunque, alluderebbe ad una situazione che si realizza in concreto; nel caso dell'effetto prodotto dalle condizioni di liceità del trattamento ci sembra che si verifichi un fenomeno non dissimile rispetto alla sfera del titolare del trattamento. Infatti, se a livello astratto e generale sussistono due sfere di libertà confliggenti, solo a seguito del bilanciamento di interessi il potere o il dovere del titolare del trattamento di trattare i dati personali si può concretizzare rispetto al singolo trattamento.

La valutazione circa l'esistenza di una condizione di liceità, in altri termini, indicherebbe la concreta idoneità del titolare di trattare i dati personali in relazione alle specifiche circostanze e finalità rispetto alle quali il trattamento è diretto.

2.1. CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI: DEFINIZIONE E PROBLEMA.

Prima di esaminare i caratteri e i profili sistematici del consenso al trattamento dei dati personali, occorre richiamare sinteticamente le disposizioni principali che lo riguardano.

In primo luogo, l'art. 4 n° 11 del GDPR definisce il consenso dell'interessato come «*qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento*». In secondo luogo, e come già anticipato, gli artt. 6 e 9 richiamano il consenso come condizione di liceità del trattamento. In particolare, l'art. 6 par. 1 lett. a) prevede che esso sia «*espresso per una o più finalità specifiche*».

Di seguito, gli artt. 7 e 8 dettano alcune regole di disciplina specifiche, tra le quali spiccano la revocabilità *ad nutum* e il limite di 16 anni di età richiesto per il consenso del minore al trattamento dei dati personali nei servizi della società dell'informazione, *id est* i social networks.

Queste disposizioni consentono di evincere alcune prime informazioni chiare e utili ai fini della ricostruzione dell'istituto: il consenso al trattamento consiste in una manifestazione di volontà revocabile dell'interessato sulla base della quale si rende possibile il trattamento di dati personali per finalità determinate.

²⁸⁷ A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 52 ss., spec. p. 64, dove afferma quanto riportato in virgolettato.

Ora, da tale sintesi si può cogliere una parte del problema sistematico, cioè se il consenso, nel suo essere una manifestazione di assenso dell'interessato rispetto al trattamento di dati a sé riferibili e, allo stesso tempo, condizione di liceità del trattamento, sia un atto di autonomia privata, *sub specie* di negozio giuridico, oppure si tratti di un atto giuridico in senso stretto il cui effetto giuridico previsto dalla legge consiste nello scriminare una attività illecita. La questione è stata precedentemente sfiorata, tuttavia, essa non si consuma in quanto finora detto e per questo merita di essere qui approfondita.

Il problema della natura del consenso al trattamento dei dati personali, d'altra parte, tocca e presuppone un altro tema, ossia quello dei rapporti tra autodeterminazione²⁸⁸ (anche informativa) e autonomia privata²⁸⁹, *sub specie* di autonomia negoziale²⁹⁰. Infatti, se la relazione tra autodeterminazione (informativa) e consenso al trattamento costituisce un dato

²⁸⁸ Sull'origine storica e filosofica del termine e sui suoi rapporti con la teoria del negozio giuridico v. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., p. 1037 ss., il quale sapientemente osserva: «Dalla prospettiva del diritto civile l'autodeterminazione evoca l'autonomia come potere dinamico del soggetto a riguardo della sua sfera giuridica. Ma, nonostante abbia la propria radice filosofica nella kantiana autonomia della volontà, da cui origina la visione moderna di quella che i privatisti chiamano autonomia privata, l'autodeterminazione non compare nella teoria classica del negozio giuridico come determinazione della volontà volta a produrre effetti giuridici. E neppure nella più sofisticata teoria che, appunto sotto il nome di autonomia privata, nel Novecento aggiorna quella del negozio giuridico nel senso di enfatizzare l'aspetto funzionale (produzione di effetti giuridici) rispetto a quello contenutistico (della signoria della volontà), si rinviene alcun cenno alla persona che possa riguardarla alla stessa maniera in cui il potere di disporre si riferisce ai diritti sulle cose in prospettiva dinamica» (enfasi nostre). Invero, in ambito giuridico il termine «autodeterminazione» è nato nella prospettiva del diritto internazionale, ossia per indicare la «autodeterminazione dei popoli», rispetto alla quale v. G. ARANGIO-RUIZ, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.

²⁸⁹ Per delle trattazioni generali sull'autonomia privata in rapporto al negozio giuridico, v., tra gli altri, Santi ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalterata ed. 1947, Milano, 1983, p. 14 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 43 ss.; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 517 ss. Più di recente, autorevole dottrina evidenzia il distinguo ed estende il potere di autonomia privata al di là della categoria del negozio giuridico, e cioè anche ai c.d. atti reali: in proposito, v. A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 1 ss., spec. 24 ss.

²⁹⁰ Limitandoci alle sole opere generali, letteratura sul negozio giuridico è molto vasta; pertanto, ci sia consentito richiamare solamente le opere principali, dalle quali comunque si evince l'evoluzione che la categoria stessa ha compiuto nel pensiero giuridico italiano: Santi ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.; G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 1 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. III, t.1, Milano, 1988; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 1989; A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit.; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Inefficacia*, Milano, 1998.

ribadito in più sedi²⁹¹, l'effettivo ruolo sistematico dell'«autodeterminazione» non è perspicuo²⁹².

Ci si chiede, infatti, se alla diversità terminologica – autodeterminazione e autonomia – faccia riscontro l'esistenza di “prerogative” del privato sostanzialmente diverse²⁹³ e se, per conseguenza, gli atti di autodeterminazione siano da intendere come atti diversi dagli atti di autonomia privata, *in primis* dai negozi giuridici. Le conseguenze applicative della soluzione di tali quesiti in un senso o nell'altro non sono banali, giacché riconducendo i c.d. atti di autodeterminazione all'autonomia privata e, in particolare a quella negoziale, maggiori sono le possibilità di rinvenire nelle discipline dei vari negozi giuridici fonti di integrazione delle regole previste nel GDPR, oltre che spunti circa la fungibilità dei diversi modelli all'interno della categoria del negozio giuridico²⁹⁴.

Una parte della dottrina, pur con percorsi diversi, giunge a concepire il consenso al trattamento sì come espressione del potere autodeterminativo dell'individuo, ma contestualmente anche come istituto estraneo al negozio giuridico e all'autonomia privata.

Precisamente, si ritiene²⁹⁵ che tramite il consenso al trattamento la persona fisica non disponga della sua sfera identitaria: l'individuo non dispone né di ciò che è lecito o non lecito in ordine ai comportamenti altrui, né dei dati personali come beni giuridici in quanto elementi intrinseci della persona. Il consenso al trattamento, nel suo essere permesso autorizzativo²⁹⁶, è inteso come un puro atto di esercizio del potere autodeterminativo dell'interessato in ordine alla costruzione della sua sfera personale di identità.

²⁹¹ Tra le diverse sedi, si ricorda, in primo luogo, la riconduzione del consenso al trattamento dei dati personali all'autodeterminazione da parte del Garante per la protezione dei dati personali nella sua prima decisione, ossia *decisione 28 maggio 1997 – Adusbef e altri c. Banca Nazionale del Lavoro*, pubblicata in *Il Corriere giuridico*, 8/1997, 916 ss. con commento di V. ZENO-ZENCOVICH, cit., nella quale si legge: «il consenso può essere ritenuto effettivamente libero solo se si presenta come *manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa*, e dunque al riparo da qualsiasi pressione, e se non viene condizionato all'accettazione di clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.». Come pure, più di recente, la giurisprudenza di legittimità, in particolare Cass. civ., sez. I, 2, luglio 2018, n. 17278, pubblicata in www.onelegale.it, dove si afferma: «Può dunque dirsi che il consenso in questione (*ndr*, al trattamento dei dati personali) debba essere ricondotto alla nozione di "*consenso informato*", nozione ampiamente impiegata in taluni settori – basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie – in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'*esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato*, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole.». In dottrina, *ex multis*, v.: S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistemiche sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 598.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 348, 351, 353, 355, 357 ecc.; G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2000, p. 299 ss., spec. 304 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 994. Di recente, anche M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, p. 112 ss.

²⁹² Come già si evince dal contributo di Castronovo, richiamato alla nota 288.

²⁹³ Si allude al fatto che, mentre rispetto all'autonomia privata il connotato di potere di compiere atti è indiscusso, rispetto all'autodeterminazione sembra che sia prevalente il connotato di libertà negativa e che gli aspetti dinamici e attivi si limitino ad una mera facoltà di scegliere tra diverse alternative possibili.

²⁹⁴ V. § 6 di questo Capitolo, nonché Cap. Terzo.

²⁹⁵ Così D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., pp. 350 ss.

²⁹⁶ Precisamente l'A. appena citato ritiene che «effetto autorizzativo» indichi un «effetto costitutivo di legittimazione di una azione nella sfera soggettiva altrui» (p. 353).

Tale natura del consenso si correla con l'idea che in esso manchi l'elemento caratteristico del negozio giuridico, ossia la relazionalità. In altri termini, gli effetti che esso determina in capo al titolare del trattamento vengono considerati come meri effetti riflessi dell'esercizio della libertà individuale di valutare la corrispondenza dell'azione alla sua identità personale. Inoltre, la funzionalità dell'atto rispetto alla sfera identitaria dell'individuo ne giustificherebbe, da una parte, l'unilateralità, dall'altra la libera revocabilità, nei limiti della buona fede in senso oggettivo, e la non vincolatività per il suo stesso autore.

Va da sé che, in questo modo, il consenso autorizzativo sembra debba essere inserito nella categoria degli atti giuridici in senso stretto²⁹⁷.

Nondimeno tale dottrina non nega²⁹⁸ la natura negoziale di altri atti di consenso con i quali l'interessato «limita o rafforza l'estensione degli effetti autorizzativi» e rende possibile una vera e propria circolazione giuridica dei dati personali. L'autore si riferisce a «dispositivi di natura obbligatoria, posti in essere al fine di costruire esclusive negoziali (obblighi di esclusiva), a garanzia dell'attività produttiva connessa alla circolazione dell'informazione su dati personali. Uguale considerazione deve attribuirsi a quelle forme di identificazione in un bene giuridico del risultato dell'attività svolta o anche dei mezzi mediante i quali essa è attuata.».

Da quanto esposto, sembra, dunque, che il consenso sia, nella sua unità minima effettuale, un atto di volontà diverso dal negozio giuridico, dunque, un atto giuridico in senso stretto, espressione del potere di autodeterminazione della sfera identitaria, mentre acquisisca natura negoziale ogni qualvolta esso esprima funzioni ulteriori, come quella con la quale si imprime ai dati personali una natura economica.

Tale opinione, per quanto esprima dei concetti condivisibili²⁹⁹, ci sembra complessivamente ancorata ad una concezione superata di permesso e che non prenda in considerazione i profili di relazionalità insiti nel concetto di autorizzazione.

È vero che secondo una dottrina ormai risalente il permesso è qualificato come una dichiarazione non negoziale di volontà in quanto atto di esercizio di un diritto soggettivo caratterizzato dall'esclusività³⁰⁰; tuttavia, le ragioni che sembrano fondarne l'estraneità dalla categoria negoziale sembrano altre.

Essenzialmente, il permesso non potrebbe essere qualificato come negozio in quanto, sebbene conferisca una facoltà di agire al destinatario, escludendo l'illiceità dei relativi atti, e limiti il diritto del dichiarante, esso non avrebbe l'«attitudine a produrre trasformazioni profonde nello stato giuridico preesistente»: il permesso, infatti, «né crea né estingue né

²⁹⁷ Sull'atto giuridico in senso stretto e i diversi tentativi di ricondurli ad una categoria unitaria in contrapposizione a quella del negozio giuridico, v. Santi ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 3 ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955 (rist. 1988), p. 32, dove spiega il metodo con cui individuare lo spazio dell'attività umana non riconducibile al negozio; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss., spec. 208 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 13 ss., nonché 74 ss., ove si evidenziano le differenze del negozio da altri atti leciti, quindi anche gli atti giuridici in senso stretto; V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 4 ss., spec. p. 53 ss. nelle quali si occupa del permesso.

²⁹⁸ D. MESSINETTI, in *op. cit.*, p. 365.

²⁹⁹ V. § 2.2.

³⁰⁰ V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., pp. 70-72.

trasforma essenzialmente diritti e obblighi, non ha carattere dispositivo né obbligatorio, produce quindi trasformazioni che sono di entità e qualità minori rispetto a quelle che derivano da attività negoziali e contrattuali»³⁰¹. La ragione ultima della negazione della natura negoziale del permesso, poi, sembra risiedere nella mancanza di effetti obbligatori per il dichiarante³⁰².

Invero, nel consenso al trattamento – inteso come autorizzazione ad effettuare operazioni di trattamento su dati personali – non mancano né la relazionalità, né la vincolatività, né l'effetto *lato sensu* dispositivo e, dunque, esistono i presupposti per qualificarlo come un negozio giuridico.

Se con «relazionalità» del negozio giuridico si allude alla relativa caratteristica discrezionale di essere «atto con cui il singolo detta legge ai propri interessi *nei rapporti con altri*»³⁰³, non si comprende perché il consenso in questione non possa essere qualificato tale. Infatti, seppur non si contesti che funzione primaria dell'atto è quella di regolare profili esistenziali della persona, *sub specie* la sfera di identità personale, intrinseco nel concetto giuridico stesso di identità personale è quello di relazione, in quanto strumento di socializzazione dell'Io con la società circostante; in questo caso, con il titolare del trattamento. *A fortiori*, la relazionalità non può disconoscersi se si pensa che proprio l'attività che il consenso è diretto ad autorizzare è oggetto di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, ossia la libertà di trattare dati personali altrui.

Il consenso, dunque, è uno strumento con cui l'interessato regola la propria sfera giuridica, *sub specie* di sfera di identità personale, in rapporto con coloro che hanno interesse a raccogliere e trattare delle tracce.

Per quanto concerne la asserita mancanza di vincolatività del consenso, tale conclusione è superabile se della prima si assume un concetto diverso in partenza. In proposito occorre sgomberare il campo da due equivoci: che «vincolatività» coincida con il concetto di «obbligatorietà» oppure con quello di «irrevocabilità». Per quanto riguarda il primo, occorre dire che l'obbligazione è solo uno degli effetti che possono discendere da un negozio giuridico; per quanto riguarda il secondo, l'irrevocabilità non è tanto una caratteristica distintiva di un atto sul piano della sua natura giuridica, ma un profilo specifico di disciplina di alcuni atti³⁰⁴.

La dottrina³⁰⁵, infatti, osserva come «vincolatività» indichi la «impegnatività» dell'atto, cioè il suo costituire impegno gravante per l'autore circa il rispetto del regolamento contenuto nell'atto. Intendendo la prima come obbligatorietà o come irrevocabilità si confonde la causa con una delle sue possibili conseguenze.

³⁰¹ V. PANUCCIO, in *op. cit.*, pp. 61-64.

³⁰² ID, *op. cit.*, p. 63, nonché p. 74 ss., dove si motiva la natura non negoziale sulla base della differenza con le figure del comodato e del contratto con obbligazioni del solo proponente.

³⁰³ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 76.

³⁰⁴ Il dato positivo dimostra come numerosi atti, qualificati pacificamente come negozi giuridici, sono revocabili, o *lato sensu* eliminabili: si pensi alla revoca del consenso negli atti di disposizione del corpo (v. art. 2, comma 4, legge 458/1967), allo scioglimento del matrimonio (art. 117 cod. civ.; art. 3, legge 898/1970 ss.mm.), nonché nell'area contrattuale ai casi di recesso unilaterale (art. 1373 c.c.; art. 52 codice del consumo).

³⁰⁵ In questo senso, L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 128, la quale richiama il concetto di impegnatività che si deve a G. MIRABELLI, in *op. ult. cit.*, p. 436-437.

Ancora una volta ci sembra che il consenso al trattamento presenti una delle caratteristiche del negozio, ossia la vincolatività intesa come impegnatività: infatti, una volta consentito il trattamento dei dati personali per date finalità da parte dell'interessato, il titolare potrà lecitamente eseguire le operazioni di trattamento e ricavarne utilità; anche in caso di revoca del consenso, il trattamento e gli effetti giuridici da esso derivati fino a quel momento non potranno essere contestati, giacché la prima ha un effetto *ex nunc*³⁰⁶.

Resta da esaminare, a questo punto, il profilo della mancanza di un effetto *lato sensu* dispositivo nel consenso. La dottrina che nega che il permesso abbia natura negoziale giustifica questa idea sul presupposto che il limite creato dal dichiarante sul suo diritto soggettivo non introduca una trasformazione nella realtà giuridica, operando in via immediata e transitoria, cioè non per l'avvenire³⁰⁷. Salvo quanto si dirà più nel dettaglio sui caratteri dell'efficacia autorizzativa³⁰⁸, ci sembra che la tesi in questione non possa essere in primo luogo seguita in quanto essa sottovaluta eccessivamente uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano il negozio giuridico rispetto all'atto giuridico in senso stretto, ossia il fatto che solo il primo costituisce uno strumento con il quale il singolo detta un *regolamento* dei propri interessi, fungendo da *criterio vincolante di condotta* dei propri comportamenti futuri nei rapporti con altri³⁰⁹.

Rispetto al consenso al trattamento dei dati personali non ci sembra che l'autoregolamento che connota il negozio manchi. Si tratta, infatti, di un atto con il quale l'interessato stabilisce che da quel momento in poi il titolare del trattamento potrà legittimamente invadere la sua sfera giuridica per fini determinati. In tale effetto ci sembra sussistano sia l'introduzione di un criterio di condotta vincolante, ossia l'introduzione di un canone secondo il quale è esclusa la illegittimità di una condotta invasiva quando rivolta alle finalità specifiche indicate; sia la proiezione nel futuro del criterio stesso, ossia il fatto che esso opera rispetto ad azioni di terzi che si sviluppano nel tempo, senza che neppure la revoca dell'atto possa pregiudicarli.

Inoltre, calando nello specifico le considerazioni che autorevole dottrina ha svolto rispetto alla figura generale del consenso dell'avente diritto³¹⁰, si può osservare che l'autoregolamento introdotto dal consenso al trattamento risponde ad una delle funzioni dell'autonomia privata stessa: prevenendo o componendo un concreto attrito e conflitto tra due sfere giuridiche diverse, tramite la legittimazione di un comportamento di ingerenza, esso facilita la convivenza nella vita di relazione. Quanto detto consente anche di andare oltre l'argomento un tempo usualmente addotto per qualificare una manifestazione di volontà come atto giuridico in senso stretto³¹¹, ossia l'eterodeterminazione degli effetti e della disciplina dell'atto. Infatti, si fa notare come ormai «l'elemento costituito dalla (totale)

³⁰⁶ V. art. 7 par. 4 GDPR: «La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò.»

³⁰⁷ Così V. PANUCCIO, in *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁸ V. § 2.2.

³⁰⁹ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 44 ss., spec. 46, nonché p. 76.

³¹⁰ ID, in *op. cit.*, p. 591. Cfr. E. ALTAVILLA, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960, p. 116 ss.; C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 140 ss.

³¹¹ Richiama anche tale criterio di distinzione, F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., pp. 206-207.

disponibilità degli effetti può essere considerato inidoneo per la costruzione del concetto di negozio, perché troppe sono ormai le deroghe che nell'ordinamento un tale elemento subisce; ed inoltre sempre più numerosi sono gli effetti (non voluti, o comunque non presenti nella rappresentazione delle parti) con i quali l'ordinamento integra il rapporto»³¹².

Da ultimo occorre esaminare una opinione recente che mette in discussione la natura negoziale del consenso al trattamento secondo una prospettiva innovativa, ma che non ci pare in definitiva condivisibile. Vi è chi ritiene, infatti, che il consenso al trattamento costituisca un elemento di perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva, il c.d. diritto a trattare dati personali (altrui)³¹³, e che svolga la funzione di rimuovere un ostacolo all'esercizio del diritto già spettante in capo al titolare del trattamento (arg. ex art. 1 par. 1 GDPR, art. 41 Cost., art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'UE)³¹⁴; per questo, poi, si ritiene che la sua natura giuridica non possa essere ricondotta né all'atto negoziale, né all'atto giuridico in senso stretto³¹⁵.

Tale opinione, per quanto condivisibile sotto il profilo del riconoscimento della liceità dell'attività di trattamento dei dati personali e di una libertà di trattare dati personali altrui, presenta qualche elemento di perplessità.

In primo luogo, non si comprende come il consenso, prima dichiarato come elemento di perfezionamento di una fattispecie, evidentemente fino a quel momento non esistente, possa poi essere contestualmente riconosciuto come elemento di rimozione di un ostacolo all'esercizio di un diritto già riconosciuto in capo ad un altro soggetto. In questa prospettiva, sarebbe forse più lineare ritenere che il diritto a trattare dati personali altrui sia una situazione giuridica soggettiva già perfezionata e che il consenso determini una legittimazione in concreto al suo esercizio. In secondo luogo, non è chiaro perché, anche riconoscendo al consenso natura di autorizzazione che rimuove un ostacolo all'esercizio di una libertà altrui, non si debba affrontare il problema della sua natura giuridica. Infatti, sebbene si condivida l'idea che in relazione al trattamento di dati personali si realizzi un conflitto tra due sfere di

³¹² Così E. RUSSO, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam.*, 1989, p. 1084.

³¹³ Così F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 75, ove afferma che le «condizioni di liceità, che costituiscono il fondamento legittimo ed imprescindibile su cui deve essere basato il trattamento dei dati personali, costituiscono anche, ai fini di quanto forma oggetto dell'indagine che si sta conducendo, il presupposto necessario non solo per la liceità del trattamento, ma anche per la configurazione stessa del "diritto a trattare dati personali altrui"». Concetto ribadito anche a p. 87.

³¹⁴ ID, in *op. cit.*, p. 116-123. L'A., richiamando le opere di M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 174 ss. e di L. CARRARO, *Contributo alla dottrina dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 282 ss., equipara il consenso all'atto di adesione nei contratti predisposti, a sua volta ricostruito come una figura autorizzatoria che, però, si distingue dal permesso, con il quale si qualifica come lecito un comportamento futuro.

³¹⁵ Si mostra indifferente rispetto all'inquadramento della natura negoziale o meno del consenso al trattamento anche A. FICI, *Natura giuridica del consenso al trattamento*, in A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 503. Sul problema della natura giuridica del consenso v. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2001, p. 621 ss.

libertà, riteniamo non dovuto negare che, ammettendo in concreto terzi ad accedere nella sua sfera identitaria, l'interessato regoli la propria sfera giuridica³¹⁶.

2.2. *Segue.* EFFICACIA AUTORIZZATIVA E DI DESTINAZIONE ALLO SCOPO.

Il dibattito relativo alla natura giuridica del consenso al trattamento, oltre ad essere utile sotto un profilo sistematico e di disciplina, offre utili spunti per riflettere su ulteriori aspetti del tema. In particolare, sullo sfondo dei problemi prima esaminati soggiace la questione dell'efficacia del consenso al trattamento.

Occorre premettere che, nelle trattazioni generali che lo riguardano, il consenso ad ingerirsi nella sfera giuridica altrui è spesso tradotto con il termine «autorizzazione». Non deve sorprendere, dunque, come il problema della efficacia del consenso si configuri come problema dell'efficacia dell'autorizzazione.

Autorevole dottrina³¹⁷, infatti, riconosce al consenso dell'avente diritto (arg. ex art. 50 c.p.) valore di autorizzazione, ma contestualmente si intende quest'ultima come atto con effetto meramente negativo, cioè quello di *escludere l'illiceità della condotta altrui*. Invero, anche in questa opinione una certa dimensione positiva dell'atto viene accennata quando si afferma che: «Con codesta autorizzazione il consenziente conferisce, non già l'esercizio del diritto a lui spettante (a mo' di acquisto costitutivo), bensì la *legittimazione a lederne o metterne in pericolo l'interesse*»; tuttavia, quest'ultima non viene sviluppata, rimanendo assorbita nella preponderante c.d. funzione negativa del consenso.

Altri autori, invece, concepiscono l'autorizzazione direttamente in chiave positiva³¹⁸, cioè come atto con il quale, in senso ampio, si attribuisce ad un soggetto terzo la *facoltà di intromettersi nella sfera giuridica altrui*. Rispetto a questo concetto generale la dottrina propone ulteriori precisazioni e distinzioni.

Preliminarmente, infatti, occorre evidenziare che i dubbi che son stati sollevati rispetto all'ammissibilità della categoria della autorizzazione nel nostro ordinamento riguardano solamente l'autorizzazione a disporre in nome proprio (c.d. autorizzazione in senso stretto), cioè l'atto in virtù del quale l'autorizzato acquisterebbe il *potere di disporre*

³¹⁶ Sul punto v. anche *infra*. L'idea di consenso come atto negoziale con il quale il soggetto dispone della sua sfera identitaria è già nell'autorevole opinione di G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, cit., p. 124, il quale discorre di «atto di disposizione che ammette altri nella sfera personale del disponente» dopo aver premesso che «i dati personali sono elementi della sfera (se non necessariamente, o non tutti, della riservatezza, quanto meno della identità), del soggetto e gli appartengono a questo titolo, senza che sia necessario stabilire se il titolo sia "proprietario" o meno.».

³¹⁷ In questo senso E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 590-591. Impostazione analoga ci sembra sia stata ripresa in tempi attuali da F. GIGLIOTTI, *Diritti personali di godimento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2018, p. 71 ss., spec. 74.

³¹⁸ Ci riferiamo ai contributi di: L. CARRARO, voce *Autorizzazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, p. 1577, il quale espressamente inserisce nella categoria dell'autorizzazione sia l'ipotesi con la quale si conferisce una facoltà di compiere attività materiali, sia quella con la quale si attribuisce un potere in senso stretto, cioè la possibilità di compiere atti che producano effetti giuridici nella sfera dell'autorizzante; A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, I) *Parte generale*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 502 ss., spec. p. 506, quando discorre di attribuzione di facoltà di disporre. Nei termini di un atto col quale si conferisce una facoltà di intromettersi nella sfera giuridica altrui v. anche C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 93.

in nome proprio di un diritto dell'autorizzante³¹⁹: per diverse ragioni si dubita che «alla stregua dei principi generali del nostro ordinamento un atto privato possa produrre l'effetto considerato al di fuori di una espressa previsione legislativa»³²⁰. Per converso, si desume come sia conclusione pacifica³²¹ ritenere che mediante un atto unilaterale un soggetto possa attribuire ad altri la *facoltà di compiere atti materiali* su beni che compongono la sua sfera giuridica³²².

Provando a calare queste osservazioni nel contesto che qui si indaga, ci sembra corretto configurare il consenso al trattamento come una *autorizzazione a compiere attività materiali nella sfera identitaria dell'interessato*. Se si guarda alle definizioni di trattamento (art. 4 n° 2) e di consenso dell'interessato (art. 4 n° 11) contenute nel GDPR, si desume che l'oggetto cui si rivolge essenzialmente l'autorizzazione è l'«operazione», ossia un atto materiale. Infatti, anche quando per realizzare le finalità del trattamento sono legittimate o autorizzate «comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione»³²³, il legislatore guarda ad esse nella prospettiva di atti materiali e non di atti dispositivi del titolare³²⁴. A riprova di questa idea si può osservare come dal sistema normativo del GDPR si desuma che ogni qualvolta vi sia un nuovo titolare del trattamento questi debba fondare il proprio trattamento su una base giuridica autonoma rispetto a quella che giustificava il trattamento del precedente titolare, tra cui la comunicazione³²⁵.

³¹⁹ Così L. CARRARO, voce *Autorizzazione (diritto civile)*, cit., p. 1577 ss., il quale si domanda se gli atti compiuti in virtù del potere autorizzativo conferito abbiano rilevanza non solo nei rapporti interni (autorizzante-autorizzato), ma anche nei rapporti con i terzi (autorizzante-terzi acquirenti). Cfr. A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, cit. p. 507.

³²⁰ Così A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, cit., p. 506 ss. I dubbi si legano a diverse considerazioni. In primo luogo, per il naturale collegamento posto dalla legge tra potere di agire e titolarità del diritto, il quale potrebbe essere derogato solo da una espressa previsione legislativa che il nostro ordinamento – a differenza di quello tedesco (§185 BGB) – non contiene. In secondo luogo, perché – anche in quei casi in cui un terzo acquisti *a non domino* dall'autorizzato un bene dell'autorizzante – l'acquisto avverrebbe, in caso di buona fede, per effetto di un'altra regola (art. 1153 c.c.) e non dell'atto autorizzativo a monte. Ancora, perché, anche ammettendo un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente dal quale sorga l'obbligazione di far subentrare le conseguenze attive e passive del negozio compiuto dall'autorizzato, tale contratto spiegherebbe solo l'autorizzazione all'acquisto e non anche l'autorizzazione a disporre alla quale qui ci si riferisce. Infine, perché, ipotizzando che l'autorizzazione attribuisca una facoltà di agire e che in via riflessa possa costituire una legittimazione ad agire, non vi è nell'ordinamento una norma che costituisca fondamento positivo di tale effetto, in quanto anche nel contratto di commissione (art. 1731 c.c.) l'attività del commissionario ha rilevanza non tanto per effetto della facoltà di disposizione attribuita, ma per l'obbligo di disporre che dal primo discende. A conclusioni negative giunge altresì L. CARRARO, voce *Autorizzazione (diritto civile)*, cit., p. 1579.

³²¹ Si veda L. CARRARO, voce *Autorizzazione (diritto civile)*, cit., p. 1577-1578.

³²² Se si accetta di valorizzare la distinzione tra facoltà e potere, intendendo la prima come una situazione giuridica attiva che indica la specifica possibilità di compiere attività di fatto, mentre la seconda come la possibilità di compiere atti che producano effetti giuridici, l'autorizzazione di cui ora si discorre conferirebbe una situazione giuridica del primo tipo. Per tali definizioni, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 2 e 4.

³²³ Il virgolettato è tratto dalla definizione di trattamento di cui all'art. 4 n° 2 GDPR.

³²⁴ Sulla qualificabilità dell'atto negoziale anche come comportamento giuridico, v. N. IRTI, *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2005, p. 1053 ss., spec. §4. Sulla categoria generale del comportamento, v. A. FALZEA, *Comportamento*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 607 ss.

³²⁵ Lo si desume dai principi generali contenuti nel GDPR, ma soprattutto dall'art. 14. Di questo avviso si dimostra anche l'EDPB, *Linee guida 3/2019 sul trattamento dei dati personali attraverso dispositivi video*, Versione 2.0, adottate il 29 giugno 2020.

L'altro aspetto da considerare si collega alla distinzione tra autorizzazione costitutiva e autorizzazione integrativa, o permesso³²⁶: una parte della dottrina, infatti, ritiene di dover tenere distinte le due ipotesi in quanto, mentre l'effetto dell'autorizzazione costitutiva si caratterizzerebbe per la nascita di un potere prima non esistente in capo all'autorizzato, l'effetto dell'autorizzazione integrativa sarebbe la *rimozione di un limite all'esercizio di un diritto o potere di cui già l'autorizzato è titolare*.

Ora, se si accoglie l'idea che il titolare del trattamento sia titolare di una libertà di trattamento³²⁷, si dovrebbe concludere che il consenso dell'interessato ha l'effetto di permettere il trattamento nel senso di rimuovere un ostacolo o limite all'esercizio concreto a tale libertà³²⁸. Il limite, o ostacolo, in questo caso, è costituito dalla *altruità della sfera di libertà* dell'interessato rispetto a quella del titolare e dalla correlata *esigenza di protezione* che alla prima è accordata³²⁹.

D'altra parte, si è già osservato che il diritto alla protezione dei dati personali presuppone l'attività di trattamento e si configura come un *potere di controllo* rispetto ad essa³³⁰. Come in altre ipotesi di permesso³³¹, dunque, il consenso rappresenta lo strumento con il quale si compie una valutazione di interessi: precisamente, l'interessato valuta e controlla la compatibilità con i suoi bisogni delle finalità cui è strumentale il trattamento e sulla base di tale bilanciamento permette in concreto l'intromissione nella sua sfera giuridica, attività altrimenti libera solo in astratto.

In proposito può essere opportuno chiedersi se un simile effetto sia sufficiente per discorrere di atto negoziale.

Infatti, enfatizzando la prospettiva dell'interessato autorizzante e il fatto che mediante l'atto autorizzativo egli non conferisca un potere giuridico al titolare del trattamento, si potrebbe concludere che non si verifichi una modificazione della realtà giuridica, ma che si realizzi un mero atto di esercizio del proprio diritto³³².

³²⁶ La distinzione in ambito civilistico si deve ad A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, cit., p. 503 ss. Per una trattazione delle diverse tipologie di autorizzazione nel diritto amministrativo, v., tra gli altri, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 1093 ss., il quale distingue anche tra autorizzazioni costitutive e autorizzazioni permissive; ID, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Treccani*, II Appendice (1948), reperibile su www.treccani.it.

³²⁷ V. § 1.1.

³²⁸ Così F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit.; ID., *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 1, 2019, p. 44, ove si riferisce espressamente alle autorizzazioni integrative.

³²⁹ Discorre di *principio di protezione della sfera giuridica dei singoli* C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 147 ss.; cfr. M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., p. 174, il quale parla di *principio di rispetto delle sfere individuali*. Coglie nel consenso dell'avente diritto e, in generale, nelle cause di giustificazione un fondamento ultimo nel *principio di autodisposizione* del soggetto, P. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, cit., p. 576.

³³⁰ Cap. Primo, § 3.4.

³³¹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 1118 ss., il quale evidenzia la funzione di controllo delle autorizzazioni permissive circa l'incidenza di un potere privato rispetto all'interesse pubblico.

³³² In questo senso, ancora una volta, V. PANUCCIO, *Dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 64 ss., spec. p. 67. Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, cit., pp. 127-128, a proposito degli svolgimenti interni nelle situazioni giuridiche soggettive quali i diritti della personalità.

Una simile prospettiva ci sembra riduttiva. Il consenso al trattamento, infatti, stabilendo se e per quali finalità il titolare del trattamento possa in concreto compiere le attività di trattamento, presenta i caratteri del negozio giuridico³³³: esso, dettando una regola specifica dei rapporti tra lui e il titolare, introduce pur sempre una *novità* nella realtà giuridica³³⁴. D'altra parte, accogliendo una più moderna teoria di efficacia giuridica³³⁵, non sussiste neppure l'esigenza di inquadrare l'effetto derivante dal permesso nella rigida tripartizione in effetti costitutivi, modificativi ed estintivi. Si potrebbe dire che la novità qui risiede non in un mutamento del nucleo fondamentale delle sfere di libertà, ma in uno sviluppo delle stesse consistente nel fatto che la libertà astratta del titolare del trattamento potrà essere esercitata per le specifiche finalità indicate nel consenso e che, allo stesso tempo, l'interessato subirà un concreto e specifico vincolo sulla sua sfera identitaria³³⁶.

Se quanto osservato è condivisibile, è possibile ora dedicarsi ad un ulteriore aspetto dell'efficacia del consenso.

Una parte della dottrina, infatti, rinviene nell'atto di consenso dell'interessato un effetto di destinazione allo scopo³³⁷. Precisamente, si ritiene che tramite il consenso si determini l'utilità, patrimoniale o non patrimoniale, ricavabile dal dato stesso e che da tale determinazione possa derivare anche l'attribuzione di rilevanza del dato personale anche come bene giuridico patrimoniale³³⁸; contestualmente, si ritiene che dalla selezione delle finalità derivi un vincolo, o limite, nel potere di utilizzo conferito al titolare del trattamento.

Senza soffermarci sul tema della configurazione di un bene giuridico patrimoniale per il solo effetto del consenso³³⁹, in questa sede vorremmo dedicarci al secondo aspetto delineato dalla dottrina in questione, cioè quello della introduzione di un vincolo di destinazione ad uno scopo rispetto all'attività del titolare. Il concetto di destinazione allo scopo, infatti, non appartiene soltanto alla materia dei beni e diritti patrimoniali, ma è generale: esso «ricorre – sotto il profilo della teoria generale del diritto – in tutte e quattro le categorie dogmatiche fondamentali dell'esperienza giuridica»³⁴⁰, cioè rispetto alle categorie del soggetto, dell'oggetto, dell'atto e del fatto.

³³³ Cfr. F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 184 ss., il quale, richiamando l'autorevole opinione di A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 54, ritiene che nel consenso al trattamento dei dati personali vi siano i caratteri del negozio giuridico e non della dichiarazione non negoziale di volontà, in quanto con esso emerge un interesse nuovo per il diritto: si crea un rapporto specifico tra interessato e titolare rispetto ai singoli dati conferiti.

³³⁴ Per una simile idea del negozio giuridico v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 59; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 45 ss.

³³⁵ Ci riferiamo alla tesi di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 146 ss., il quale accanto agli effetti riconducibili alla categoria dell'efficacia costitutiva, riconosce effetti ulteriori riconducibili alla categoria dell'efficacia dichiarativa.

³³⁶ Cfr. in proposito M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 1095-1097, il quale osserva come le autorizzazioni incidano sulla connotazione del potere o libertà di cui il soggetto è già titolare.

³³⁷ Ci si riferisce alla tesi di F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, cit., §6; ripresa, poi, anche da I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., p. 31 ss.

³³⁸ Cfr. in particolare I. CHIRIACO, *op. cit.*, p. 31, pp. 51 ss. e 93 ss., la quale ammette la natura patrimoniale dei dati personali in «prospettiva dinamica e relazionale», cioè sulla base della finalità economica di volta in volta determinata per il trattamento.

³³⁹ Su questo aspetto ci siamo interessati nel Cap. Primo; per ulteriori considerazioni v. Cap. Terzo.

³⁴⁰ Si riportano le affermazioni testuali di A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 25.

Rispetto all'oggetto di questa indagine, ci pare che l'osservazione della dottrina, per cui il consenso pone un vincolo o limite al potere del titolare, sia appropriata nella misura in cui si coglie che la determinazione delle finalità e il consenso manifestato rispetto ad essa da parte dell'interessato si riferiscano prioritariamente all'*attività di trattamento*, cioè alle operazioni che lo compongono e che rilevano come comportamenti del titolare. La destinazione, in altri termini, più che riferirsi all'oggetto, si riferirebbe all'atto della fenomenologia giuridica. Precisamente, ci pare che la determinazione delle finalità incida sulla facoltà d'agire attribuita in concreto dall'interessato al titolare del trattamento, imprimendone un vincolo di scopo oltre il quale la facoltà stessa non potrà essere esercitata.

D'altra parte, in tutte le trattazioni sul consenso dell'avente diritto³⁴¹ non si rinviene una idea di legittimazione all'intromissione nella propria sfera giuridica illimitata: il concetto di limite è intrinseco a quello stesso di effetto autorizzativo.

Ora, accettato il concetto di destinazione come riferibile anche all'agire altrui, alcuni quesiti si pongono rispetto all'effetto di destinazione: *in primis*, se esso abbia effettivamente fonte nel consenso, quale manifestazione di volontà unilaterale autorizzativa, oppure in una fonte ad esso esterna; *in secundis*, se si tratti di un effetto che caratterizza gli atti giuridici in senso stretto ovvero possa riferirsi anche ad atti negoziali.

Per quanto riguarda il primo aspetto indicato, la questione si pone in relazione a quanto sostenuto da una parte della dottrina: secondo quest'ultima, infatti, l'effetto di destinazione non sarebbe propriamente riconducibile al consenso dell'interessato – il quale avrebbe natura solamente di atto d'adesione che rimuove un ostacolo all'esercizio di un potere altrui – ma proprio nel potere del titolare, nel quale si ricomprende appunto anche quello di determinare il se, l'oggetto e lo scopo del trattamento³⁴².

Le osservazioni critiche rispetto alle premesse di questa dottrina sono state già esposte; vorremmo in questa sede limitarci ad argomentare ulteriormente circa le ragioni che ci inducono a ritenere che anche l'effetto di destinazione derivi dal consenso dell'interessato³⁴³. La circostanza che la predeterminazione delle finalità sia affidata al titolare del trattamento non dovrebbe escludere automaticamente che la legge attribuisca rilevanza alla scelta dell'interessato anche in relazione a questa funzione dell'atto: infatti, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a), quest'ultimo ha la possibilità di scegliere non solo se consentire o meno che il titolare svolga il trattamento, ma anche se farlo per tutte o soltanto per alcune tra quelle specifiche predisposte dal titolare. La predisposizione da parte di un

³⁴¹ Osservazioni di questo tenore si possono rinvenire in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 591; C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 151; E. ALTAVILLA, voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 116.

³⁴² Ci riferiamo alla tesi di F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 74, il quale discorre di "poteri decisionali" o "determinativi" del titolare.

³⁴³ Il concetto, ancorché espresso con formule diverse, si può rinvenire già in parte autorevole e consistente della dottrina, la quale riconosce un effetto c.d. conformativo al consenso proprio in relazione alla determinazione delle finalità e delle modalità del trattamento. In proposito, v. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 352; A. FICI, *Sulla funzione del consenso al trattamento*, in A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 500; F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione dei dati personali*, cit., pp. 614-620

soggetto diverso non dovrebbe escludere che la fonte dell'effetto si ascriva a colui che è titolare degli interessi prioritariamente incisi dall'atto³⁴⁴.

Concludiamo con qualche osservazione sul secondo quesito indicato. Secondo autorevole dottrina la destinazione allo scopo di beni oggetto di diritti di godimento, oppure la specificazione di situazioni giuridiche soggettive, costituirebbero dei meri svolgimenti interni che dovrebbero essere ricondotti non a negozi giuridici, ma a degli atti giuridici in senso stretto³⁴⁵. Se si accogliesse questa opinione, il consenso perderebbe la natura negoziale proprio in relazione all'effetto di destinazione. Tuttavia, ci sembra che questa conclusione non debba essere automatica.

In primo luogo, in quanto l'effetto di destinazione si associa sostanzialmente ed inscindibilmente all'effetto autorizzativo, rispetto al quale poc'anzi si è argomentato il collegamento ad un atto negoziale. In secondo luogo, perché il nostro ordinamento conosce numerosi atti di destinazione della cui natura negoziale non si dubita³⁴⁶.

2.3. OSSERVAZIONI SUI REQUISITI LEGALI DEL CONSENSO: INFORMAZIONE.

Le osservazioni finora svolte sulla natura giuridica e sulla funzione del consenso al trattamento dei dati personali illuminano l'interpretazione dei relativi caratteri e requisiti legali previsti nel GDPR.

Il primo aspetto da considerare riguarda la natura unilaterale o bilaterale dell'atto³⁴⁷. Invero, l'unilateralità del consenso, non essendo esplicita nella definizione legislativa³⁴⁸, né in altre disposizioni, non è caratteristica pacifica. Una parte della dottrina³⁴⁹, infatti, ricostruendo il rapporto tra interessato e titolare del trattamento in chiave obbligatoria, riconduce generalmente il consenso alla logica contrattuale: precisamente, ritiene che l'informativa svolga la funzione di una proposta contrattuale del titolare del trattamento e che la manifestazione di volontà dell'interessato consista in una accettazione; dall'incontro dei due atti prenegoziali sorgerebbe poi il contratto, cui dovrebbe applicarsi la disciplina delle condizioni generali di contratto (art. 1341-1342 c.c.).

³⁴⁴ Sul tema della predisposizione v. *infra*.

³⁴⁵ V. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 128, p. 157, p. 165.

³⁴⁶ Tra le diverse figure negoziali di destinazione si pensi alla più emblematica, ossia l'art. 2645-ter c.c. Per un inquadramento generale dell'atto di destinazione patrimoniale, v. R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir., Annali – V*, Milano, 2012, p. 52 ss.

³⁴⁷ Sulla distinzione tra negozi unilaterali e bilaterali o plurilaterali, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 302 ss., il quale individua il criterio distintivo nella presenza di una o più parti, intendendo come "parte" una unica e omogenea legittimazione al negozio o posizione di interesse. Per una trattazione generale e preliminare degli atti unilaterali, vedi V. M. TRIMARCHI, voce *Atti unilaterali*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 1527 ss.

³⁴⁸ Il tenore letterale della disposizione farebbe già propendere verso la tesi dell'unilateralità dell'atto: le norme, infatti, parlano di «consenso dell'interessato», di «manifestazione di volontà [...] dell'interessato» e, in generale, dettano una disciplina che si riferisce sempre alla *sfera dell'interessato* (v. art. 7 GDPR). Tuttavia, poiché nessun dato letterale è decisivo, occorre esaminare i profili sistematici e compiere una analisi più approfondita.

³⁴⁹ Ci riferiamo alla proposta di F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in *Il trattamento dei dati personali, II, Profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Torino, 1999, p. 89 ss., il quale a monte ritiene che in capo all'interessato sorga una obbligazione di non impedire al titolare di utilizzare i suoi dati personali, ossia una obbligazione di *patti*.

Tale opinione, sebbene non sia stata sviluppata in modo approfondito³⁵⁰, ha il pregio di mettere in evidenza un aspetto non trascurabile, ossia la presenza di un *potere di fatto* del titolare del trattamento rispetto all'interessato nella scelta degli scopi cui indirizzare il trattamento e le modalità con cui metterlo in atto. Come emerge dalla definizione stessa di «titolare del trattamento» (art. 4 n° 7), infatti, tale soggetto ha il potere di determinare le finalità e i mezzi del trattamento. Ora, se tale situazione presenta delle evidenti analogie con il potere di predisposizione unilaterale che costituisce il presupposto della disciplina delle condizioni generali di contratto³⁵¹, tuttavia, una totale assimilazione dei fenomeni non ci sembra corretta.

Innanzitutto, giova osservare che il potere di predisposizione unilaterale del titolare del trattamento opera non solo quando la condizione di liceità del trattamento è il consenso e, quindi, laddove in teoria si costituirebbe un trattamento di fonte contrattuale; tale potere, infatti, sussiste anche in tutti i casi nei quali si è fuori da un contesto di trattativa, cioè quando il trattamento deve essere posto in essere per adempiere ad un obbligo legale o fronteggiare una situazione di necessità, oppure deve essere realizzato per assolvere ad una funzione o un compito pubblico³⁵².

Inoltre, anche ammettendo per un momento di poter limitare la considerazione al caso in cui operi il consenso come condizione di liceità, ci sembra che il potere e la predisposizione unilaterale del titolare del trattamento dipendano non tanto dall'esigenza di standardizzare i rapporti che è propria della contrattazione per condizioni generali³⁵³, ma dal fatto che quest'ultimo è colui che gestirà dati personali altrui, cioè svolgerà una attività che richiede specifiche competenze tecniche ed organizzative³⁵⁴, e che, in ordine ad essa, assumerà specifici obblighi e responsabilità³⁵⁵.

³⁵⁰ La tesi di Bilotta, infatti, non giustifica i motivi per cui, data la natura contrattuale della fonte del rapporto di trattamento dei dati personali, si ricada anche all'interno del fenomeno della contrattazione per condizioni generali.

³⁵¹ Sulle condizioni generali di contratto, *ex multis*, v. A. GENOVESE, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 802 ss.; S. MAIORCA, voce *Contratti standard*, in *Nov. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981, p. 617 ss., p. 623; U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, III, Torino, 1988, p. 357 ss.; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., p. 92 ss., nonché 155 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, sec. ed., Milano, 2011, p. 849 ss.; M. AMBROSOLI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, agg. I, Torino, 2014, p. 1 ss.; D. POLETTI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diritto on line – Treccani*, 2015, reperibile su www.treccani.it; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, p. 314 ss.

³⁵² Art. 6 par. 1 lett. c), d), e) GDPR.

³⁵³ Sulla relazione tra condizioni generali di contratto e standardizzazione dei rapporti, v. D. POLETTI, in *op. cit.*, la quale in *incipit* osserva che la «“standardizzazione” del contratto [...] incarna il passaggio dall'economia ottocentesca fondata sugli scambi individuali ad un più maturo assetto incentrato sull'offerta generalizzata di servizi e, prima ancora, sulla realizzazione in serie di beni, con la conseguente immissione sul mercato di prodotti di largo consumo. Ciò ha suscitato l'esigenza, intrinsecamente funzionale all'interesse delle imprese, specie di grandi dimensioni, di semplificare la stipulazione dei contratti tramite la predisposizione di un contenuto identico per tutti i destinatari (le condizioni sono, appunto, generali) e destinato a valere per una pluralità di futuri contratti.»; v. anche M. AMBROSOLI, in *op. cit.*, p. 1 ss.

³⁵⁴ Sull'esigenza di adottare modelli organizzativi e tecnici adeguati alla gestione del rischio legato al trattamento di dati personali, v. A. MANTELETO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva (artt. 32-39)*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 287 ss., spec. 305 ss.

³⁵⁵ Si parla in proposito di *accountability*, cioè di responsabilizzazione del titolare del trattamento. Sull'argomento v., tra gli altri, G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione*

Soprattutto, l'esistenza di tale posizione del titolare non interferisce con la funzione cui l'atto del consenso al trattamento è prioritariamente rivolto, ossia regolare la sfera identitaria dell'interessato. Se si accetta la natura negoziale del consenso, come qui riteniamo, è possibile applicare anche al tema che ci interessa il principio di adeguatezza della struttura dell'atto alla sua funzione³⁵⁶, e concludere che, in un contesto in cui la funzione del consenso resta inalterata³⁵⁷, è giustificabile ritenere che, di regola, l'atto abbia struttura unilaterale³⁵⁸ e che, al contrario, non sia sostenibile una interpretazione nei termini di accettazione della proposta contrattuale del titolare, anche qualora intesa come adesione a condizioni generali di contratto. In definitiva, il consenso al trattamento, ancorché riferito a finalità e modalità predisposte unilateralmente da un altro soggetto in virtù della legittimazione di cui verrà investito, mantiene la sua struttura unilaterale nei limiti in cui la sua funzione si limita a quella di attribuire una facoltà di trattamento dei suoi dati personali in capo al titolare del trattamento.

Tali aspetti, poi, si comprendono ancor meglio se li si accosta ai requisiti legali previsti dal GDPR.

Ai sensi dell'art. 4 n° 11, il consenso dell'interessato deve essere *informato*, cioè prestato sulla base della conoscenza degli aspetti principali del trattamento, o almeno in condizioni di una loro conoscibilità. Tale requisito è strumentale a garantire la formazione di un consenso *consapevole*³⁵⁹ al trattamento dei dati personali e si collega, anche senza

dei dati personali, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 12 ss.; più diffusamente EAD, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2017, p. 10 ss; M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1017 ss.

³⁵⁶ Il tema del rapporto tra struttura e funzione degli atti ha subito una evoluzione all'interno del dibattito dottrinario. In passato, infatti, la dottrina riteneva che dovesse esservi un rapporto di rigida e astratta corrispondenza tra struttura e funzione, con la conseguenza che non era ammesso spazio all'autonomia privata rispetto alla scelta tra una struttura unilaterale e una struttura bilaterale al di là dei modelli legali. In questo senso, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 6. Successivamente, seppur senza ricadere in un concetto di assoluta indipendenza o indifferenza tra struttura e funzione, è stata ammessa la fungibilità tra paradigma negoziale unilaterale e paradigma negoziale bilaterale. Precisamente, secondo C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 394 ss., occorre «ricercare il criterio che presiede alla scelta dell'una o dell'altra struttura per il conseguimento di identico obiettivo» nella «regola della economia dei mezzi giuridici». Questa linea di pensiero sembra aver origine nel «principio di convenienza dell'effetto al fatto» enunciato da A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 62, per cui «Come la soluzione deve rispondere al problema, così l'effetto deve convenire al fatto».

³⁵⁷ Fondamentali in questo senso le osservazioni di C. DONISI, in *op. cit.*, p. 395, il quale afferma che dall'applicazione del principio di adeguatezza e dalla regola della economia dei mezzi giuridici: «Ne deriva che la "facoltà" di realizzare l'identica funzione mercé una pluralità di strutture, ben lontana dall'essere rimessa all'arbitrio del singolo (o dei singoli), viene subordinata alla circostanza che esse non si rivelino esorbitanti in rapporto al risultato da perseguire, e dunque non si pongano in dissidio con il suddetto principio. Evenienza, questa, che potrebbe verificarsi, ad es. – e così si ha modo di accennare fin d'ora il criterio decisivo al quale si farà ricorso nel dibattere la successiva problematica – nell'ipotesi in cui, potendo una data funzione venir svolta da un negozio a struttura semplicemente unilaterale, ciò malgrado se ne utilizzi in concreto uno bilaterale, senza che a questa sostituzione faccia riscontro (almeno) un più ampio ed articolato assetto d'interessi; tale da giustificare, per l'appunto nella prospettiva del principio di economia dei mezzi giuridici, l'impiego di un congegno strutturalmente più complicato e dispendioso di quello in astratto sufficiente ad attuare il divisato "profilo" causale».

³⁵⁸ Argomenta la struttura unilaterale del consenso alla luce della sua funzione anche D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 353.

³⁵⁹ Sui legami tra informazione e consapevolezza nel consenso al trattamento dei dati personali v., tra gli altri, F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 263; C.

confondersi con essi, agli obblighi informativi³⁶⁰ cui è tenuto il titolare e/o il responsabile del trattamento al momento della raccolta dei dati personali. Anche per via di quest'ultimo nesso, il tema del consenso informato solleva due questioni interpretative principali: da una parte, il grado di ampiezza e di determinatezza del contenuto dell'informativa; dall'altra, la natura giuridica degli «obblighi informativi» e delle conseguenze correlate alla loro inosservanza. Il GDPR, infatti, attribuisce rilevanza all'informativa in due momenti: in un primo momento, quando indica l'informazione come requisito legale del consenso, cioè come uno di quei caratteri che l'atto dovrebbe presentare ai fini della sua validità³⁶¹; in un secondo momento, quando impone in capo al titolare e/o al responsabile del trattamento degli «obblighi informativi» da rispettare contestualmente o successivamente, ancorché entro ragionevoli limiti di tempo, alla raccolta dei dati personali dell'interessato.

In merito alla prima questione, la dottrina³⁶² protende verso una interpretazione maggiormente favorevole all'interessato: si ritiene, infatti, che, in ragione del principio di trasparenza e correttezza cui deve ispirarsi il trattamento dei dati personali, il titolare del trattamento possa essere tenuto, in relazione alle circostanze specifiche, a fornire una informativa i cui contenuti sono ulteriori e più specifici rispetto a quelli indicati espressamente dal GDPR. Gli artt. 13 e 14, dunque, indicherebbero dei contenuti minimi dell'informativa, ma non escludono che, in ragione del caso concreto, trasparenza e correttezza impongano di fornire informazioni ulteriori all'interessato.

Tale impostazione estensiva è stata seguita di recente anche dalla giurisprudenza di legittimità³⁶³, la quale ha ritenuto necessaria la conoscibilità, e dunque l'indicazione nell'informativa, di elementi ulteriori rispetto a quelli previsti per legge; precisamente, è stato affermato che, nel caso in cui il trattamento dei dati personali è basato su uno strumento automatizzato di calcolo finalizzato alla creazione di profili reputazionali, il consenso al trattamento dei dati personali possa dirsi informato soltanto nella misura in cui anche lo

LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, in *Diritto alla riservatezza e alla circolazione dei dati personali*, cit., p. 700. Ancorché con riguardo agli atti di disposizione del corpo collega l'informazione all'esigenza di consapevolezza in concreto dell'atto e delle sue conseguenze, L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, cit., p. 71.

³⁶⁰ Gli artt. 12, 13 e 14 GDPR disciplinano le modalità, i tempi e i contenuti dell'informativa che il titolare e/o il responsabile del trattamento devono rendere all'interessato in funzione della raccolta dei dati personali. Tuttavia, tali norme non si collegano unicamente al consenso, in quanto esse devono essere rispettate in ogni ipotesi di trattamento, e cioè anche nei casi in cui ricorrano condizioni di liceità diverse dal primo.

³⁶¹ Addirittura, si potrebbe discorrere di requisiti di esistenza dell'atto. In questo senso, L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, cit., p. 70 ss.

³⁶² Così A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 180, la quale richiama anche i considerando (39) e (60) del GDPR; C. LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, cit., p. 700. Di analogo avviso anche il Garante della privacy nella *decisione 28 maggio 1997 – Adusbef e altri c. Banca Nazionale del Lavoro*, cit. Cfr. F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., p. 262 e prima S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Rimini, 2016, p. 63, la quale proponeva di distinguere tra conseguenze legate alla violazione di obblighi informativi richiesti tassativamente ex art. 13 e quelle legate alla violazione degli obblighi informativi derivanti dall'applicazione dei principi di lealtà e correttezza.

³⁶³ V. Cass. civ., sez. I, 25 maggio 2021, n° 14381, reperibile su *dejure.it*. Sulle problematiche del consenso in relazione all'uso dell'intelligenza artificiale, v. S. SANDULLI, *Algoritmi, trasparenza ed effettività del consenso*, in *juscivile*, 5, 2021, p. 1528 ss.; A. ASTONE, *Autodeterminazione nei dati e sistemi AI*, in *Contratto e impresa*, 2, 2022, p. 429 ss.; nonché G. PROIETTI, *Algoritmi e interesse del titolare del trattamento nella circolazione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 3, 2022, p. 913 ss.

schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone sono resi conoscibili all'interessato.

Ciò posto, occorre esaminare l'altro aspetto (più) problematico posto dal tema del consenso informato, cioè quello della natura degli «obblighi informativi» e delle conseguenze derivanti dalla loro inosservanza. Ci si chiede, in altri termini, se gli obblighi informativi siano norme la cui violazione dà luogo ad una invalidità del consenso, richiamando a quelle ipotesi di nullità di protezione previste in altri settori dell'ordinamento³⁶⁴, o se si tratti di regole di responsabilità, alla cui violazione consegue prioritariamente l'applicazione dell'art. 82 GDPR, o in generale il rimedio risarcitorio.

Si tratta di due alternative che, se mantenute inalterate, forse, sono troppo radicali: si potrebbe prospettare di accogliere una terza via, cioè quella per cui gli «obblighi informativi» indirettamente, e in ipotesi specifiche, rilevano anche ai fini del giudizio di validità dell'atto. Prima di procedere in questo esame, ci sembra opportuno esaminare più nel dettaglio le norme.

In primo luogo, si deve notare che sia l'art. 13 che l'art. 14 distinguono l'informativa relativa alle caratteristiche soggettive ed oggettive essenziali del trattamento (identità del titolare, del responsabile e di eventuali destinatari dei dati personali, finalità e base giuridica del trattamento) da quella relativa a caratteristiche secondarie del trattamento e alle facoltà e rimedi spettanti in capo all'interessato; questo secondo gruppo viene considerato dalle disposizioni stesse come informazioni «in aggiunta», necessarie al rispetto del principio di correttezza e trasparenza³⁶⁵.

In secondo luogo, giova osservare che agli obblighi informativi sono state ricondotte diverse funzioni. Intanto, si attribuisce all'informativa una funzione «protettiva»³⁶⁶, che ci sembra ben si coordini con il profilo della predisposizione unilaterale delle finalità e dei mezzi del trattamento: l'informazione, infatti, è strumentale a riequilibrare la situazione di «asimmetria informativa» tra interessato e titolare del trattamento³⁶⁷ e a proteggere il primo dal potere organizzativo e tecnico del secondo. Inoltre, le si riconosce una funzione «propulsiva», in quanto la conoscenza degli aspetti caratteristici del trattamento e degli stessi diritti e doveri previsti dalla legge permette all'interessato di esercitare effettivamente le facoltà e i rimedi che compongono il diritto alla protezione dei dati personali³⁶⁸, ossia di esercitare il potere di controllo sui suoi dati anche dopo che essi sono stati raccolti. Infine, una parte della dottrina riconosce agli obblighi informativi «effetti di tipo prescrittivo

³⁶⁴ Sulla rilevanza degli obblighi informativi come cause di nullità di protezione in ipotesi di legislazione speciale che costituiscono attuazione di discipline euro-unitarie, v. G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali – IV*, Milano, 2011, p. 604 ss., spec. p. 609 e 617 ss.

³⁶⁵ Cfr. art. 13 par. 2 e art. 14 par. 2. Per questi rilievi v. S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 60; F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., p. 261.

³⁶⁶ Riconduce gli obblighi informativi ai doveri di protezione C. LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, cit., p. 703.

³⁶⁷ Ricostruisce in questi termini l'informazione richiesta dall'art. 13, in relazione al consenso al trattamento dei dati personali, Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n° 17278, reperibile su *onelegale.it*. Sul concetto di «asimmetria», v. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali – V*, Milano, 2012, p. 370 ss.

³⁶⁸ In questo senso, F. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 336; A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, cit., p. 180; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 395.

rispetto al comportamento delle parti», cioè li considera come fonti di regole e limiti della relazione che si instaura tra interessato e titolare del trattamento³⁶⁹; in particolare, si ritiene che quando la condizione di liceità operante è il consenso dell'interessato, gli obblighi informativi svolgono anche il compito di permettere la manifestazione di un consenso specifico (o “granulare”), cioè di garantire all'interessato la possibilità non solo di rifiutare o meno l'ingerenza nella propria sfera giuridica, ma anche di scegliere per quali finalità ammetterla³⁷⁰.

La risposta al problema sollevato richiede di considerare, poi, un ultimo aspetto e di assumere delle cautele. A prima vista, verrebbe automatico esaminare la questione isolando il tema d'indagine ad una relazione biunivoca tra il requisito dell'informazione richiesto dall'art. 4 n° 11 e gli obblighi informativi di cui agli artt. 13 e 14; da questa operazione deriverebbe una soluzione (quasi) lineare, cioè che la conseguenza derivante dalla inosservanza di questi ultimi sia la mancanza di informazione rispetto al consenso e, dunque, la sua invalidità, *sub specie* di nullità di protezione alla stregua di altre ipotesi previste nella legislazione speciale³⁷¹. Ad un secondo livello di analisi, però, ci si rende conto che né l'approccio di partenza sia saggio, né che la soluzione indicata sia così scontata come appare.

Sotto il primo aspetto, infatti, occorre dire che l'ambito degli obblighi informativi è più ampio di quello del consenso informato: i primi, infatti, operano anche laddove la condizione di liceità non sia il consenso; dunque, una loro considerazione a sole norme di comportamento strumentali al perfezionamento di una fattispecie negoziale valida non sarebbe del tutto giustificata, o quantomeno automatica.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la soluzione prospettata va incontro, nel merito, a qualche ostacolo: accettando di inserire il consenso al trattamento nella categoria degli atti negoziali, si dovrebbe osservare che la violazione di obblighi dà luogo, di regola, alla conseguenza della *responsabilità* e al risarcimento dei relativi danni³⁷² e che l'invalidità dei negozi giuridici, salvo espressa previsione, non è conseguenza ricollegata all'inadempimento di obblighi, ma all'inosservanza di oneri³⁷³. La soluzione dell'invalidità

³⁶⁹ Per questo ruolo dei doveri di informazione v. F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., 261, il quale, tra l'altro, nega che tali doveri abbiano una funzione di riequilibrio delle asimmetrie informative.

³⁷⁰ F. CAGGIA, in *op. ult. cit.*; ma anche C. LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, cit., p. 700, nonché A. FICI, *Sulla funzione del consenso*, cit., p. 500 ss., il quale discorre di funzione conformativa del consenso.

³⁷¹ Si pensi, ad esempio, alla nullità del contratto prevista per la violazione degli obblighi informativi all'art. 67 septies-decies, comma 4, cod. cons. Per una introduzione generale alle nullità di protezione, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 578-580.

³⁷² La distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità è stata affermata in giurisprudenza dalle note sentenze Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. In dottrina v., tra gli altri, C. CICERO, voce *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, agg., Torino, 2014, p. 532 ss.; nonché G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali – IV*, Milano, 2011, p. 824 ss., il quale affronta il problema della rilevanza degli obblighi di protezione ai fini del riconoscimento di eventuali nullità virtuali di protezione.

³⁷³ V. CAREDDA, voce *Onere*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, VIII Agg., 2013, p. 430 ss., spec. §4; EAD, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, p. 49 ss.; EAD, *Imperfecta lex, sed lex. Note a margine di una norma senza sanzione (art. 6 d.legisl. 122/2005)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2013, p. 663 ss. Nonché per una trattazione dell'onere in relazione con l'autoresponsabilità, EAD, *Autonomia privata e autoresponsabilità*, Torino, 2004, p. 44 ss.

del consenso per violazione degli obblighi informativi per essere sostenuta dovrebbe essere argomentata o sulla base dell'idea che si sia in presenza di una – seppure non troppo espressa – invalidità (o meglio nullità) speciale, oppure che l'informativa di cui agli artt. 13 e 14 sia oggetto di un onere e non di un obbligo.

La prima argomentazione è senz'altro prospettabile, in quanto la si potrebbe considerare come espressione di una «tendenza» dell'ordinamento, ma si porta sempre dietro le considerazioni sistematiche prima enunciate e, in aggiunta, l'osservazione che, così ragionando, si livellano tutti gli elementi della informativa ad un unico canone, quello dell'obbligo, e non si valorizza la distinzione di contenuti e di funzioni che il GDPR, sebbene timidamente, indica.

La seconda argomentazione richiederebbe delle precisazioni, le quali ci introducono alla terza via che in *incipit* si era prospettata. Infatti, considerare gli artt. 13 e 14 complessivamente ed indistintamente come oneri e non come obblighi potrebbe incontrare ostacoli sistematici di varia natura. In primo luogo, perché, come già anticipato, i comportamenti prescritti non sono tutti riconducibili al consenso informato e, dunque, alla formazione di una fattispecie; in secondo luogo, perché, soprattutto i contenuti informativi ispirati ai principi di correttezza e trasparenza sembrano assolvere più una funzione protettiva e propulsiva riconducibile ai doveri di protezione; infine, perché non si può escludere che il legislatore abbia previsto l'art. 82 GDPR anche come conseguenza giuridica della violazione dei suddetti obblighi informativi.

Nondimeno, è vero che alcuni contenuti informativi sembrano evocare più dei requisiti dell'atto e dei comportamenti che costituiscono oggetto di onere, *sub specie* di onere di perfezionamento della fattispecie: si tratta dei contenuti richiamati agli artt. 13 par. 1 e 14 par. 1. D'altra parte, la rilevanza della distinzione, e del valore particolare assunto da tali ultime informazioni, sembra essere stata riconosciuta anche dal legislatore, il quale al considerando (39) afferma che, perché il consenso possa dirsi informato, «l'interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell'identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali».

Si potrebbe, in definitiva, ipotizzare che gli «obblighi informativi» previsti dal GDPR operino ad un primo livello di valutazione come *obblighi* veri e propri, la cui violazione dà luogo a responsabilità *ex art.* 82 GDPR, e che, ad un secondo e diverso livello di valutazione, cioè quello che attiene all'operatività del consenso, i contenuti informativi relativi ai caratteri soggettivi ed oggettivi principali rilevino come *requisiti di validità dell'atto*, ossia come oneri³⁷⁴.

2.4. *Segue*. SPECIFICITÀ E INEQUIVOCABILITÀ.

Come anticipato, il requisito del consenso informato si lega, secondo un rapporto di strumentalità³⁷⁵, anche al requisito della *specificità*: l'informativa preventiva, infatti, deve

³⁷⁴ Invero, spunti in proposito potrebbero trarsi anche dalle parole di C. LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, cit., p. 700 s., la quale afferma che «l'informativa indirettamente determina non solo l'*an*, ma anche il *quomodo* del consenso (e quindi del trattamento)».

³⁷⁵ Tale legame è messo in evidenza anche da F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., p. 261.

essere non solo quanto più completa secondo i principi di correttezza e trasparenza, ma soprattutto deve essere espressa con delle modalità tali da permettere all'interessato di manifestare una volontà *precisa e determinata* rispetto al trattamento cui saranno sottoposti i suoi dati personali.

Volendo sintetizzare, il requisito della specificità impone due ordini di osservazioni: in primo luogo, richiede di comprendere l'oggetto cui riferirlo, cioè di capire se la specificità si rivolge a tutti i principali caratteri soggettivi e oggettivi del trattamento, o solo ad alcuni di essi; in secondo luogo, solleva un problema di effettività e compatibilità rispetto ai nuovi contesti di trattamento dei dati, in particolare il fenomeno dei *Big data*.

Il primo interrogativo sorge principalmente in relazione ad un mutamento normativo. Infatti, sia la legge n. 675/1996 (art. 11), sia il Codice della privacy, nel testo precedente alla riforma del 2018 (art. 23), prevedevano che il consenso potesse «riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso» e che fosse valido soltanto se prestato «specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato», a seguito dell'informativa. La normativa attualmente vigente, d'altra parte, prevede che il consenso sia prestato «per una o più specifiche finalità», senza alcuna allusione ad ulteriori elementi caratteristici del trattamento, in particolare le operazioni di cui si compone il trattamento. Si pone, dunque, la questione se, alla luce del dato normativo vigente, si debba adottare una interpretazione restrittiva circa l'oggetto del consenso specifico, ovvero sia più corretto riferire il requisito anche ad altri elementi che individuano il trattamento, *in primis* la tipologia di operazioni.

Secondo una tesi recente e restrittiva il requisito della specificità del consenso si riferisce soltanto alle finalità del trattamento, per cui «una volta accettato il trattamento in relazione alle finalità dichiarate dal titolare, l'interessato non può escludere selettivamente una o più delle attività del trattamento»³⁷⁶. Al di là degli argomenti letterali³⁷⁷ e storici già evidenziati su cui questa impostazione può essere argomentata, non può sfuggire come una simile conclusione possa trovare utili argomenti anche a livello sistematico. Si ritiene, infatti, che la specificità del consenso costituisca il «raccordo sistematico»³⁷⁸ con i principi generali che presidono al GDPR; in particolare, essa si raccorderebbe con il principio di «limitatezza delle finalità» (art. 5, par. 1, lett. b GDPR), secondo il quale i dati personali devono essere raccolti *per finalità* determinate, esplicite e legittime e trattati compatibilmente con esse.

Per contro, occorre dire che una interpretazione che estende la specificità a tutti gli aspetti principali del trattamento, sulla scia delle opinioni formatesi sotto la vigenza delle precedenti norme³⁷⁹, potrebbe essere prospettata valorizzando alcuni aspetti. In primo luogo, una interpretazione estensiva potrebbe essere argomentata dal punto di vista della *ratio* del requisito: considerato che esso è previsto per garantire un *consenso effettivo e*

³⁷⁶ Così F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, cit., p. 159.

³⁷⁷ A parte l'art. 6, par. 1, lett. a), è utile in questo senso anche il considerando (32) laddove si afferma che: «Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità».

³⁷⁸ Così S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 1017.

³⁷⁹ In un senso estensivo, cioè che riferisce il requisito all'individuazione del titolare, dei destinatari, della tipologia di dati, alle operazioni e alle finalità, sembrano esprimersi A. FICI, *I requisiti del consenso*, in A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, cit., pp. 509-510; nonché S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 1016.

*consapevole*³⁸⁰, si potrebbe dire che l'obiettivo legislativo è massimizzato quanto più si amplia l'oggetto di riferimento della specificità. Inoltre, si potrebbero considerare alcuni dati letterali: intanto, il Considerando (43), il quale si riferisce ad un «consenso separato a *distinti trattamenti* di dati personali»; nonché l'art. 22, par. 2, lett. c) il quale prevede che l'interessato debba esprimere un consenso esplicito al processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, ossia ad una *tipologia specifica di operazione*.

In definitiva sembra corretto ritenere che la specificità non attiene a tutti i caratteri principali del trattamento: rispetto a tali elementi già il requisito della informazione garantisce la consapevolezza del consenso prestato dall'interessato. L'individuazione di un oggetto a sé stante cui riferire la specificità, d'altra parte, ci sembra coerente con l'idea che il consenso non abbia soltanto un effetto autorizzativo, ma anche di destinazione ad uno scopo dell'attività di trattamento. Sotto quest'ultima luce, in definitiva, riteniamo di dover intendere il requisito esaminato.

Nondimeno, l'indirizzo a cui si aderisce non dovrebbe essere inteso con eccessivo rigorismo. Infatti, proprio muovendo dalla lettura sistematica del primo e del secondo paragrafo dell'art. 22, ci sembra che la tipologia di operazione non sia sempre indifferente rispetto alla determinazione delle finalità e al requisito di specificità del consenso. In altri termini, questa norma indicherebbe un canone attraverso il quale determinare quando anche la tipologia di operazione dovrebbe costituire oggetto di uno specifico consenso. L'art. 22, infatti, non dà rilievo alla operazione di profilazione *tout court*, ma prevede che l'interessato possa opporsi specificamente (o rifiutare di acconsentire specificamente) al trattamento di profilazione quando esso sia strumentale all'adozione di una decisione che produca effetti giuridici, o materiali, tali da incidere significativamente sulla sua sfera giuridica, cioè quando la profilazione è adottata per una *finalità decisionale*³⁸¹.

Per concludere, ci sembra che il criterio di specificità debba essere riferito, *in primis*, alle finalità di trattamento e che, tuttavia, non si debba escludere che esso si rivolga anche a particolari operazioni di trattamento quando esse, concretamente, implicano che l'attività acquisisca una diversa e nuova finalità rispetto a quella cui il trattamento nella sua generalità e totalità è diretto. A titolo esemplificativo si possono menzionare alcune ipotesi in cui la tipologia di operazione sembra incidere sulla finalità di trattamento. In primo luogo, la profilazione di dati personali inizialmente raccolti per concludere un contratto di servizi con un consumatore: tale operazione, a rigore, potrebbe essere legittimata alla luce della necessità di eseguire il contratto, ma poiché si rivela utile ad una finalità ulteriore da quella prospettabile dal consumatore-interessato, quale ad esempio la pubblicità mirata, richiede che sia oggetto di specifico consenso. In secondo luogo, anche la comunicazione di dati a terzi, ancorché in teoria riconducibile ad una unitaria attività di trattamento legittimata, incide sulla finalità del trattamento quando il terzo destinatario dei dati personali intende trattarli autonomamente e per propri fini non riconducibili a quelli iniziali di raccolta.

³⁸⁰ In questo senso v. A. FICI, *I requisiti del consenso*, cit.

³⁸¹ Per la distinzione tra concetto di profilazione e concetto di processo decisionale automatizzato, v. A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 421 ss.

Il secondo interrogativo che il requisito della specificità pone ha natura applicativa e si apprezza in una prospettiva evolutiva del diritto. Ricordiamo che, a rigore, il GDPR richiede che le finalità del trattamento al momento della raccolta siano esplicite, determinate e legittime (art. 6, par. 1, lett. b); conseguentemente, il consenso potrà essere a sua volta specifico (art. 5, par. 1, lett. a). Si evince che l'ordinamento esclude un consenso "largo" e "indeterminato".

A fronte di anni di applicazione concreta della disciplina in materia di protezione dei dati personali e delle riscontrate peculiarità delle attuali tecnologie, una parte della dottrina ha recentemente messo in discussione l'effettività dei requisiti e dei principi appena enunciati. Ci si chiede, infatti, come la determinatezza delle finalità, la minimizzazione dei dati personali da trattare e, da ultimo, la specificità del consenso, possano essere compatibili con alcuni settori specifici dove il trattamento dei dati personali è centrale: si pensi alla ricerca scientifica³⁸² e all'analisi statistica, nelle quali ontologicamente si richiede una prospettazione di *obiettivi* e non di finalità determinate, nonché l'*indicazione orientativa dei mezzi* con i quali raggiungerli e non la definizione specifica delle modalità. Analogamente, ci si chiede come questi principi e requisiti possano operare nel contesto in cui il titolare del trattamento si affida a sistemi di Intelligenza Artificiale³⁸³, per loro natura opachi, oppure nel contesto dei *Big data*, le cui dimensioni per definizione sfuggono alla determinatezza delle singole unità che li compongono³⁸⁴.

Rispetto a queste criticità le soluzioni *de iure condito* si basano essenzialmente su una interpretazione meno rigorosa dei principi e si sviluppano in tentativi di adattamento della disciplina ai contesti specifici; nonché si concretizzano nella predilezione sul piano applicativo di basi giuridiche diverse dal consenso e nel recupero dei poteri di controllo dell'interessato in fasi successive alla raccolta. Invero, anche adottando questi approcci interpretativi i problemi non scompaiono, cosicché si avverte sempre più l'esigenza di una riforma della normativa in materia di trattamento dei dati personali, che prenda atto del nuovo contesto tecnologico e socio-economico.

Ciò detto, e prima di dedicarci agli ultimi aspetti di disciplina che caratterizzano il consenso al trattamento, vorremmo svolgere qualche considerazione su alcuni profili formali.

³⁸² In proposito, cfr. le osservazioni critiche di A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2020, p. 175 ss., spec. 187; nonché B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2020, p. 1010 ss.; con riguardo specifico ai dati genetici R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Diritto e processo*, 2018, 95 ss., 114 ss.

³⁸³ V. gli autori citati in nota 363.

³⁸⁴ Per una trattazione generale a proposito dell'impatto dei *Big data* sulla protezione dei dati personali, v. A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1181 ss.; A. PURPURA, *Il consenso nel mercato dei dati personali. Considerazioni al tempo dei Big data*, in *Juscivile*, 4, 2022, p. 891 ss. Per dei rilievi critici e costruttivi che offrono un quadro del problema sia rispetto al settore della ricerca, sia rispetto a quello delle tecnologie emergenti, v. V. CAREDDA, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, cit., p. 1061 ss., spec. §§4-7. Cfr. altresì I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?* in *Eur. Dir. Priv.*, 2, 2021, 301 ss.; G. COMANDÉ, *Ricerca in sanità e data protection: un puzzle risolvibile...*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019, p. 187 ss.

Il primo profilo formale si collega, *lato sensu*, all'aspetto della specificità appena esaminato ed è richiamato dall'art. 7, par. 2. La disposizione si compone due periodi rispetto ai quali non è chiaro se sussista una relazione biunivoca, cioè se l'uno costituisca la (unica) premessa, dell'altro, inteso come sua (unica) conseguenza. Infatti, il primo periodo è dedicato alle modalità con le quali la richiesta di consenso deve essere formulata, qualora quest'ultimo debba essere prestato in un documento complesso: si prevede che la richiesta di consenso sia presentata in un modo chiaramente distinguibile, con forme comprensibili e accessibili, secondo un linguaggio semplice e chiaro. Il secondo periodo, invece, stabilisce una ipotesi di non vincolatività del consenso qualora la dichiarazione costituisca violazione del Regolamento.

Ora, non si comprende se la conseguenza prevista nel secondo periodo si riferisca unicamente alla violazione della condotta prevista nel primo periodo o se faccia riferimento alla violazione di qualsiasi disposizione del GDPR³⁸⁵, introducendo una sorta di nullità virtuale³⁸⁶ speciale e *sui generis*.

Entrambe le tesi sono prospettabili³⁸⁷; tuttavia, la prima proposta sarebbe preferibile in ragione del rilievo che essa fornirebbe alla prescrizione di una condotta del titolare del trattamento che sia strumentale alla formazione di un consenso consapevole, individuando contestualmente ed espressamente la conseguenza giuridica sfavorevole che deriverebbe dalla sua inosservanza. Inoltre, se si intendesse la non vincolatività richiamata come una ipotesi di *inefficacia* del consenso, si potrebbe giustificare ancor più la tesi secondo cui la conseguenza prevista dal legislatore si lega all'inosservanza di oneri di forma ispirati ad un principio di trasparenza. Infatti, il legislatore anche in altri contesti³⁸⁸ ha previsto che l'inosservanza di prescrizioni analoghe dà luogo ad ipotesi di inefficacia o di non vincolatività.

³⁸⁵ Tesi che sembra essere prospettata da F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, p. 273, il quale ipotizza l'operatività della sostituzione automatica di clausole con le regole e i principi vincolanti del GDPR.

³⁸⁶ Per i principali contributi sulla nullità virtuale si rinvia a: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.; G. FILANTI, voce *Nullità*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. 7, Torino, 2002, p. 74 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 96 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, t. 2, Torino, 2006, p. 1509 ss.; M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi*, IV, a cura di A. Gentili, *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 48 ss.; G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale*, cit., p. 798 ss.

³⁸⁷ Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 87 ss., spec. p. 95, il quale sostiene che la non vincolatività del consenso «avrà naturalmente delle ripercussioni anche sulla validità e sull'efficacia del contratto concluso sulla base di tale consenso, contratto che anch'esso dovrà considerarsi come “non vincolante”». Per delle ulteriori considerazioni sulla non vincolatività derivata rinviamo a Cap. Terzo, § 2.6.

³⁸⁸ Ci riferiamo, tra l'altro, alla disciplina delle condizioni generali (art. 1341 c.c.), ove il legislatore utilizza la categoria dell'*inefficacia*; ma si pensi ad altri casi nei quali il legislatore predispone la *non vincolatività* del contratto o dell'ordine per l'inosservanza di oneri informativi o di chiarezza come nell'art. 51, spec. commi 1 e 2, cod. cons.

Prima di concludere, occorre dedicarsi al secondo profilo formale anticipato: esso inerisce alla *forma di manifestazione del consenso*³⁸⁹. Secondo la definizione legislativa, infatti, l'assenso al trattamento può essere manifestato mediante «dichiarazione», oppure mediante una «azione positiva inequivocabile». Inoltre, l'art. 7, par. 1, prevede che la sussistenza del consenso debba essere provata dal titolare del trattamento³⁹⁰. Infine, l'art. 9, par. 2, lett. a) prevede che rispetto al trattamento di categorie particolari di dati personali occorra un «consenso esplicito».

Nel silenzio del legislatore europeo, per tentare di comprendere il senso delle distinzioni e delle espressioni utilizzate dal GDPR, in particolare quelle di «azione positiva inequivocabile» e di «consenso esplicito», ci permettiamo di prendere spunto dalle categorie formatesi in materia di negozio. Secondo autorevole dottrina³⁹¹ il criterio discretivo più attendibile per introdurre una forma di graduazione e distinzione tra i comportamenti manifestativi di volontà negoziale è quello basato sul «diverso atteggiarsi del rapporto di significazione». Si ritiene, infatti, che la manifestazione di volontà negoziale può realizzarsi: o mediante dichiarazione in senso proprio, cioè un comportamento che si avvale di segni linguistici (orali, scritti o mimici), ossia simboli; o mediante manifestazione in senso stretto, cioè comportamenti concludenti, ossia fatti che – analogamente ai segnali –, quando inseriti in un certa cornice di circostanze, per illazione acquistano capacità manifestativa e perdono l'equivocità che li caratterizza. La forma scritta, dunque, in quanto *species* appartenente al *genus* del segno linguistico, costituisce una ipotesi specifica di dichiarazione in senso stretto.

Alla luce di questo quadro definitorio e concettuale, i punti che sollevano dei dubbi sono essenzialmente due. Da una parte, ci si chiede se il GDPR, richiamando all'azione positiva inequivocabile, faccia riferimento anche alla manifestazione di volontà per comportamenti concludenti, oppure alluda comunque ad una dichiarazione che, tuttavia, non si avvale dei segni del linguaggio verbale, bensì di simboli alternativi anche convenzionali (es. particolari gesti). Dall'altra, e per quanto riguarda il trattamento di categorie particolari di dati, ci si può chiedere se il GDPR, nel riferirsi ad un consenso «esplicito», abbia voluto imporre un onere di forma scritta (probabilmente) a pena di invalidità, oppure abbia inteso semplicemente riferirsi ad un consenso da esprimersi soltanto mediante dichiarazione in senso stretto, escludendo i comportamenti concludenti.

Prima di entrare nel merito delle questioni, occorre dire che la definizione legislativa di consenso introdotta dal GDPR e la soluzione che essa offre prendono spunto dalla pratica commerciale, diffusasi soprattutto *on-line*, la quale si basa sull'uso di contratti, e richieste di

³⁸⁹ In argomento v.: A. FICI, *I requisiti del consenso*, cit., p. 511 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 1014 ss.; F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., p. 257 ss.

³⁹⁰ Ci sembra di poter sostenere che la norma non introduca propriamente un onere di forma a pena di invalidità, del quale comunque occorrerebbe comprendere di quale forma si tratti. Piuttosto, dal tenore letterale si potrebbe propendere per due alternative: a) per una regola speciale di riparto degli oneri probatori, cioè di una regola che stabilisce che il consenso, quando da provare, rientri tra i fatti sui quali ricade l'onere della prova del titolare del trattamento; b) per un onere di forma *ad probationem*, del quale pure occorrerebbe individuare la tipologia di forma prescritta. Cfr. F. CAGGIA, in *op. ult. cit.*, pp. 257-258, il quale dà per scontato che si tratti di documentazione, quindi di forma scritta.

³⁹¹ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., pp. 89 ss., spec. 91 ss.; cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 187.

consenso al trattamento dei dati personali connesse, redatti mediante formulari. Più precisamente il problema posto da questi modelli è dato non tanto dal fatto che la dichiarazione viene raccolta all'interno di formulari, ma dalla circostanza che l'assenso al trattamento risulta precompilato dal titolare già al momento della richiesta di consenso e della sottoscrizione del contratto collegato, con la conseguenza che l'interessato che intende rifiutarlo deve appositamente modificare le caselle preselezionate (c.d. *opt-out*). In queste ipotesi, in sostanza, l'unico comportamento inequivoco tenuto dall'interessato è la sottoscrizione del contratto, ma è difficile comprendere se una manifestazione di volontà rispetto al trattamento dei dati personali sussista.

Il GDPR, riferendosi ad una azione positiva inequivocabile che manifesti assenso al trattamento, vuole vietare anche i modelli basati sull'*opt-out*; al Considerando (32), d'altra parte, si afferma che non dovrebbe costituire consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Sul punto pure la Corte di Giustizia dell'UE³⁹² si è recentemente espressa, sostenendo che la sottoscrizione di un contratto contenente anche il modulo di consenso precompilato non possa costituire manifestazione di un consenso al trattamento valido, essendo necessario a tal fine un «comportamento attivo» dell'interessato riferito ad un trattamento specifico.

Ora, ciò che suscita qualche dubbio è se il riferimento alla azione positiva inequivocabile e il giudizio presuntivamente negativo sul silenzio e l'inattività siano un modo per escludere il comportamento concludente ed imporre, in ogni caso, il ricorso ad un comportamento manifestativo che nelle nostre categorie configura una dichiarazione, cioè una manifestazione che ricorre a simboli come le parole o come pure i gesti convenzionalmente assunti come tali (es. un click o una spunta). Questa ultima conclusione è forse troppo restrittiva. Almeno per quanto concerne i dati personali non rientranti nelle categorie particolari, si potrebbe ritenere che il comportamento concludente, anche il silenzio, possa rilevare ai fini della manifestazione del consenso³⁹³: certamente in questi casi il giudizio dell'interprete dovrebbe essere particolarmente rigoroso, in quanto egli dovrebbe prestare particolare attenzione al ruolo delle circostanze ambientali nel corso del processo illativo dal quale ricavare il significato manifestativo delle condotte, commissive o omissive³⁹⁴.

Così ragionando, d'altra parte, si potrebbe attribuire al «consenso esplicito» richiesto all'art. 9, par. 2, lett. a) il senso di una norma che imponga per questi casi l'onere di ricorrere ad una dichiarazione in senso stretto, escludendo sì il ricorso ai comportamenti concludenti, ma senza dover imporre anche un onere di forma scritta che si sovrapporrebbe con la regola sul riparto probatorio previsto in generale dall'art. 7, par. 1.

³⁹² Il riferimento è a CGUE, sec. sez., 11 novembre 2020, C-61/69 (*caso Orange Romania*), reperibile sul sito *europa.eu*; si segnala in proposito la nota critica di C. ANGIOLINI, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di Giustizia dell'UE: il rapporto fra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2021, p. 247 ss.

³⁹³ Ad analoga conclusione ci sembra giunga A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022, p. 708.

³⁹⁴ Ancora una volta v. V. SCALISI, in *op. ult. cit.*, p. 90, pp. 94-95, nonché p. 102 ss. sul contegno omissivo concludente.

In definitiva, dunque, ci sembra corretto concordare con quella dottrina che ritiene che il GDPR, a differenza della disciplina nazionale previgente, abbia affermato un *principio di libertà delle forme*³⁹⁵ rispetto al consenso al trattamento dei dati personali, con un limite e una garanzia: da una parte, l'esclusione del consenso per comportamenti conclusivi rispetto al trattamento dei dati sensibili; dall'altra, imponendo una generale regola probatoria che impone al titolare del trattamento di essere in grado di provare la sussistenza del consenso come condizione di liceità.

2.5. *Segue*. LIBERTÀ E REVOCABILITÀ.

Sebbene i caratteri di libertà e revocabilità operino su piani distinti³⁹⁶, è possibile ravvisare una *ratio* e una funzione comuni che ne giustificano la trattazione congiunta, o quanto meno prossima. Infatti, sia la libertà che la revocabilità del consenso ci sembra siano previsti per realizzare l'obiettivo legislativo di garantire la *non coercibilità* e l'*attualità* della manifestazione di volontà, nonché per assolvere la funzione di *regolazione della sfera identitaria* da parte dell'interessato. Ora, delle ragioni di queste considerazioni preliminari si dirà nel corso della trattazione.

Il primo carattere a venire in rilievo è, per ragioni logico-sistematiche, la *libertà del consenso*. Tale requisito è previsto dall'art. 4, par. 1, n° 11, ma il legislatore europeo non definisce il concetto di libertà, né detta una disciplina dei casi nei quali il consenso non sia libero, analogamente a quanto prevede, ad esempio, la disciplina dell'annullabilità del contratto per vizi del consenso. Conseguentemente, tutti (o quasi) i caratteri di tale requisito sono rimessi all'interpretazione sistematica.

Nondimeno, una norma utile a questi fini è comunque prevista: l'art. 7, par. 4, infatti, ha introdotto una norma che pone un criterio sulla base del quale svolgere il giudizio sulla libertà del consenso. L'importanza della norma si coglie su un duplice piano: in primo luogo, essa indica nella «condizionalità»³⁹⁷ di un contratto alla manifestazione di consenso dell'interessato al trattamento un canone, tra gli altri, alla stregua del quale valutare in via preliminare la sussistenza del requisito di libertà; in secondo luogo, rivela un dato, ossia che il giudizio sulla libertà del consenso si debba svolgere in concreto e caso per caso³⁹⁸.

³⁹⁵ F. CAGGIA, in *op. ult. cit.*, p. 258.

³⁹⁶ La libertà, infatti, affiancandosi all'informazione, alla specificità e alla forma del consenso, opera come requisito di validità dell'atto; la revocabilità, invece, costituisce un profilo di disciplina che attiene all'efficacia dell'atto o quanto meno ad una fase successiva al perfezionamento dell'atto (su quest'ultimo punto e in senso analogo, v. le spiegazioni di L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, cit., p. 127).

³⁹⁷ Il termine è utilizzato dall'GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, adottate il 28 novembre 2017, modificate il 10 aprile 2018, p. 6 ss., nonché dall'EDPB, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, versione 1.1, adottate il 4 maggio 2020, p. 10 ss., per indicare le ipotesi nelle quali l'erogazione di un bene o di un servizio è subordinata alla manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali per finalità non necessarie all'esecuzione del contratto. Sul problema del significato tecnico-giuridico da attribuire al termine «condizionalità» e sui suoi rapporti con il concetto di corrispettività delle prestazioni contrattuali si rinvia al Cap. Terzo.

³⁹⁸ In questo senso, v. G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 432-433, il quale sostiene si possa parlare anche di una presunzione di invalidità; F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., pp. 264-265.

Quest'ultima osservazione, tuttavia, non esclude che l'individuazione della disciplina applicabile possa seguire poi i criteri generali dell'interpretazione analogica.

Il riferimento alla condizionalità della fornitura di un bene o un servizio rispetto al consenso ci introduce al problema del significato da attribuire al termine «libertà» del consenso. Infatti, rispetto ad esso, la dottrina e la giurisprudenza (anche del Garante della privacy) hanno mostrato approcci al loro interno divergenti, o quanto meno variegati.

Secondo un primo orientamento³⁹⁹ il requisito della libertà si lega strettamente all'informazione: si ritiene, sostanzialmente, che un consenso non libero sia quello derivante dalla mancanza di una completa e chiara informazione sui caratteri del trattamento. Cercando un collegamento con la disciplina contrattuale, si propone che la mancanza di informativa determini (automaticamente) un errore essenziale, conseguentemente il consenso non sarebbe libero in quanto viziato.

Una simile impostazione, nella misura in cui fa coincidere il «consenso libero» con il «consenso informato», è stata superata⁴⁰⁰. La maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, infatti, adotta interpretazioni dirette ad individuare, ancorché non senza difficoltà, una area isolata di significato nel termine «libertà». Nell'aderire a questa impostazione non si vogliono negare i legami inevitabili tra i diversi requisiti previsti in un'ottica funzionale; tuttavia, un approccio che valorizzi le distinzioni si mostra altresì utile al fine di non disapplicare sostanzialmente le norme che le prevedono.

Nell'ottica di individuare un significato autonomo, dunque, sono stati prospettati altri due modelli.

Uno di questi si basa su una sostanziale assimilazione del consenso al trattamento dei dati personali ai consensi che caratterizzano alcuni atti di disposizione del corpo (*id est*, trapianti d'organo, cessione di campioni biologici), o almeno ad una certa rappresentazione degli stessi che la dottrina fa. Si propone, ancorché in modo velato⁴⁰¹, di applicare anche al consenso al trattamento dei dati personali il carattere della gratuità previsto per legge per alcuni atti di disposizione della sfera corporale⁴⁰² e di considerare l'atto non libero allorquando esso sia interessato patrimonialmente, emblematicamente, cioè, quando esso sia programmato in vista di una controprestazione.

Questo modello, dunque, equipara la libertà ad assenza di sinallagmaticità; tuttavia, benché fondato su innegabili principi personalistici, non sembra trovare riscontro né nel sistema, né nelle disposizioni del GDPR, né nella prassi.

³⁹⁹ Per questa impostazione v., S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 1011-1014.

⁴⁰⁰ Critica verso questo approccio è S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2016, p. 521; prima di lei anche A. FICI, *I requisiti del consenso*, cit., p. 510.

⁴⁰¹ Cfr. GARANTE EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Sintesi del parere sulla proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale*, 14 marzo 2017, pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 23 giugno 2017 e reperibile su www.europa.eu; nonché EDPB, *Linea guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati*, versione 2.0., adottata l'8 ottobre 2019 e reperibile su www.europa.eu, p. 16.

⁴⁰² Per questo modello, affermatosi diffusamente in dottrina, v. per tutti G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Interferenze*, cit., p. 17 ss., spec. 21 ss.

Sotto il profilo sistematico, infatti, l'intera disciplina del contratto dimostra come la libertà del consenso non escluda la sinallagmaticità, anzi la prima è lo strumento attraverso il quale si realizza lo scambio. Se si ragionasse diversamente, si dovrebbe mettere in discussione l'intero sistema dei contratti a prestazioni corrispettive e gli stessi tipi di contratto basati proprio sullo scambio. Ma al di là di questa osservazione preliminare, occorre sottolineare che il concetto di libertà non si vede rappresentato come "gratuità" né nella stessa disciplina degli atti di disposizione del corpo, né in quella sul trattamento dei dati personali. La "gratuità", quando anche prevista espressamente, si mantiene autonoma dal requisito che impone un consenso "non coartato". La sovrapposizione dei concetti, ancora una volta, non è consigliabile. In definitiva, poi, la stessa prassi commerciale dimostra, come si avrà modo di approfondire in seguito⁴⁰³, che l'autorizzazione a trattare dati personali per finalità di marketing o pubblicitarie rappresenti un proficuo termine di scambio per i fornitori di beni e servizi.

Tutte queste considerazioni ci introducono all'ultimo modello di consenso libero. Secondo una parte della dottrina⁴⁰⁴, la quale a sua volta prendeva le mosse da un orientamento del Garante della privacy⁴⁰⁵, il requisito della libertà non mancherebbe in presenza *sic et simpliciter* di una controprestazione promessa in relazione al consenso, ma allorquando sussistano delle circostanze tali da «*turbare comunque il processo decisionale del soggetto nella scelta relativa all'abbandono della propria identità "riservata"*». Il consenso, dunque, sarebbe privo di libertà non solo nei casi di vizi della volontà previsti tassativamente dal Codice civile, ma altresì in quelli nei quali vi siano «*pressioni derivanti da una posizione di "debolezza", anche informativa, dell'interessato, che lo "costringano" a "cedere" il dato pur di ottenere in cambio un bene o un servizio*».

Si afferma, dunque, un concetto di consenso libero che, in quanto pieno e non coartato da pressioni o condizionamenti esterni, come una posizione di debolezza dell'interessato in relazione al trattamento specifico, possa essere strumentale all'esercizio effettivo dell'autodeterminazione informativa.

La dottrina⁴⁰⁶ e la giurisprudenza successive⁴⁰⁷, invero, si sono sostanzialmente conformate a questo modello, limitandosi ad individuare ulteriori *indici* della presenza di *circostanze perturbative* del processo decisionale dell'interessato: talvolta il fattore perturbante è stato rinvenuto nelle modalità urgenti e pressanti di richiesta del consenso, analoghe a quelle rilevanti secondo la disciplina delle pratiche commerciali scorrette; talaltra nella essenzialità per la persona del servizio promesso in cambio del consenso, come prestazioni sanitarie o conclusione di un contratto di lavoro, oppure nella sua fungibilità sul

⁴⁰³ Si veda Cap. Terzo, § 1.

⁴⁰⁴ In questo senso A. FICI, *I requisiti del consenso*, cit., pp. 510-511; in senso analogo, anche C. LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, cit., pp. 736-737; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 4, pt. II, 1999, p. 455 ss.

⁴⁰⁵ Ci riferiamo alla pronuncia del Garante della privacy più volte citata, cioè la *decisione 28 maggio 1997 – Adusbef e altri c. Banca Nazionale del Lavoro*, cit., nella quale si afferma che il consenso può considerarsi *effettivamente libero*, se è *al riparo da qualsiasi pressione*. Per la citazione testuale v. nota 66 di questa Sezione.

⁴⁰⁶ Ci riferiamo, in particolare, all'opinione di S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., p. 543 ss.

⁴⁰⁷ V. Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, cit.

mercato; infine, nella presenza di una posizione di disparità di potere tra le parti, anche intesa nei termini di potere tecnologico. Rispetto al rapporto tra libertà e sinallagmaticità e all'ammissibilità della condizionalità del consenso si afferma che «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».

Ora, una acuta dottrina⁴⁰⁸ osserva che i confini dettati dagli orientamenti appena esposti non siano netti, né chiari. Si propone, allora, di valorizzare un criterio indicato dal GRUPPO DI LAVORO ART. 29⁴⁰⁹: quest'ultimo, quando esamina il profilo della libertà del consenso vi riconnette il concetto di «pregiudizio». Secondo il Gruppo di lavoro, dunque, il consenso non sarebbe libero non solo quando esso sia manifestato a seguito di inganno, intimidazione o coercizione, ma anche quando in relazione al rifiuto del consenso o alla sua revoca il titolare del trattamento prospetta all'interessato «conseguenze negative significative».

Da queste ultime indicazioni ci sembra di poter trarre spunti proficui. Senza negare il collegamento che il requisito della libertà ha con i concetti di pressione, inganno e debolezza e se si interpreta la «mancanza di pregiudizio» in un senso che non escluda ogni autoresponsabilità del soggetto per i comportamenti da esso tenuti, le osservazioni del Gruppo di lavoro aggiungono una sfumatura di significato ulteriore al concetto di libertà nel trattamento dei dati personali e, soprattutto, una caratterizzazione utile a spiegare la compatibilità tra libertà e scambio. Ci sembra, infatti, che il riferimento al concetto di assenza di pregiudizio in caso di rifiuto e revoca del consenso voglia esprimere una caratteristica fino a questo momento poco valorizzata rispetto al tema in questione: ossia la necessità della *spontaneità* dell'atto, intesa come *non coercibilità* della sua manifestazione e delle prestazioni che da essa discendono⁴¹⁰. Si tratta di un aspetto che si comprenderà meglio nel corso della trattazione successiva e per il quale chiediamo ci sia consentito di non insistere ora⁴¹¹.

Occorre, invece, completare le osservazioni con uno sguardo sull'ultimo carattere richiamato: la *revocabilità del consenso*. Di esso si è già parlato in più momenti, sicché in questa sede si metteranno in evidenza gli aspetti rimanenti.

Preliminarmente, occorre evidenziare i caratteri della disciplina della revoca in questo contesto⁴¹². L'art. 7, par. 3, prevede che il consenso può essere revocato in qualsiasi momento, cioè senza limiti temporali, e che la revoca eventualmente intervenuta non

⁴⁰⁸ F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., pp. 56-57.

⁴⁰⁹ V. *Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 11 ss.; *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 14 ss.

⁴¹⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 591, secondo il quale il consenso dell'avente diritto, dovendo essere libero, di regola non sarebbe coercibile, ma ammette delle eccezioni e afferma che: «Possono tuttavia darsi dei casi in cui esso è dovuto, sia in virtù di un precedente rapporto giuridico (per es. di comunione), sia in dipendenza da una situazione anormale, come quella che si ha nello stato di necessità, al quale non si possa sfuggire se non compiendo un atto tale da recar danno ad altri». Ci si potrebbe chiedere se, anche rispetto alle eccezioni indicate, la doverosità indicata dall'A. sia da intendere come frutto di un obbligo in senso stretto: almeno rispetto allo stato di necessità ci sembra che più che un obbligo di consentire operi direttamente la causa di giustificazione o esimente.

⁴¹¹ V. Cap. Terzo, spec. § 2.5.

⁴¹² Per un primo sguardo sulla norma v. F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., p. 269.

pregiudica la liceità delle operazioni di trattamento fino a quel momento eseguite, dunque, essa opera per il futuro. Inoltre, è previsto che la revoca possa essere manifestata con le stesse modalità con le quali è stato prestato il consenso, dunque, senza oneri formali ulteriori rispetto a quelli previsti per quest'ultimo, salva comunque la preventiva informativa.

Da questi dati normativi sorgono alcuni profili problematici, sebbene già essi risolvano positivamente una questione che durante la vigenza della precedente normativa interna era fortemente dibattuta, ossia se il consenso fosse revocabile in mancanza di una norma espressa⁴¹³.

Il primo gruppo di profili problematici presenta natura teorica, in quanto si sostanzia nel confronto tra la revoca come categoria generale⁴¹⁴ e la *revoca* del consenso al trattamento dei dati personali. Ci si chiede, infatti, se, data una certa concezione di revoca degli atti giuridici, l'istituto previsto dal GDPR vi possa far parte, o se esso piuttosto *si avvicini* ad altre categorie, in primo luogo, al *recesso* unilaterale in materia contrattuale.

Sebbene la differenza tra la revoca del consenso al trattamento e il recesso unilaterale sia ineliminabile per la evidente ragione che nel primo caso l'atto di ritiro non incide su un rapporto contrattuale in senso stretto, come accade invece nel secondo, la questione summenzionata si pone essenzialmente in relazione ad alcuni aspetti di disciplina previsti dall'art. 7, par. 3, che sembrano richiamare caratteri tipici del recesso: in primo luogo, il fatto che in questo settore la revoca possa operare in qualsiasi momento, e quindi anche dopo che certi effetti si sono realizzati; in secondo luogo, la sua "natura irretroattiva", cioè il suo carattere non ablativo degli effetti fino a quel momento prodottisi.

Secondo la dottrina maggioritaria⁴¹⁵, infatti, all'interno del variegato novero di atti «estintivi»⁴¹⁶ previsti dall'ordinamento, è pacifica la distinzione tra la figura della revoca e la figura del recesso sulla base del riconoscimento in capo ad esse di alcuni caratteri precipiui: mentre lo schema funzionale della revoca consiste nell'eliminazione retroattiva di un precedente atto e dei suoi effetti, lo schema funzionale del recesso consiste nel far cessare il mero rapporto negoziale⁴¹⁷.

Proprio rispetto al recesso, si ritiene che nella categoria si possa ravvisare una maggiore eterogeneità degli effetti giuridici e che, alla luce di questo riscontro, si debbano riferire ad essa anche ipotesi nominalmente non qualificate come tali. Precisamente, al recesso si riferirebbero non solo effetti estintivi, ma anche «ogni vicenda (del rapporto) necessaria a neutralizzare quelle determinate dal contratto ed inoltre, specie nei contratti di durata, effetti meramente modificativi o integrativi della disciplina del rapporto». All'interno

⁴¹³ Si sono dedicati diffusamente a questo tema, sotto la vigenza della legge n. 675/1996 e del Codice della privacy, *ante* riforma del 2018, rispettivamente: G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 299 ss. e S. MAZZUMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., p. 1014 ss.

⁴¹⁴ Per delle trattazioni generali sull'argomento v.: L. FERRI, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 196 ss.; Salv. ROMANO, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 808 ss.; M. COSTANZA, voce *Revoca*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1998, p. 443 ss.

⁴¹⁵ *Ex multis*, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 47 ss. *Contra* M. COSTANZA, voce *Revoca*, cit., p. 443 ss., la quale ritiene che la categoria della revoca sia più fluida al suo interno e comprenda ipotesi più ampie di quelle riconosciute dalla dottrina maggioritaria.

⁴¹⁶ Così A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 3.

⁴¹⁷ *Id.*, in *op. ult. cit.*, p. 51 ss.

di quest'ultima tipologia di effetti rientrerebbe anche l'effetto di «scioglimento»⁴¹⁸ del contratto, in quanto «vicenda “dissolvente” caratterizzata da un'efficacia rigorosamente non retroattiva (c.d. *ex nunc*)».

Quest'ultimo effetto giuridico è inteso come una vicenda complessa, sulla base della quale «il negozio, per il futuro, perde l'idoneità a portare a termine l'attuazione del sistema di interessi divisato, a realizzare cioè i risultati o ulteriori risultati programmati e perciò a produrre altri effetti o a giustificare momenti esecutivi ulteriori, pur implicati dalla funzione tipica del negozio stesso. L'arresto nell'attuazione del programma negoziale segna inoltre il più delle volte anche il subentrare di una serie di effetti di varia indole (estintivi, modificativi o costitutivi di diritti ed obblighi) diretti in un modo o nell'altro ad operare una “liquidazione” dei rapporti pendenti od una “sistemazione” delle questioni insorte con la nuova situazione, in vista del definitivo venir meno di qualunque rapporto *inter partes*».

Ai fini della nostra indagine è significativo notare come l'effetto di scioglimento e la qualifica di recesso siano stati riconosciuti dalla dottrina citata proprio in ipotesi nominate dal legislatore come “revoca” o “rinuncia”, precisamente nella ipotesi di revoca del mandato da parte del mandante e di rinuncia del mandato da parte del mandatario (rispettivamente art. 1722 nn° 2 e 3 c.c.)⁴¹⁹. In queste ipotesi, infatti, non si ravvisa né l'effetto tipico della revoca, cioè la rimozione tendenzialmente retroattiva di un precedente negozio (c.d. *ex tunc*), né l'effetto tipico della rinuncia, cioè l'abdicazione in ordine ad un singolo diritto. In entrambe le ipotesi la legge non collega le facoltà di scioglimento alla sopravvenienza di motivi o circostanze che integrino una giusta causa, salve ipotesi ritenute eccezionali, né specificamente a fatti di inadempimento dell'altro contraente⁴²⁰: nella prima fattispecie, la previsione della facoltà di recesso è giustificata alla luce del fatto che il regolamento di interessi da revocare è prioritariamente diretto a soddisfare un interesse del dichiarante; nella seconda fattispecie, invece, è giustificata alla luce dell'esigenza generale che i vincoli giuridici non siano perpetui per la persona cui sui gravano.

Salvo quanto si preciserà in seguito, ci sembra che nella revoca del consenso al trattamento dei dati personali siano presenti conseguenze riconducibili più all'effetto di scioglimento tipico di alcuni recessi, che all'effetto eliminativo tipico della revoca. Infatti, a seguito della revoca del consenso al trattamento si verificano sia un fenomeno di arresto, da quel momento in poi, della idoneità del titolare del trattamento di eseguire o portare a compimento le operazioni di trattamento, sia la nascita di diritti in capo all'interessato diretti a sistemare i rapporti “residui” con il titolare (*id est*, diritto alla cancellazione dei dati personali *ex art. 17 par. 1 lett. b*).

Le somiglianze con le ipotesi di recesso della disciplina del mandato, poi, si potrebbero cogliere anche sotto altri aspetti. In primo luogo, sotto il profilo della tipologia di rapporti: sia il mandato che il consenso al trattamento dei dati personali fanno sorgere un regolamento di interessi che richiede una attività di attuazione e, quindi, una fase di

⁴¹⁸ Gli studi sul recesso e i suoi effetti sono stati proseguiti dall'autore precedentemente citato in A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, pp. 423-431.

⁴¹⁹ A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 452 ss.

⁴²⁰ ID, in *ult. op. cit.*, p. 460, il quale appunto ritiene che si tratti di forme di recesso *ad nutum*.

esecuzione che si sviluppa, più o meno a lungo, nel tempo. In secondo luogo, sotto il profilo della *ratio* che ispira le ipotesi di cui agli artt. 1722 nn° 2 e 3 c.c., si possono cogliere analogie con l'art. 7 par. 4 GDPR: anche in quest'ultima ipotesi, infatti, il legislatore non richiede che vi sia stato un comportamento "inadempiente" del titolare del trattamento nell'esecuzione del trattamento o che sia sopravvenuta qualche circostanza oggettivamente impeditiva della prosecuzione del rapporto; la "revoca" potrà dipendere puramente da un cambiamento di idea dell'interessato rispetto al giudizio di bilanciamento di interessi che originariamente aveva avuto esito positivo e sulla base del quale, dunque, il trattamento era stato legittimato. D'altra parte, anche qui, come nella revoca del mandante, sussiste una esigenza di garantire preminenza alle scelte della parte del rapporto il cui interesse è prioritariamente implicato, in questo caso gli interessi personali di colui cui si riferiscono i dati personali trattati.

Ora, con quanto si è detto non si intende proporre una completa e automatica equiparazione della revoca del consenso in questione alle figure di recesso appena trattate, ma un *avvicinamento*: infatti, se nel secondo gruppo di casi si tratta di scioglimento di un rapporto contrattuale, nell'istituto qui esaminato si interrompe una relazione giuridica peculiare, derivante pur sempre da un atto unilaterale e di natura essenzialmente non patrimoniale. Ciò che, pur consapevoli di queste differenze, può giustificare tale avvicinamento di figure è costituito dal fatto che anche il consenso autorizzativo produce effetti che incidono su due sfere giuridiche in modo correlato, tali da creare un rapporto continuativo tra soggetti determinati⁴²¹: data la legittimazione del titolare al trattamento di dati personali per effetto del consenso, in capo all'interessato si crea una correlata situazione di soggezione al trattamento altrui; conseguentemente, è possibile immaginare che la "revoca" del consenso agisca su tale relazione instauratasi e non semplicemente sulla dichiarazione di volontà.

Per concludere su questo punto, in definitiva, ci sembra di poter sostenere che la revoca di cui all'art. 7 par. 4 non è affatto anomala rispetto al sistema: per le ragioni evidenziate essa presenta sì tratti di disciplina che la discostano dalla figura generale della revoca, nondimeno presenta dei caratteri che la rendono *prossima* ad altri istituti appartenenti all'area della autonomia privata, quali alcuni casi di *recesso unilaterale*, in particolare quelli con effetto di scioglimento del negozio.

Il secondo gruppo di profili problematici ha natura più applicativa e si lega alla mancanza di un espresso riferimento del legislatore a degli eventuali canoni e requisiti ai quali l'esercizio della facoltà di revoca del consenso si dovrebbe conformare⁴²².

Una parte della dottrina, infatti, ritiene che dal principio di correttezza cui il trattamento dei dati personali è ispirato (*arg. ex art. 5, par. 1, lett. a*) non discenda soltanto un generale canone di correttezza al quale interessato e titolare del trattamento dovrebbero ispirare le loro condotte nel corso del rapporto, ma anche specifici comportamenti in capo

⁴²¹ L'idea che il trattamento dei dati personali si inquadri nella dimensione del rapporto è stata avanzata in passato da G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, cit., p. 125; di recente anche da V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, cit., p. 7. Cfr. altresì V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., p. 689 ss., spec. 697, il quale ricostruisce la relazione propriamente in termini di rapporto obbligatorio; nonché ID, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022, p. 81 ss., p. 124 ss.

⁴²² Di recente se n'è occupato anche F. CAGGIA, in *op. cit.*, pp. 270-272.

all'interessato: alcuni ritengono che la revoca non possa essere efficace in mancanza di congruo preavviso⁴²³; altri ritengono che debba essere accompagnata da una indicazione di legittimi motivi⁴²⁴.

Rispetto a queste proposte, ci sembra che l'adozione di un approccio che tenga conto delle caratteristiche e del contesto dello specifico trattamento sia più appropriato: in assoluto l'introduzione di questi ulteriori requisiti nell'esercizio del potere di revoca potrebbe non escludersi, purché sussistano ragioni oggettive sulla base delle quali poter applicare in via analogica le norme che li prevedono espressamente. Il trattamento dei dati personali, infatti, per la sua dinamicità⁴²⁵ e per la sua particolare attinenza agli interessi non patrimoniali della persona può giustificare un esercizio della facoltà di revoca del consenso senza particolari condizioni. Nondimeno, non si dovrebbe negare che, in ragione del particolare contesto, in cui il singolo trattamento può essere inserito, vi siano ragioni oggettive per ritenere applicabili le condizioni del congruo preavviso o dei legittimi motivi, *id est* trattamento di dati personali nel contesto di un contratto di durata oppure trattamento per finalità di marketing o in generale commerciali, dove una connotazione anche patrimoniale degli interessi sottesi al consenso dell'interessato potrebbe ravvisarsi.

Un'ultima considerazione prima di concludere. L'art. 7, par.3, prevede che la revoca possa avvenire con la stessa facilità con cui il consenso è stato prestato: pertanto, se il consenso è stato manifestato mediante comportamenti concludenti, non si dovrebbe richiedere a pena di validità un onere di forma più complesso. Questo aspetto di disciplina costituisce un'altra dimostrazione concreta della *spontaneità* che connota il consenso al trattamento dei dati personali e la sua strumentalità alla *regolazione della propria sfera identitaria*, in quanto tale costantemente in movimento e mutevole.

3. LEGITTIMO INTERESSE E DIRITTO DI OPPOSIZIONE: SPUNTI RICOSTRUTTIVI.

Sotto la vigenza della legge n° 675/1996, autorevole dottrina⁴²⁶ suggeriva che all'interno della disciplina sulla protezione dei dati personali sussistessero meccanismi diversi dal consenso attraverso i quali esercitare l'autodeterminazione informativa: precisamente, si riteneva che quest'ultima si manifestasse anche nel diritto di opposizione al trattamento. Tale osservazione evidenzia la sua utilità anche oggi, in quanto ci offre uno spunto per verificare se, alla luce della disciplina odierna, il *diritto di opposizione* (artt. 21 e 22 GDPR) debba essere considerato espressione dell'autodeterminazione informativa nella sua "dimensione rimediabile", oppure nella sua "dimensione fisiologica"⁴²⁷. In quest'ultimo

⁴²³ Così sembra essere orientato proprio F. CAGGIA, in *op. cit.*, p. 270.

⁴²⁴ Di questo avviso G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 313.

⁴²⁵ Per un simile rilievo v. F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., p. 271.

⁴²⁶ Così S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità*, cit., pp. 598-599.

⁴²⁷ Seppure la scienza giuridica abbia messo in discussione la netta distinzione tra diritto sostanziale e processo, nonché tra azione e diritto soggettivo, così che anche l'azione è considerata espressione del potere di disporre della propria sfera giuridica (in proposito v. R. ORESTANO, *Azione in generale. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785 ss., spec. p. 822; sui rapporti tra onere della prova a principio dispositivo cfr. altresì S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 82 ss.) la distinzione che qui si propone tra "dimensione rimediabile" e "dimensione fisiologica" è volta a sottolineare come vi siano delle prerogative previste dalla disciplina sui dati personali funzionalmente dirette a reagire alla violazione dei principi ed obblighi da parte del titolare del

caso, infatti, si dimostrerebbe che il potere di determinare l'*an* e il *quomodo* del trattamento dei dati personali, e quindi l'esercizio dell'autodeterminazione informativa in una fase fisiologica del rapporto, non si esaurisca nell'istituto del consenso, ma si espliciti anche laddove quest'ultimo non può operare.

Preliminarmente a queste considerazioni, occorre chiarire che il diritto di opposizione è previsto espressamente solo all'art. 21 GDPR; l'art. 22 non si esprime direttamente in questi termini, ma una parte della dottrina⁴²⁸ ritiene che anche lo strumento previsto in questa disposizione sia riconducibile al *genus* dell'opposizione. La nostra attenzione, dunque, si concentrerà prioritariamente sul primo, ma, all'occorrenza, si svolgeranno richiami e confronti con il secondo.

È strettamente necessario, ora, mettere a sistema il diritto di opposizione con le altre norme del GDPR direttamente implicate: l'art. 21, infatti, ha un ambito applicativo circoscritto.

Al par. 1, la prerogativa dell'interessato è correlata a due condizioni di liceità specifiche (art. 6, par. 1), quali l'esecuzione di un compito pubblico o l'esercizio di un pubblico potere (lett. e) e il legittimo interesse del titolare o di un terzo (lett. f); per il suo esercizio è richiesta una motivazione dell'interessato che faccia riferimento «alla sua situazione particolare»; al par. 2, l'opposizione si riferisce unicamente al trattamento eseguito per *finalità di marketing diretto* e non è richiesta allegazione di motivazione al fine del suo esercizio. In questa sede, ci occuperemo soltanto del *legittimo interesse*, in quanto l'altra condizione richiamata al par. 1 esula dall'area di nostra competenza, presupponendo tematiche che attengono al potere pubblico.

Ora, la lett. f) dell'art. 6 introduce una condizione di liceità del trattamento *indeterminata*⁴²⁹: a differenza delle altre condizioni diverse dal consenso, in questa ipotesi il bilanciamento degli interessi contrapposti non è svolto a monte dal legislatore rispetto a circostanze definite e generali, ma è rimesso alla valutazione «comparativa»⁴³⁰ del titolare del trattamento in relazione al caso concreto⁴³¹. Nondimeno, si tratta di una condizione comunque *determinabile* in quanto essa dovrà seguire i criteri indicati dal GDPR⁴³²: occorre,

trattamento, c.d. diritti-rimedi, ed altre funzionali all'esercizio di un potere di scelta e di controllo dell'interessato in una fase fisiologica, cioè quando alcuna condotta illecita o scorretta sia stata commessa. Cfr. F. PIRAINO, *I 'diritti dell'interessato' nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2790, il quale discorre di «prerogative, ora sostantive, ora squisitamente rimediali».

⁴²⁸ In questo senso A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 243.

⁴²⁹ Per questi rilievi, v. GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile sul trattamento ai sensi dell'art. 7 della direttiva 95/46/CE*, p. 11. Si richiama tale parere in quanto la disposizione che disciplina il legittimo interesse nel GDPR non è sostanzialmente diversa da quella prevista dalla Direttiva.

⁴³⁰ In questi termini, M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità*, cit., p. 227.

⁴³¹ Si potrebbe anche prospettare che questa norma abbia sostanzialmente recepito, e forse dimostrato, la tesi elaborata in materia di cause di giustificazione per cui le condizioni rilevanti non sono soltanto quelle tassativamente previste dalla legge, ma possono anche desumersi dal sistema giuridico in relazione a circostanze specifiche e applicando l'analogia. In proposito P. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, cit., p. 596.

⁴³² Per ulteriori indicazioni circa il test comparativo sotteso all'applicazione dell'art. 6, par.1, lett. f) cfr., GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo*, cit., p. 28 ss.

infatti, che l'interesse del titolare o di un terzo sia *legittimo e prevalente* nel caso concreto rispetto agli interessi o ai diritti e libertà fondamentali dell'interessato.

Il concetto di interesse legittimo richiede delle precisazioni. Alla luce del parere reso dal GRUPPO DI LAVORO ART. 29⁴³³, si evince come per integrare l'«interesse» richiesto sia sufficiente la sussistenza di un bisogno individuale o sociale, purché concreto ed effettivo, per il quale il trattamento dei dati risulta strumentale. La posizione di tale interesse nella scala dei valori giuridici non è dirimente e si ritiene possibile tenere conto anche di interessi «di scarso rilievo», tuttavia, si richiede che si tratti comunque di un bisogno «ammesso dalla legge». Quest'ultimo «predicato»⁴³⁴, poi, non è inteso in senso letterale e restrittivo: si evince, che l'uso del termine «legge» voglia intendere piuttosto il riferimento all'«ordinamento giuridico» inteso nella sua complessità di fonti e nel suo divenire⁴³⁵.

Dati questi riferimenti ci sembra proficuo un parallelismo tra il concetto di interesse legittimo e quello di *meritevolezza degli interessi* (art. 1322 c.c.) proposto da una parte della dottrina⁴³⁶: nell'uno e nell'altro caso, infatti, si può ritenere che ciò che viene richiesto per l'esercizio di una libertà (rispettivamente, di trattamento e negoziale) sia la strumentalità ad un interesse che, a parte non essere vietato da norme imperative, ordine pubblico e buon costume, non sia anche socialmente dannoso, cioè sia almeno compatibile con l'utilità sociale.

Proprio in considerazione dell'ampiezza con cui si guarda all'interesse riconducibile al titolare del trattamento, il GDPR richiede che, perché la condizione di liceità possa essere integrata, l'interesse stesso risulti non soccombente nel bilanciamento da effettuarsi in concreto con i bisogni di protezione dell'interessato. Precisamente, il bilanciamento si sviluppa in una *valutazione di impatto* che dovrà tener conto della natura dei dati personali da trattare, delle modalità di trattamento, dell'eventuale diverso valore degli interessi da bilanciare, delle misure predisposte a garanzia dell'interessato, nonché delle «ragionevoli aspettative»⁴³⁷ che l'interessato possa farsi circa l'utilizzo o meno dei suoi dati personali in quelle specifiche circostanze, come ad esempio la sussistenza di una pregressa relazione tra interessato e titolare⁴³⁸.

In presenza dei suddetti requisiti, il trattamento dei dati personali è legittimato per le finalità predisposte dal titolare del trattamento, con la conseguenza che quest'ultimo potrà avviarlo senza che un comportamento a monte dell'interessato sia necessario. In questa

⁴³³ *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo*, cit., p. 28-30.

⁴³⁴ Il termine virgolettato è tratto da M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2011, p. 10798, la quale distingue nettamente tra «giudizio di liceità» e «predicato di meritevolezza» degli interessi che il contratto è diretto a soddisfare.

⁴³⁵ ART. 29 WPARTY, *Opinion 3/2013 on purpose limitation*, p. 20.

⁴³⁶ Per questa concezione non minimalista di interesse meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*, v. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2014, p. 253 e prima ID, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 24-26. Il contenuto e l'ambito operativo del giudizio di meritevolezza sono stati oggetto di un vasto dibattito in dottrina; per una sintesi sul punto v., M. BIANCA, in *op. ult. cit.*, p. 10789 ss.

⁴³⁷ *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo*, cit., p. 47.

⁴³⁸ Ci si può domandare se, oggi, alla luce di quanto previsto dell'art. 6, par. 4, il titolare del trattamento che intenda trattare per finalità diverse dati raccolti sulla base di una iniziale base giuridica debba ricorrere ad una nuova base giuridica come il legittimo interesse ed eseguire il bilanciamento alla luce delle «ragionevoli aspettative» dell'interessato, o se sia sufficiente avvalersi della base giuridica originaria e giustificare il trattamento ulteriore sulla compatibilità tra le finalità.

cornice, a prima vista, potrebbe sembrare che l'interessato sia sprovvisto di poteri che incidono sull'*an* e sul *quomodo* del trattamento e che, dunque, egli resti titolare solamente di prerogative che gli consentono di prevenire la lesione di suoi interessi e di reagire ad eventuali condotte illecite o scorrette del titolare, essenzialmente, di rimedi⁴³⁹.

Tuttavia, simili considerazioni possono essere superate, o almeno ridimensionate, se si accetta di non ridurre il diritto d'opposizione, senza alcuna precisazione o distinzione, ad un puro rimedio.

In primo luogo, occorre dire che una impostazione per una natura rimediale sempre e in ogni caso non sembra argomentabile neppure dal dettato letterale⁴⁴⁰. Per discorrere di "rimedio", infatti, occorrerebbe poter dire che la condotta altrui abbia violato una norma giuridica o metta ingiustamente in pericolo un interesse tutelato. Nel caso del diritto di opposizione quest'ultimo aspetto non compare univocamente: al par. 1 dell'art. 21 il legislatore prevede che l'interessato possa opporsi al trattamento sulla base di «motivi connessi alla sua situazione particolare»; pertanto, l'opposizione potrebbe assurgere a vero rimedio soltanto qualora si ritenesse che all'interno dei motivi richiamati dalla norma possano rientrare ipotesi di violazione di norme del GDPR o di comportamenti scorretti del titolare del trattamento.

In altri termini, l'opposizione può essere anche qualificata come *rimedio*, ma sul presupposto che essa è esercitata con la finalità di inibire un trattamento illecito o scorretto. Il che costituisce una possibilità, ma di certo, data la maggiore estensione dell'ambito applicativo dall'istituto dell'opposizione complessivamente inteso⁴⁴¹, non l'unica⁴⁴².

Al di fuori di queste ipotesi, invero, più remote, il diritto di opposizione non ha la funzione di reagire ad una violazione di norme giuridiche, ma quella di impedire che il titolare prosegua nell'attività di trattamento iniziata in virtù del suo legittimo interesse, fino

⁴³⁹ Un approccio puramente rimediale in proposito si deve a A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, cit., p. 232 e p. 236, il quale inquadra anche l'opposizione all'interno della categoria dei «diritti rimedi, la cui azionabilità torna ad essere condizionata alla violazione della legge e cioè all'inosservanza dei doveri primari di comportamento e non alla (mera) incidenza del dominio "riservato" al titolare del diritto (all'autodeterminazione informativa)». Di recente hanno riproposto la terminologia di Di Majo anche a proposito dell'opposizione: F. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 336 e F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, *ibidem*, p. 355.

⁴⁴⁰ Altri autori, infatti, evitano cautamente di ricorrere al termine "rimedio" in proposito dell'opposizione e le riservano uno spazio di trattazione autonoma rispetto agli altri diritti dell'interessato; tuttavia, senza specificarne o approfondirne la posizione sistematica. Così, tra gli altri, M. MESSINA, *I diritti dell'interessato*, in *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004, p. 89 ss., spec. p.103, la quale però attua un confronto con la revoca del consenso; più di recente, F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 2769, il quale, laddove intendeva ricostruire il diritto dell'interessato come "rimedio", lo ha fatto espressamente, mentre rispetto all'opposizione ha preferito discorrere di «espressione massima del potere di riappropriazione delle informazioni di carattere personale da parte dell'interessato in qualità di elemento della realtà di cui il dato personale è solo immagine».

⁴⁴¹ Infatti, né il par. 2 dell'art. 21, né l'art. 22 richiamano a qualsivoglia sindacato di liceità o correttezza.

⁴⁴² Esclude in assoluto che l'opposizione possa essere ricollegata ad una «violazione di legge» e ritiene che tale prerogativa operi soltanto rispetto a trattamenti leciti, C. LO SURDO, *Gli strumenti di tutela del soggetto «interessato» nella legge e nella sua concreta applicazione*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., p. 668. Cfr. A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, cit., p. 231, la quale riconosce alla opposizione natura di «potere inibitorio», ma sembra lasciar trasparire un approccio meno *tranchant* della Lo Surdo.

a quel momento prevalente. È proprio rispetto alle ipotesi più comuni che si inserisce il problema della natura giuridica della opposizione e del ruolo sistematico in *incipit* introdotto.

D'altra parte, questo problema non è esclusivo del settore specifico della nostra indagine, ma si deve ascrivere all'opposizione come *figura generale*. Invero, la possibilità stessa di individuare una categoria generale dell'opposizione, alla quale ricondurre unicità di struttura, unicità di effetti ed unicità di disciplina è controversa⁴⁴³. Nondimeno, nell'ambito del diritto civile si possono ravvisare dei tentativi di categorizzazione e sistematizzazione, ai quali, pertanto, occorre ora riferirsi.

La dottrina maggioritaria⁴⁴⁴ che si è occupata del tema segue un filo rosso "costante": ricostruisce la figura intorno alla categoria degli atti giuridici in senso stretto e per confronto con quella del consenso dell'avente diritto. Al di là di questi aspetti preliminari, poi, le opinioni divergono su numerosi aspetti.

In primo luogo, alcuni autori⁴⁴⁵ sostengono l'unitarietà della figura: si ritiene, infatti, che le diverse figure di opposizione siano accomunate dal fatto di costituire atti giuridici in senso stretto, leciti in quanto tramite essi il soggetto provvede a tutelare il proprio diritto, ad esercitarlo o a prevenire un pregiudizio temuto; effetto giuridico comune è quello di rendere giuridicamente illecita o lesiva una condotta difforme da quella che l'autore dell'opposizione desidera. L'esclusione della natura negoziale si deve all'idea secondo cui nell'opposizione, a differenza che nel consenso dell'avente diritto, non sussista la prescrizione di un regolamento per l'avvenire secondo una delle funzioni dell'autonomia privata. In definitiva, le diverse ipotesi di opposizione si limiterebbero a conservare l'integrità della sfera giuridica dell'opponente nello stato in cui si trovava prima del comportamento altrui.

Altri⁴⁴⁶, all'opposto, ritengono che, pur dovendosi distinguere tra diverse figure di opposizione alla luce della loro diversa disciplina, nessuna di esse possa essere avvicinata al negozio giuridico: anche laddove si ammettesse che l'opposizione specificatamente considerata si configuri sostanzialmente come un ritiro di permesso, essa dovrebbe essere comunque considerata come un atto di esercizio del diritto, in quanto lo stesso permesso da ritirare è considerato privo del carattere della negozialità.

⁴⁴³ Ammette che se ne possa dare una nozione comune, ma che al suo interno vi siano figure eterogenee per contenuti e natura giuridica, G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., p. 394; in senso analogo, A. PALERMO, voce *Opposizione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1968, p. 1061, il quale sostanzialmente accoglie una definizione comune, ma poi riconosce differenze tra le singole ipotesi rispetto a struttura e scopi. Cfr. V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 170, il quale afferma che: «La diversità degli effetti [...] non esclude però che sussista sul piano dell'efficacia un momento unificatore comune sia per le opposizioni generiche, sia per le opposizioni specifiche [...] un effetto che attiene alla illiceità dell'atto compiuto malgrado l'opposizione».

⁴⁴⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 74 ss.; G. MIRABELLI, in *op. ult. cit.*, p. 394 ss., spec. 401; V. PANUCCIO, in *op. cit.*, p. 162 ss., il quale sostiene, però, che il consenso dell'avente diritto sia un permesso e, in definitiva, anch'esso un atto giuridico in senso stretto. Cfr. A. PALERMO, voce *Opposizione (diritto civile)*, cit., pp. 1060-1061, il quale inserisce l'opposizione nella categoria della legittima difesa, cioè negli strumenti atti a contrastare la pretesa altrui infondata o non tutelata rispetto ad un bene che è oggetto dell'interesse comune, avvicinandola così al rimedio; tuttavia, la conclusione non è automatica perché contestualmente egli afferma che la legittima difesa si possa esprimere in «precetti di autonomia».

⁴⁴⁵ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 76-77.

⁴⁴⁶ Per questa opinione, v. V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 162 ss., spec. 164.

Infine, vi è chi⁴⁴⁷ adotta un approccio più articolato. Si ritiene di poter elaborare una nozione comune di opposizione come «atto con il quale si fa conoscere l'intenzione che altri non faccia alcunché», ma che al suo interno l'ordinamento riconosce «atti di contenuto svariatisimo e di natura differente»: da una parte, infatti, vi sarebbero delle *opposizioni improprie*; dall'altra, *opposizioni proprie*.

Precisamente, nelle prime rientrerebbero ipotesi di diniego di consenso e, quindi, di atti negoziali⁴⁴⁸. Tale tesi è argomentata sulla base del fatto che spesso l'ordinamento ammetta che attività che ledono o possono ledere l'interesse altrui, e che in astratto dovrebbero essere compiute col consenso dell'avente diritto, vengano avviate senza quest'ultimo e che possano proseguire legittimamente finché egli non faccia "opposizione" entro un certo termine. La mancanza di consenso iniziale verrebbe prevista dalla legge nell'interesse generale che certe attività vengano compiute con massima sollecitudine. La natura negoziale dell'opposizione a rigore deriva dal fatto che l'ordinamento dà rilievo alla mancanza di diniego di consenso, e quindi ad un consenso tacito⁴⁴⁹.

Per converso, le figure di opposizione propria sarebbero accomunate da un contenuto inibitorio e dal fatto che, benché ognuna con le proprie peculiarità, da esse discenderebbero effetti non impegnativi, né determinati dal loro autore, ma esclusivamente dalla legge⁴⁵⁰. In altri termini, nei limiti delle differenze di funzione e di disciplina di ciascuna, le opposizioni proprie avrebbero in comune proprio la natura non negoziale.

Questa tesi presenta degli indubbi vantaggi, in quanto evidenzia la necessità di differenziare all'interno di una categoria apparentemente unitaria e perché mostra come vi possano essere delle *affinità* tra figure distinte, *id est* opposizione e consenso⁴⁵¹. Nondimeno ci sembra doveroso mettere in evidenza come la negazione assoluta della natura negoziale anche alle opposizioni proprie, cioè quelle che – per nostra comodità – individuiamo nelle figure che non richiamano in alcun modo il consenso dell'avente diritto, non sia inconfutabile.

Infatti, come già osservato⁴⁵², né la predeterminazione legale degli effetti, né l'irrevocabilità o non recedibilità dall'atto costituiscono il *proprium* del negozio giuridico: esso si ravvisa piuttosto nel fatto di essere uno strumento di regolazione della propria sfera di interessi nei rapporti con altri e con il quale si introduce un precetto per i comportamenti futuri. D'altra parte, neppure una sostanziale differenza di effetto e di funzione si ravvisa tra opposizione "propria" e consenso dell'avente diritto: infatti, entrambe le figure, così come

⁴⁴⁷ Così G. MIRABELLI, in *op. ult. cit.*, p. 394 ss.

⁴⁴⁸ L'A., infatti, qualifica il consenso dell'avente diritto come un negozio giuridico, v. G. MIRABELLI, in *op. ult. cit.*, pp. 297-300.

⁴⁴⁹ ID, in *op. cit.*, p. 395.

⁴⁵⁰ ID, in *op. cit.*, p. 401. L'A. vi inserisce: l'opposizione del creditore del dividendo (art. 1113 c.c.), l'opposizione del terzo (art. 1180, comma 2 c.c.), l'opposizione dell'amministratore disgiuntivo delle società a responsabilità illimitata (art. 2257 c.c.) e l'opposizione al pagamento o all'adempimento (art. 2906, comma 2 c.c.).

⁴⁵¹ Affinità che sono state colte anche dal GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo*, cit., pp. 52 e 53, spec. 103, ove si assimila l'opposizione alla revoca di consenso e, in generale, si discorre della prima come espressione di «autodeterminazione» dell'interessato e di «autonomia».

⁴⁵² V. §§ 2.1 e 2.5.

descritte dalla autorevole dottrina che rispetto ad esse ravvisa natura giuridica diversa⁴⁵³, hanno l'effetto di qualificare come illecito un comportamento altrui e di regolare una situazione di conflitto attuale o potenziale tra sfere giuridiche distinte.

Per concludere su questo punto, allora, si potrebbe anche prospettare di ammettere che le opposizioni proprie siano qualificabili come negozi giuridici e, quindi, come atti di autonomia privata, qualora si rinvenisse in esse, caso per caso, il connotato di un *precetto*.

Ora, ci sembra che l'opposizione di cui agli artt. 21 e 22 GDPR, quando esercitata allegando motivazioni che non attengono alla condotta scorretta o illecita del titolare oppure per inibire il trattamento per finalità di marketing diretto, possa presentare i caratteri di un *negozio giuridico* analogo al consenso al trattamento. Infatti, sia che la si configuri come diniego di consenso, sia che la si configuri come figura autonoma, l'opposizione in questione presenta una dimensione regolatoria non "rimediale": tramite essa, infatti, l'interessato sceglie di imprimere sul comportamento futuro del titolare del trattamento una valutazione di illiceità in concreto che fino a quel momento non v'era e gli ordina di astenersi, da quel momento in poi, dalle operazioni di trattamento giustificate sulla base giuridica dell'interesse legittimo; in altri termini, l'opposizione introduce una diversa regola ad un rapporto che fino a quel momento sussisteva e si svolgeva legittimamente.

In definitiva, se essa configuri un diniego di consenso, oppure una opposizione che dal consenso prescinde è questione che dipende dal modo di qualificare la natura dell'attività di trattamento fino a quel momento legittimata. Infatti, se si accetta che l'attività di trattamento è in generale libera e, dunque, lecita⁴⁵⁴; nonché, se si ritiene che il legittimo interesse sia una base giuridica autonoma e ulteriore rispetto a quella del consenso⁴⁵⁵, l'opposizione si configura sì come un negozio giuridico diverso dal consenso, ancorché analogo. In altri termini, l'opposizione non diretta a reagire contro una condotta illecita o scorretta può costituire uno strumento a sé di autonomia privata dotato di una funzione non "rimediale", ma "ostativa" di attività legittime.

Prima di concludere, vorremmo fare due ultime precisazioni.

In primo luogo, seguendo le coordinate della dottrina fino a questo momento richiamata⁴⁵⁶, ci sembra che proprio con riguardo all'opposizione di cui all'art. 22 GDPR si ricada in una ipotesi di diniego di consenso. Infatti, nell'ipotesi in questione l'opposizione costituisce uno strumento che sembra presupporre la presenza di un divieto implicitamente introdotto dal legislatore. Quest'ultimo, d'altra parte, può essere derogato soltanto in presenza di un consenso esplicito, o di altre condizioni espressamente indicate dal GDPR.

In secondo luogo, in una fase prodromica della ricerca era stato anticipato come dalla disciplina del GDPR emerga che la decisione che i dati personali siano destinati a finalità commerciali non sia prerogativa esclusiva dell'interessato, dal momento che rispetto a tale destinazione possono operare ulteriori condizioni di liceità. Ora, se l'opposizione dimostra la permanenza dell'autodeterminazione, anche nelle ipotesi nelle quali il trattamento dei dati personali sia stato eterodeterminato, questa conclusione ha ancora più significato quando il

⁴⁵³ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 77, nonché p. 591.

⁴⁵⁴ V. § 1.1.

⁴⁵⁵ V. § 1.2.

⁴⁵⁶ Cfr. V. PANUCCIO, in *op. cit.*, pp. 164-165, nonché G. MIRABELLI, in *op. cit.*, pp. 394-395.

legittimo interesse costituisce la condizione di liceità di un trattamento destinato a finalità di marketing diretto⁴⁵⁷. Per tramite dell'opposizione, in definitiva, l'autonomia del singolo rispetto ad una destinazione dei suoi dati personali a trattamenti dai quali ricavare utilità economiche, se non opera "in entrata"⁴⁵⁸, si mantiene preservata mediante strumenti che agiscono "in uscita".

Infine, sempre con riguardo alla condizione del legittimo interesse per finalità di marketing diretto, si potrebbe anche prospettare che, ammesso che l'attività di trattamento di dati comuni non costituisca attività vietata e che, per conseguenza, le disposizioni che disciplinano le basi giuridiche diverse dal consenso non costituiscano eccezioni a divieti, tale condizione di liceità venga interpretata estensivamente ed applicata anche per finalità commerciali diverse dal marketing diretto e che l'art. 21, par. 2, GDPR sia applicato in via analogica, o forse addirittura estensiva, anche nei suddetti casi.

4. CONTRATTO TRA INTERESSATO E TITOLARE COME CONDIZIONE DI LICEITÀ: PROSPETTIVE RICOSTRUTTIVE.

La ricostruzione proposta sul diritto di opposizione ha consentito di evidenziare un primo punto di caduta dell'idea per cui il potere di autonomia dell'interessato sui dati personali non si esaurisca nello strumento del consenso. In questa parte, ci vorremmo dedicare ad un'ultima ipotesi rispetto alla quale sostenere che il potere di autonomia dell'interessato operi in ordine alla circolazione dei dati personali è meno immediato.

L'art. 6, par. 1, lett. b) individua nelle trattative precontrattuali o nel contratto un presupposto di legittimazione del trattamento: tale condizione di liceità è diretta a permettere che un trattamento dei dati personali abbia luogo senza il consenso unilaterale dell'interessato⁴⁵⁹ e in ragione della *necessità* di trattamento che la relazione contrattuale⁴⁶⁰ instaurata, o che si intende instaurare, tra l'interessato e il titolare richiede.

Ora, tale disposizione solleva due questioni che possono essere correlate fra loro. Prima di tutto, ci si chiede se il termine «necessità» debba essere inteso restrittivamente o se la condizione di liceità del contratto possa coprire anche ipotesi nelle quali il trattamento non costituisce una modalità indispensabile per le trattative precontrattuali o per l'esecuzione del contratto, ma è strumentale al perseguimento di finalità accessorie al servizio, come la profilazione e il marketing indiretto; inoltre, ci si chiede se in questo contesto il trattamento dei dati personali sia effettivamente «eterodeterminato», cioè se debba essere inteso come

⁴⁵⁷ Considerando (47): «[...] Può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di marketing diretto».

⁴⁵⁸ Espressioni analoghe in V. CAREDDA, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, cit., p. 1077.

⁴⁵⁹ Cfr. D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 12, 2019, p. 2786, la quale sottolinea che «la volontà di rilasciare i dati funzionali all'attuazione del contratto è sottesa al compimento dell'atto di autonomia privata e, dunque, è riconducibile all'accordo e non ad una manifestazione unilaterale di volontà». Forse si sarebbe potuto precisare che il trattamento è correlato al compimento dell'atto di *autonomia contrattuale*.

⁴⁶⁰ Si tratta, nella intenzione del legislatore, di una relazione che non ha come oggetto principale il trattamento dei dati personali.

una ipotesi in cui il potere decisionale dell'interessato non ha alcun rilievo rispetto al trattamento dei dati personali.

Per quanto attiene alla prima questione, una parte della dottrina⁴⁶¹ adotta un approccio restrittivo: si ritiene, infatti, che il concetto di necessità vada inteso come *indispensabilità* del trattamento rispetto all'esecuzione delle misure precontrattuali richieste dall'interessato oppure del contratto; conseguentemente, i trattamenti che – ancorché non indispensabili – ne consentano una «migliore esecuzione» non sarebbero giustificati alla luce dell'art. 6, par. 1, lett. b).

Invero, una simile conclusione non sembra appagante, in quanto, da una parte, sembra sottendere l'idea che le condizioni di liceità costituiscano eccezioni ad un divieto, dall'altra, perché non fornisce un reale criterio per stabilire come e fino a che limite ricorrere alla lett. b). A questo proposito sono utili le osservazioni dell'EDPB⁴⁶², il quale più che adottare un approccio indiscriminatamente restrittivo, promuove una interpretazione “protettiva” ispirata al principio dell'effetto utile⁴⁶³. Precisamente, il comitato indica i criteri sulla base dei quali eseguire l'applicazione della norma.

Preliminarmente, si afferma che la condizione di liceità in questione debba essere interpretata alla luce del *principio di correttezza*, il quale impone di tenere conto (ancora una volta) delle «ragionevoli aspettative» dell'interessato circa il trattamento, date le caratteristiche con le quali quest'ultimo è predisposto e il contesto specifico⁴⁶⁴. In ordine al concetto di necessità del trattamento rispetto al contratto, si afferma che esso debba essere *inteso in senso oggettivo* e che debba essere *valutato* alla luce della «*ratio esatta del contratto*, ossia la sua sostanza e il suo obiettivo fondamentale». Si dovrà, pertanto, tener conto dell'effettivo accordo intervenuto tra le parti rispetto al suo oggetto principale e delle ragionevoli aspettative e prospettive che un contraente medio possa farsi rispetto ai trattamenti di dati personali che dall'esecuzione o conclusione di un contratto specifico possono sorgere⁴⁶⁵.

Tale interpretazione, ancorché fortemente diretta a tutelare la posizione dell'interessato, sposta sostanzialmente il fulcro della decisione, circa l'applicabilità della legittimazione contrattuale ad un certo trattamento di dati personali, sulla valutazione di elementi che sono nel controllo delle due parti, cioè l'oggetto, se non la causa, del contratto, in quanto è sulla base di essi che si effettuerà successivamente il giudizio di necessità. In definitiva, quanto più gli elementi essenziali del contratto si caratterizzeranno per dei profili

⁴⁶¹ M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., pp. 222-223; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., p. 2786, la quale afferma che: «*Il ricorso al contratto come condizione legittimante del trattamento va rigorosamente circoscritto*».

⁴⁶² EDPB, *Linea guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati*, cit., p. 6 ss, ove si afferma che l'art. 6 debba essere interpretato alla luce dell'obiettivo del GDPR di garantire il diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato.

⁴⁶³ Principio richiamato dall'EDPB, *Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (Art. 65 GDPR)*, adottata il 5 dicembre 2022 e reperibile al www.europa.eu, p. 29.

⁴⁶⁴ EDPB, *Linea guida 2/2019*, cit., §§ 11 e 12.

⁴⁶⁵ EDPB, *Linea guida 2/2019*, cit., §§ 28-33.

che presuppongono l'uso di informazioni personali, tanto più il contratto stesso potrà essere considerato la condizione di liceità anche dei relativi trattamenti⁴⁶⁶.

Le osservazioni sulla prima questione indicata ci conducono all'esame della seconda e ultima questione indicata in questa sede.

Secondo una prima visione⁴⁶⁷ nell'ipotesi di cui all'art. 6, par. 1, lett. b) il trattamento dei dati personali sarebbe *eterodeterminato*: il legislatore avrebbe individuato tale condizione di liceità per recepire quelle situazioni di necessità, comuni nella vita di relazione, nelle quali è legittima l'ingerenza di terzi nella propria sfera giuridica, *sub specie* di sfera identitaria. In questa prospettiva, si dovrebbe concludere che l'autodeterminazione informativa non operi e che l'autonomia contrattuale esercitata dall'interessato per concludere il contratto non abbia alcun legame con il trattamento dei dati personali in quanto esercitata rispetto ad altro oggetto o ad altri scopi.

Ora, senz'altro non può negarsi che la condizione di liceità costituita dal consenso e quella del contratto costituiscano due espressioni di autonomia privata diverse, tuttavia, ritenere una totale estraneità della seconda alla gestione della sfera identitaria del soggetto ci sembra eccessivo⁴⁶⁸.

Una parte della dottrina⁴⁶⁹ ha di recente osservato come, rispetto a dei comportamenti (consensi) non direttamente rivolti verso un certo trattamento di dati personali, o almeno verso certi suoi risultati, un legame tra quest'ultimo e l'autonomia dell'individuo sia comunque sostenibile: infatti, il risultato realizzatosi per effetto del trattamento consentito si potrebbe riferire comunque all'interessato accettando l'autoresponsabilità come un principio generale dell'ordinamento⁴⁷⁰ che può operare al di là dell'ambito contrattuale. Il trattamento ulteriore, o comunque non conosciuto dall'interessato, sarebbe a lui attribuibile non per l'operare di un rischio, ma proprio per effetto dell'autoresponsabilità che dalla manifestazione del consenso consegue.

Ora, chiedendo che ci venga consentito, potremmo provare ad applicare questi principi e ragionamenti anche alla condizione di liceità di cui all'art. 6, par. 1, lett. b). Alla luce delle indicazioni fornite dall'EDPB, si potrebbe prospettare che, nei casi nei quali l'accordo concluso tra le parti in relazione ad un certo oggetto principale presenti delle caratteristiche tali (es. contesto digitale o comunque automatizzato, servizio della società

⁴⁶⁶ Si veda EDPB, *Linea guida 2/2019*, § 57, ove si ammette che la personalizzazione dei contenuti possa essere considerato un trattamento necessario per l'esecuzione di un contratto, alla luce delle sue specificità. Cfr. EDPB, *Binding Decision 3/2022*, cit., ove si è affermato che per le modalità con le quali il contratto di Meta Platform per l'eregazione del servizio Facebook era stato predisposto ed offerto, cioè come un servizio di comunicazione tra utenti della community, la profilazione per pubblicità mirata non poteva essere legittimata alla luce dell'art. 6, par. 1, lett. b).

⁴⁶⁷ M. DELL'UTRI, in *op. cit.*, p. 221, secondo il quale l'art. 6 introdurrebbe con la c.d. legittimazione contrattuale una ipotesi di «trattamento dei dati personali condotto senza (o contro) la volontà dell'interessato».

⁴⁶⁸ Cfr. A. SATTLER, *Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR*, in *Data as a Counter Performance – Contract Law 2.0?*, edited by Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer, *Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Baden-Baden, 2020, p. 225 ss., spec. p. 241 ss., il quale propone di inquadrare le lett. a), b) e f) dell'art. 6, par. 1, all'interno di due estremi, quali l'autonomia e l'eteronomia: l'art. 6, par. 1, lett. b) opererebbe nel mezzo e non dovrebbe essere considerato come una ipotesi pura di eterodeterminazione del trattamento.

⁴⁶⁹ Così V. CAREDDA, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, cit., p. 1078.

⁴⁷⁰ EAD, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, cit., p. 121.

dell'informazione) da rendere però ragionevolmente prospettabile un trattamento di dati personali che non sia esattamente indispensabile all'esecuzione del contratto, quest'ultimo si ponga non come un rischio del contratto, ma come una conseguenza riferita sulla base dell'autoresponsabilità che opera in relazione al contratto.

In questa prospettiva, si potrebbe anche ritenere che l'autonomia contrattuale, per la necessità prevedibile di trattare dati personali che in alcuni casi da essa può conseguire, possa costituire una forma di manifestazione indiretta di autonomia del singolo sui dati personali.

Queste considerazioni, d'altra parte, non dovrebbero implicare di ritenere anche che la conclusione di un contratto possa costituire presupposto per un trattamento indiscriminato di dati personali, supportato dall'idea che indirettamente il contratto costituisca una scelta dell'interessato sul trattamento. Rispetto a queste ipotesi il limite all'operatività dell'autoresponsabilità sembra rinvenibile nel GDPR e nell'interpretazione che l'EDPB ha dato rispetto al giudizio di *necessità*: ossia la ragionevole prevedibilità ed aspettativa di trattamento che l'interessato può farsi rispetto al contratto concluso.

5. DIVIETO DI TRATTAMENTO DEI DATI SENSIBILI E CONDIZIONI DI LICEITÀ: SPECIFICI PROFILI DEL CONSENSO.

Il trattamento dei dati sensibili è oggetto di specifiche disposizioni, in particolare quelle contenute nell'art. 9 GDPR. Anche in questo contesto l'autodeterminazione informativa svolge un ruolo decisivo, in quanto il consenso dell'interessato è indicato come prima condizione che giustifica il trattamento (par. 2, lett. a). In questo contesto, tuttavia, il consenso si confronta con un divieto espresso del legislatore, il che richiede di svolgere delle considerazioni in proposito.

Il par. 1 dell'art. 9 esordisce con un *divieto di trattamento* di dati personali rientranti in c.d. categorie particolari, cioè di quei dati che per il loro contenuto risultano sensibili, ossia creano dei rischi, rispetto all'esercizio di diritti e libertà fondamentali dell'interessato⁴⁷¹ (c.d. dati sensibili). Il ruolo stesso di questo divieto non è pacifico, come pure il suo impatto circa la natura delle condizioni indicate al par. 2, in presenza delle quali si ammette il trattamento.

Secondo una tesi⁴⁷², che muove dall'idea che l'ordinamento riconosca un diritto di trattare dati personali altrui, l'art. 9, par. 1, non introduce una qualifica di illiceità dell'attività che consiste nel trattamento di dati sensibili, né le condizioni di cui al par. 2 dovrebbero essere intese come cause scriminanti della stessa: queste ultime, piuttosto, introdurrebbero dei criteri di bilanciamento di interessi contrapposti, alla stregua di quelli previsti dall'art. 6,

⁴⁷¹ Così considerando (51) GDPR. Secondo la giurisprudenza di legittimità e parte della dottrina le tipologie di dati indicate espressamente nell'art. 9 non racchiudono tassativamente il novero dei dati sensibili, in quanto la categoria generale deve essere intesa come una categoria mobile che si evolve all'evolversi delle modalità con le quali si assiste nella società a delle concrete forme di discriminazione tra individui. In proposito si segnala: Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2001, n. 19365, ove si afferma che il dato sulla salute del figlio che costituisca per il genitore fonte di benefici o situazioni particolari che lo espongono a possibili discriminazioni da parte della società costituisca per il genitore stesso dato sensibile; nonché, in dottrina, M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., pp. 240-242.

⁴⁷² Così F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, cit., pp. 129-130, spec. nota 53.

par. 1, che, in quanto presenti, costituiscono presupposti di legittimazione dell'attività di trattamento.

Tale impostazione si scontra con altre opinioni, le quali tengono conto del dato letterale e di alcuni argomenti sistematici.

Secondo un altro orientamento⁴⁷³ l'art. 9 introduce propriamente un *divieto* generale e, in seguito, delle *deroghe* ad esso. L'idea della natura di divieto non è frutto soltanto di una interpretazione letterale, in quanto essa è argomentata dal fatto che la disposizione in questione costituisce espressione del principio di riservatezza della vita privata (e quindi di divieto di ingerenza) desumibile dall'art. 8 CEDU.

La norma solleva anche altri problemi. Come si può cogliere da una prima lettura del par. 2, l'art. 9 introduce delle condizioni di liceità molto ampie e generali, talché si potrebbe dire che l'obiettivo perseguito dal divieto di garantire una maggiore protezione dell'interessato in ragione del contenuto dei dati personali sia *in nuce* frustrato.

Il GRUPPO DI LAVORO ART. 29 ha offerto delle indicazioni utili anche in proposito: si ritiene, infatti, che non tutte le deroghe introdotte dall'art. 9 siano *più rigorose* rispetto alle condizioni di cui all'art. 6; conseguentemente, poiché l'obiettivo della norma è garantire una maggiore protezione dell'interessato, laddove le singole condizioni previste per il trattamento dei dati sensibili non conseguano questo effetto, esse dovrebbero essere applicate congiuntamente a quelle previste per il trattamento di dati comuni⁴⁷⁴. Per fare un esempio, ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. d), il titolare del trattamento che costituisca un partito politico sarebbe legittimato a trattare i dati sensibili dell'interessato nell'ambito delle attività del partito; tuttavia, secondo il GRUPPO DI LAVORO, «ciò non significa che qualsiasi trattamento effettuato nel campo di applicazione di tale disposizione sia necessariamente legittimo. Occorre valutare separatamente questa disposizione» e il titolare del trattamento dovrebbe dimostrare, in ipotesi, che il trattamento dei dati è necessario all'esecuzione di un contratto (articolo 6, lettera b) o che prevale il suo interesse legittimo ai sensi dell'articolo 6, lettera f).

Invero, l'idea che l'attività di trattamento di dati sensibili sia vietata dall'ordinamento suscita qualche perplessità, non tanto dal punto di vista sistematico⁴⁷⁵, quanto dal punto di vista pratico e dell'effettività delle norme: infatti, considerata la estrema dinamicità dell'attività di trattamento, soprattutto negli attuali contesti tecnologici, nonché la relatività stessa della qualificazione di un dato come sensibile o meno⁴⁷⁶, risulta difficile una segmentazione delle qualificazioni giuridiche. Si potrebbe prospettare, allora, che tutte le attività di trattamento dei dati personali siano lecite e libere, ma che incontrino dei limiti posti dal fatto che esse incidono sulla sfera identitaria dell'interessato: nel caso dei dati

⁴⁷³ Così GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Parere 6/2014*, cit., pp. 7-8, nonché p. 17. Nel senso del «divieto» e delle «eccezioni» ad esso, v. M. DELL'UTRI, in *op. cit.*, p. 231, nonché p. 238 ss.

⁴⁷⁴ Si riporta un esempio tratto dal *Parere 6/2014*, cit., p. 18:

⁴⁷⁵ La dottrina, sin dalle prime legislazioni in materia di dati personali, afferma come sia opportuno individuare un *nucleo duro della privacy* al quale applicare regole più stringenti, come il divieto. In proposito, fra tutti, S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1972, p. 75 ss.; ID, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 571 ss., con particolare riguardo ai dati genetici.

⁴⁷⁶ V. Cap. Primo, §1.

comuni tali limiti sarebbero attenuati, tal ch  si giustifica la mancanza di un riferimento espresso al divieto; nel caso dei dati sensibili, invece, il riferimento al divieto costituirebbe un modo per giustificare una interpretazione restrittiva della condizioni di liceit  alla luce della pi  accentuata rilevanza della *forma della riservatezza*⁴⁷⁷ alla base del diritto alla protezione dei dati personali.

Nondimeno, potendoci basare ora soltanto sul dato normativo e volendoci limitare al problema pratico pi  consistente, si pu  dire che, in definitiva, si dovrebbe valutare caso per caso se l'applicazione delle deroghe di cui all'art. 9 sia sufficiente al fine di garantire una protezione pi  rigorosa nel trattamento, o se vadano applicati cumulativamente artt. 9 e 6.

Prima di concludere,   necessaria qualche ultima considerazione rispetto al consenso operante in questo ambito.

Una riguarda la *forma*: l'art. 9, par. 2, infatti, prevede un «consenso esplicito». Rispetto ai requisiti formali del consenso in generale si   gi  detto; in questa sede   utile precisare che, non essendo espressamente previsto,   dubitabile intendere che la norma imponga un onere di forma scritta a pena di validit ; per converso,   coerente ritenere che, data l'esigenza di maggiore protezione dovuta dalla natura dei dati sensibili, sia richiesta la presenza almeno di una *dichiarazione*, ossia di una manifestazione di volont  mediante segni linguistici.

L'ultimo aspetto da considerare si lega ad una ipotesi specifica, ossia quella in cui, data la natura peculiare della fonte dei dati personali, il consenso al trattamento dei dati sensibili "interferisce" con altre figure di consenso. Il problema che si pone   sostanzialmente quello di stabilire quale sia il rapporto intercorrente tra consenso al trattamento di dati personali e consenso al distacco ed utilizzo di campioni biologici, laddove dal campione biologico si possano estrarre dati sensibili, tra i pi  evidenti quelli sullo stato di salute, quelli biometrici e quelli genetici. La questione   stata posta in duplice prospettiva⁴⁷⁸: prioritariamente dal lato del campione biologico, poi dal lato del dato sensibile, in particolare quello genetico. Entrambe le prospettive del dibattito hanno dimostrato una tendenza alla *indistinzione*⁴⁷⁹.

Infatti, rispetto al tema dei campioni biologici,   stato prospettato⁴⁸⁰ che ad essi dovesse applicarsi il regime dei dati personali, in particolare quello dei dati genetici. Una

⁴⁷⁷ V. Cap. Primo,  3.2.

⁴⁷⁸ Per un approccio multidisciplinare (medico, giuridico, etico e filosofico) al tema dei campioni biologici, v. AA. VV., *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n  speciale 2016, Roma, 2016. All'interno di quest'opera, nella prospettiva civilistica che ci interessa, si sono occupati del problema dello statuto giuridico dei campioni biologici partendo dalla dimensione materiale: A. NICOLUSSI, *Campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, cit., p. 145 ss., spec. p. 151 ss.; M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo*, cit., p. 207 ss. Per contro, muove dalla dimensione del dato personale: G. BIANCHI CLERICI, *I campioni biologici nei provvedimenti dell'Autorit  Garante per la Protezione dei Dati Personali. Le informazioni genetiche*, cit., p. 169 ss. Cfr. V. RICCIUTO, *Campioni biologici e trattamento dei dati personali*, cit., p. 159 ss., il quale osserva in tono critico come nella prospettiva della disciplina sulla protezione dei dati personali la dimensione materiale del campione biologico non sia concepita come autonoma rispetto a quella informazionale.

⁴⁷⁹ Come segnala V. CAREDDA, «Solo il divino   totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, cit., p. 31 ss. Di «ipotesi di confine» discorre A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., p. 140.

⁴⁸⁰ Ci riferiamo all'equivoco creato dalle passate autorizzazioni del Garante della privacy, ove si affermava che, laddove fosse stato revocato il consenso al trattamento dei dati personali, il campione biologico

disciplina organica dei campioni biologici, infatti, non esiste né sul piano normativo nazionale, né sul piano normativo internazionale. D'altra parte, rispetto al tema dei dati sulla salute e genetici, vi è chi propone di applicare *sic et simpliciter* anche ad essi il regime di gratuità della cessione previsto per i campioni biologici e le altre parti del corpo⁴⁸¹.

Più di recente, però, una parte attenta della dottrina⁴⁸² ha preso atto della necessità di *distinguere*: in primo luogo, di ribadire la diversità ontologica tra le entità della cui disposizione si tratta; in secondo luogo, di evidenziare la diversità dei consensi e dei relativi regimi. Conseguentemente, si ammette che i campioni biologici abbiano una natura corporale e che essi debbano essere valutati alla luce di questa dimensione; d'altra parte, si deve concludere che il regime di "gratuità" interessi i campioni biologici e non i dati ricavabili da essi.

Quest'ultima conclusione non esclude che rispetto ai dati genetici sussista un regime analogo a quello delle parti staccate del corpo⁴⁸³, ma neppure questo dovrebbe comportare una assimilazione totale, né che da questo avvicinamento dipenda poi una omogeneizzazione all'interno degli stessi dati sensibili. Diversamente, infatti, si giungerebbe ad imporre un trattamento analogo a quello delle parti staccate del corpo a dati che, per le loro caratteristiche intrinseche, si avvicinano più ad altri diritti della personalità morale, come l'onore, la reputazione e l'immagine, *id est* i dati relativi alle opinioni politiche, religiose, sindacali ecc.; oppure a dati personali che nella realtà commerciale costituiscono ogni giorno una fondamentale fonte di ricavo, come i dati relativi alla salute⁴⁸⁴.

6. AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA E AUTONOMIA PRIVATA SUI DATI PERSONALI: PRIME CONCLUSIONI.

L'esame fino a qui condotto su alcune specifiche condizioni di liceità del trattamento dei dati personali ha messo in evidenza la presenza, all'interno di una disciplina volta a garantire l'«autodeterminazione informativa», di poteri che in vario modo evocano «l'autonomia come potere dinamico del soggetto a riguardo della sua sfera giuridica»⁴⁸⁵.

dal quale erano stati estratti dati genetici dovesse essere distrutto. In proposito v., GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Autorizzazione n. 8/2016 – Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici*, 15 dicembre 2016, reperibile su www.garanteprivacy.it, §6.

⁴⁸¹ Così I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., p. 56, la quale afferma che «lo statuto giuridico del corpo umano sembra attrarre anche le informazioni relative al corpo». Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, p. 5 ss.; ID, *Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona*, in *Il trattamento algoritmico dei dati. Tra etica, diritto ed economia*, cit., p. 55 ss.; A. MAGNI, *Riservatezza e autodeterminazione nella partecipazione alla ricerca scientifica*, Napoli, 2012, p. 75 ss.

⁴⁸² Ci riferiamo principalmente alle opinioni di R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, cit., p. 3 ss. e di V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, cit., p. 31 ss, nonché 37 ss. Osservazioni nel senso della distinzione si ravvisano anche in A. CORDIANO, *Biobanche di ricerca e modelli regolativi*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 1/2018, §2 ss.

⁴⁸³ Tesi che potrebbe essere sostenuta alla luce delle indicazioni fornite dall'art. 8 della *Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani* dell'UNESCO, adottata il 16 ottobre 2003, ove è stabilito che il consenso al trattamento dei dati genetici è libero da incentivi di natura economica o di profitto.

⁴⁸⁴ Si pensi ai modelli di business basati sulla profilazione dei dati relativi alla salute, come le app per lo sport o per il monitoraggio dei valori corporei.

⁴⁸⁵ Espressioni tratte da C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., pp. 1037-1038.

In alcuni casi, infatti, strumenti c.d. di autodeterminazione, quali il consenso al trattamento e il diritto di opposizione, hanno evidenziato una sostanziale corrispondenza al negozio giuridico unilaterale non patrimoniale, per struttura, effetti e funzioni. In altri casi, lo strumento contrattuale ha evidenziato un collegamento con l'autodeterminazione, nella misura in cui si può ravvisare nella manifestazione di volontà a concludere un contratto un comportamento sufficiente ai fini dell'imputazione a titolo di autoreponsabilità di un certo trattamento di dati personali e dei suoi effetti.

Ora, se le somiglianze tra strumenti c.d. di autodeterminazione informativa e istituti dell'autonomia privata non si limitano all'apparenza, ci sembra di poter concordare con quella dottrina che inquadra i primi nel concetto stesso di autonomia privata⁴⁸⁶: le peculiarità delle regole riferite a tali atti, allora, sono solo il naturale riflesso delle «implicazioni personali» delle situazioni giuridiche in essi coinvolte, ma non ne giustificano una estraneità di campo. Se queste considerazioni fossero condivisibili, per conseguenza, potremmo proporre di discorre, più che di autodeterminazione informativa, di *autonomia privata sui dati personali*.

Da ciò, in conclusione, si potrebbero ricavare anche ulteriori conseguenze applicative. Intanto, l'appartenenza degli istituti dell'autodeterminazione informativa all'area della autonomia privata costituisce un primo argomento per giustificare l'applicazione in via analogica di discipline previste in altri settori dell'autonomia privata laddove le regole del GDPR siano lacunose. Ad esempio, nelle varie ipotesi di mancanza dei requisiti del consenso (art. 4, par. 1, n°11), onde escludere l'applicazione generalizzata di un rimedio invalidatorio liberamente individuato dall'interprete, si potrebbe procedere ad applicare le diverse discipline previste in altri settori, come cause di nullità, generale o speciale, di inefficacia, di annullabilità o di rescindibilità, ma che siano sostanzialmente simili al caso considerato tanto da giustificare l'applicazione in via analogica.

Infine, dall'area dell'autonomia privata, secondo i confini che oggi le sono tracciati intorno, è possibile trarre ulteriori spunti ricostruttivi. La dottrina⁴⁸⁷, infatti, ha di recente riconosciuto un ambito più esteso all'area dell'autonomia: al suo interno non vi rientrerebbe soltanto il negozio giuridico, ma anche l'atto reale, in qualità di autoregolamento di interessi che si realizza mediante un comportamento attuoso.

Rispetto agli istituti fino a qui esaminati ci sembra che si possa proporre un ulteriore parallelismo con l'autonomia privata anche laddove in apparenza non vi sarebbe un atto libero. Ci riferiamo al comportamento costituito dalla comunicazione dei dati personali: in numerosi casi, essa non è altro che un atto esecutivo di un dovere di comunicazione (es. art. 6, par. 1, lett. b e c), quindi non può costituire espressione di autonomia privata. Nondimeno, vi è una ipotesi nella quale essa potrebbe configurarsi come frutto di una libera scelta dell'interessato e, in definitiva, come espressione di autonomia: si tratta del caso in cui, posta la sussistenza di un legittimo interesse del titolare del trattamento prevalente sugli interessi

⁴⁸⁶ Ci riferiamo all'opinione di A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., p. 133 ss. L'A., infatti, inquadra gli atti con i quali il soggetto decide su i suoi profili corporali e morali come «atti di autonomia personale» e ravvisa nell'autodeterminazione per lo più un valore/principio cui essi tendono (v. p. 135, p. 148).

⁴⁸⁷ Si tratta dell'autorevole opinione di A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 24 ss.

di protezione dell'interessato ad un primo giudizio di bilanciamento, l'interessato abbia facoltà di opporsi o meno al trattamento.

Se le nostre premesse non sono errate, ci sembra di poter sostenere, allora, che in questi casi la comunicazione dei dati personali possa dirsi atto libero e che, se colorata di una funzione regolativa della propria sfera identitaria, possa rilevare come atto reale, *sub specie* di mancanza di opposizione al trattamento o di diniego di consenso che dir si voglia, e, quindi, come atto di autonomia privata sui dati personali.

CAPITOLO TERZO

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE SUI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. Autonomia contrattuale e dati personali: fenomeni pratici e riscontri normativi. – 2.1. I contratti di fornitura interessati allo sfruttamento commerciale di dati personali. Profili strutturali e causali. – 2.2. Contratto di licenza per l'utilizzo di dati personali. Osservazioni critiche. – 2.3. Obbligo a prestare il consenso al trattamento di dati personali. Osservazioni critiche. – 2.4. Dal collegamento negoziale alla promessa condizionata al consenso al trattamento. Oltre la corrispettività in senso stretto. – 2.5. *Segue*. Ulteriori osservazioni sullo scambio condizionale. – 2.6. *Segue*. Rapporti tra discipline e profili applicativi. – 3. Gli accordi di condivisione dei dati: una ipotesi di confine? – 4.1. Confronto con alcune esperienze straniere. L'area tedesca. – 4.2. *Segue*. L'area francese.

1. AUTONOMIA CONTRATTUALE E DATI PERSONALI: FENOMENI PRATICI E RISCONTRI NORMATIVI.

La riconduzione prospettata dell'autodeterminazione informativa all'area dell'autonomia privata ci consente di avvicinare gli strumenti della prima agli istituti della seconda e di ipotizzare non solo l'applicazione in via analogica di discipline relative a specifici negozi giuridici o ad altri atti di autonomia privata nei campi di nostro interesse, ma anche di formulare ulteriori sviluppi ricostruttivi. Precisamente, l'appartenenza allo stesso *genus* consente di valutare se ed in che modo anche in relazione al trattamento di dati personali sia predicabile la pluralità di modelli negoziali e, in definitiva, di indagare in che modo dal negozio unilaterale autorizzativo non patrimoniale si possa giungere al *contratto* per lo sfruttamento economico dei dati personali⁴⁸⁸.

Le indagini precedenti hanno condotto ad alcune conclusioni. In primo luogo, alla luce del GDPR il dato personale sembra costituire per l'interessato una entità attribuitagli al fine di soddisfare esigenze preminentemente esistenziali, *sub specie* identitarie: che il dato personale costituisca una risorsa economica è una eventualità e, soprattutto, l'allocazione delle utilità patrimoniali da essa ricavabili non costituisce obiettivo di tale disciplina⁴⁸⁹. In secondo luogo, è emerso come nel consenso al trattamento sussiste un effetto autorizzativo che, sebbene non idoneo a far nascere in capo al titolare del trattamento una situazione giuridica soggettiva che garantisce in modo stabile e diretto il godimento del dato

⁴⁸⁸ L'incertezza degli interpreti su questi punti è stata riscontrata già da G. RESTA, *Contratto e persona*, cit., p. 71.

⁴⁸⁹ Cap. Primo, §§ 3.4 e 4.2. In senso analogo, di recente, v. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 42, il quale afferma che: «il fenomeno in questione non è stato disciplinato al fine di attribuire nuove risorse economiche tra i consociati, ma al solo fine di prescrivere norme imperative di condotta rispetto ad una certa attività, il trattamento dei dati personali»; v. altresì F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 161 ss., il quale osserva come i dati personali rilevino nella disciplina sulla protezione dei dati personali come beni oggetto di un'attività di accesso e trattamento e non di appropriazione.

personale⁴⁹⁰, consiste nella rimozione di un ostacolo all'esercizio della facoltà di trattamento dei dati personali dal quale possono ricavarsi utilità economiche.

D'altra parte, si è osservato come l'ordinamento giuridico interno individui nel contratto e nell'obbligazione dei criteri normativi alternativi ai "diritti di monopolio" con i quali l'individuo può appropriarsi di risorse patrimoniali⁴⁹¹. In relazione a ciò, si è colto l'insegnamento della dottrina⁴⁹² secondo il quale una connotazione patrimoniale in senso giuridico di una certa *entità* sia possibile solo se prioritariamente si riscontri nel mercato uno scambio di domanda e offerta in relazione ad essa. Conseguentemente, traslando tali osservazioni sul piano che qui interessa, si rende necessario valutare quando l'uso del dato personale determina delle utilità tali da acquisire un valore di mercato e tali per cui il dato stesso, *rectius* l'uso che se ne rende possibile, si pone nelle condizioni di essere valutato anche come un bene giuridico patrimoniale attribuito all'interessato⁴⁹³.

Alla luce di quanto detto, dunque, prima di discorrere di autonomia contrattuale nella materia di questa indagine, è opportuno tracciare, seppur sinteticamente, i contorni dei fenomeni pratici nei quali i dati personali determinano uno scambio di domanda e offerta.

Una recente analisi della realtà socio-economica ha dimostrato come il valore economico e sociale del dato non dipenda dal dato in sé e per sé, ma dall'uso che di esso è fatto⁴⁹⁴. Volgendo lo sguardo ai modelli economici più diffusi, infatti, si può riscontrare come il dato personale fornito dall'interessato acquisti un valore di mercato in due serie principali di casi: (a) quando il trattamento è destinato ad una finalità commerciale, *sub*

⁴⁹⁰ Da ultimo F. GIGLIOTTI, *Diritti personali di godimento*, cit., p. 62 ss., il quale, all'interno dell'area in cui il godimento non costituisce un elemento della fattispecie, ma un mezzo di soddisfazione di interessi meritevoli di protezione, distingue tra casi nei quali l'ordinamento formalizza l'interesse al godimento di cosa altrui in una corrispondente situazione effettuale che garantisce la conservazione del godimento medesimo e casi nei quali tale formalizzazione non avviene e il godimento è meramente autorizzato o tollerato.

⁴⁹¹ Cap. Primo, § 4.3.

⁴⁹² Così M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 667 ss., il quale attribuisce al mercato il ruolo di «misura oggettiva dell'appropriazione qualificata».

⁴⁹³ Come affermato in un'altra sede del lavoro (v. Cap. Secondo, § 1.1), non v'è dubbio che i dati personali possano costituire componenti di un bene giuridico in senso economico allocato a soggetti diversi dall'interessato (es. dati personali contenuti di una banca dati oggetto di un diritto di esclusiva *sui generis*, oppure dati personali che compongono l'oggetto di un diritto di brevetto industriale, oppure ancora dati personali che compongono l'oggetto di un segreto commerciale ecc.): essi, in quanto tali, possano circolare in determinati mercati di cui l'interessato non è "parte". Inoltre, dal punto di vista economico, la dottrina osserva come oggi i dati personali siano spesso oggetto dei c.d. mercati a doppio versante: il primo versante è quello che riguarda le relazioni commerciali tra persona fisica cui si riferiscono i dati personali raccolti e impresa che li raccoglie prima di ogni rielaborazione, il secondo versante è quello che riguarda i rapporti tra impresa che li raccoglie (c.d. intermediario di dati) e impresa il cui modello economico si basa sulla rielaborazione dei dati comunicati. Sul tema dei mercati dei dati a doppio versante, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Do data Markets Exist?*, cit., p. 22 ss., spec. 31 ss. In questa indagine, ci si occuperà solo di questo primo versante del mercato (c.d. mercato primario), in quanto è proprio rispetto ad esso che si pone la questione della rilevanza del bene dato personale anche come risorsa patrimonialmente allocabile in capo all'interessato.

⁴⁹⁴ In questo senso WORLD ECONOMIC FORUM, *Unlocking the Value of Personal Data: From Collection to Usage*, Geneve, 2013, p. 12: «This requires a shift in thinking from focusing on data protection to enabling data empowerment. It will require a shift from controlling data collection to focusing on data usage. Lastly permissions, controls and trustworthy data practices need to be established that enable the value-creating applications of data but prevent the intrusive and damaging ones. *Data itself does not create value or cause problems; its use does*». Per analoghi rilievi nella dottrina giuridica italiana v. C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2019, p. 620 ss.

*specie pubblicitaria*⁴⁹⁵; oppure (b) quando è diretto alla rielaborazione del dato personale attraverso l'interconnessione con altre informazioni al fine di creare nuove conoscenze⁴⁹⁶.

Occorre precisare, però, che quest'ultima serie di casi nasce nel contesto digitale e presuppone che il dato personale sia rappresentato in una certa forma: infatti, solo quando il dato è espresso in *forma digitale* ha la capacità intrinseca di essere rielaborato ed aggregato continuamente e rapidamente e, così, di costituire un *fattore di produzione*⁴⁹⁷ per l'economia rispetto al quale si crea uno scambio di domanda e offerta.

Le due ipotesi di rilevanza economica del dato personale, invero, spesso si sovrappongono; tuttavia, almeno in via preliminare ed astratta, è bene tenerle distinte.

Infatti, sebbene oggi la pubblicità commerciale personalizzata sia basata sulla creazione di profili dinamici della clientela⁴⁹⁸, si deve sottolineare come non in ogni trattamento per finalità commerciale la rielaborazione del dato è necessaria. Nel marketing diretto, ad esempio, la rilevanza economica del dato personale può prescindere dalla sua forma digitale o meno, nonché dal carattere dinamico o statico dello stesso⁴⁹⁹: ai fini di tale trattamento, infatti, sarà sufficiente che l'impresa raccolga dati statici come gli identificativi dell'interessato; l'utilità commerciale del dato personale consiste nella pura possibilità per l'impresa di promuovere e commercializzare prodotti o servizi nei confronti del soggetto identificato i cui dati sono raccolti.

D'altra parte, la raccolta di dati ai fini di rielaborazione non sarà sempre strumentale alla finalità pubblicitaria, ma potrà prestarsi ad altri scopi commerciali.

⁴⁹⁵ Con il termine «finalità commerciale» si tende a racchiudere tutti i trattamenti delle imprese diretti in senso ampio alla promozione di prodotti e servizi: all'interno rientrano, dunque, la commercializzazione diretta (c.d. marketing diretto), la fidelizzazione della clientela, la pubblicità mirata basata sull'osservazione del comportamento del cliente nel tempo. Per una efficace sintesi rispetto a tali modalità di sfruttamento economico dei dati personali v. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 51 ss., il quale, tuttavia, esclude che in caso di trattamento per finalità di marketing diretto si possa ricondurre un valore economico rilevante e, pertanto, circoscrive la sua riflessione alle finalità di pubblicità commerciale più complesse.

⁴⁹⁶ Per questi rilievi v. I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contr. impr.*, 2, 2021, pp. 603-604; pp. 1-2; G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, in *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola, V. Paganelli, Torino, 2022, pp. 58-59; A. MORETTI, *Il valore dei dati nell'European Data Strategy: sviluppo della persona, dinamiche di mercato e benessere sociale*, *ivi*, pp. 93-94, il quale sottolinea come non sia solo una questione di quantità di dati, ma di modalità innovative con le quali vengono trattati.

⁴⁹⁷ In proposito v. le *Comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: "Verso una florida economia dei dati"*, adottata a Bruxelles il 2 luglio 2014, p. 1 ss., spec. 4, ove si afferma che «i dati, una volta registrati, possono essere riutilizzati più volte, senza perdita di fedeltà. Tale generazione di valori aggregati è al centro del concetto di catena del valore dei dati» e «*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*», adottata a Bruxelles il 19 febbraio 2020, p. 1 ss., spec. 7, ove si afferma che il dato digitale è «fattore di produzione fondamentale».

⁴⁹⁸ Per una definizione di pubblicità comportamentale on line, v. GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale on line*, adottato il 22 giugno 2010, ove si afferma che: «La pubblicità comportamentale prevede il tracciamento degli utenti durante la navigazione in rete e, nel tempo, la creazione di profili che vengono successivamente utilizzati per fornire agli utenti contenuti pubblicitari che rispondono ai loro interessi».

⁴⁹⁹ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 52; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 159 ss. Tali autori, infatti, ritengono irrilevante la rilevanza economica del dato personale statico e non profilato o associato: ciò probabilmente in quanto circoscrivono il concetto di *valore di mercato* a quello di *prezzo*.

Ora, l'altro aspetto dei fenomeni pratici esaminati che è necessario evidenziare, prima di affrontarlo in prospettiva giuridica, si riferisce al tema dell'eventuale valore pecuniario dei dati personali e della natura della controprestazione che le imprese-titolari del trattamento si impegnano ad eseguire quando il cliente-interessato fornisce dati personali che verranno trattati per finalità pubblicitarie o per essere rielaborati.

Una parte della dottrina⁵⁰⁰, in proposito, distingue tra due modelli di business: un primo modello si caratterizzerebbe per la remunerazione della fornitura di dati personali non mediante corrispettivo pecuniario, ma tramite offerta di servizi o contenuti digitali (c.d. *zero-price services*); un secondo modello si caratterizzerebbe, invece, per la corresponsione di un valore monetario a fronte del consenso a condividere i propri dati personali con terzi e a consentire loro la rielaborazione (c.d. *data intermediation*).

A tale utile descrizione ci sembra opportuno aggiungere delle precisazioni. In primo luogo, una considerazione di natura preliminare: come anticipato, non tutti gli utilizzi di dati personali per scopi commerciali si svolgono in ambiente digitale o necessitano una rappresentazione dei dati in forma digitale. Se è vero che il futuro è proiettato verso queste forme, non si può negare l'esistenza e la permanenza di altri fenomeni pratici di patrimonializzazione dei dati personali che si svolgono in assenza di una loro rappresentazione digitale⁵⁰¹. In secondo luogo, una considerazione di merito: la distinzione tra i modelli viene tracciata sulla base del fatto che mentre nel primo la fornitura di dati personali non ha un corrispettivo pecuniario, nel secondo l'interessato lo conseguirebbe.

Alla luce dell'odierno stato in cui si trovano gli accordi riconducibili al secondo modello, sembra difficile poter affermare che la fornitura di dati personali trovi corrispettivo in una prestazione pecuniaria: infatti, anche in questi casi si riscontra la corresponsione di vantaggi economici diversi⁵⁰², non direttamente un prezzo. Ciò che piuttosto sembra tener distinti i due modelli è il ruolo che la fornitura di dati personali svolge nel contesto della relazione contrattuale: rispetto al primo, infatti, l'oggetto principale dell'accordo ricade sull'erogazione di un servizio o di un bene, quindi sulla prestazione del professionista; nell'ambito del secondo modello, invece, l'oggetto principale dell'accordo ricade direttamente sulla gestione e condivisione di dati personali.

A fronte di questi fenomeni riscontrabili nella prassi, dunque, occorre interrogarsi sulla natura giuridica delle fattispecie nelle quali la fornitura di dati personali, costituendo un risultato cui mirano le imprese, acquista un valore di mercato e sulla disciplina ad esse applicabile. Ci si chiede, in sintesi, se il valore fattuale di controprestazione che la fornitura di dati personali acquista nella realtà odierna dei mercati, corrisponda alla c.d.

⁵⁰⁰ Ci riferiamo ai contributi di G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, cit., p. 61 ss., nonché p. 69 ss.; nonché di F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2021, p. 213 ss.

⁵⁰¹ Il marketing diretto, infatti, non necessita automaticamente che i dati siano rappresentati in forma digitale: tale finalità può essere raggiunta anche se i dati sono analogici in quanto ciò che rileva è la possibilità di recapitare la pubblicità al soggetto desiderato.

⁵⁰² Ci riferiamo ai benefici economici sotto forma di estrazioni a premio erogati dalle c.d. *infomediaries* a fronte del consenso alla profilazione dei dati personali; in proposito v. le condizioni generali di ErnieApp e Weople. Prima un fenomeno analogo si può riscontrare nel modello delle c.d. *fidelity cards*.

patrimonializzazione⁵⁰³ avvenuta rispetto agli attributi immateriali della persona come nome, immagine e voce⁵⁰⁴, oppure se rispetto ad essa presenti tratti differenziali.

Dal punto di vista legislativo non sussiste una disciplina organica, né una qualificazione espressa di tali modelli, tuttavia, sussistono dei primi riconoscimenti normativi che, seppur parziali e riferiti ad ambiti circoscritti, offrono all'interprete direttrici sulle quali elaborare delle ricostruzioni. In primo luogo, l'art. 3, par. 1, Dir. (UE) 770/2019 ha esteso la disciplina dei rimedi risolutivi prevista per i contratti di fornitura di servizi e contenuti digitali anche ai modelli economici basati sulla erogazione di servizi o contenuti digitali a fronte della fornitura di dati personali⁵⁰⁵. In secondo luogo, il Reg. (UE) 868/2022 agli artt. 10 e 2 nn. 10) e 11) ha introdotto delle disposizioni relative ai servizi di intermediazione per la condivisione di dati digitali, anche personali, prevedendo che essa possa realizzarsi anche mediante "accordi" tra interessato e utente dei dati⁵⁰⁶.

Di tali disposizioni, dunque, si dovrà tener conto nel prosieguo dell'indagine. Soprattutto, in via preliminare, ci sembra opportuno segnalare che, benché disciplinanti settori e fattispecie diverse, entrambe le fonti normative richiamate convergono nel dettare dei criteri da considerare al momento di valutare delle proposte ricostruttive. Da una parte, sia la Direttiva (Considerando n° 38) che il Regolamento (Considerando n° 7; art. 1 par. 3) stabiliscono che, nel disciplinare delle fattispecie ove è contemplato lo sfruttamento economico dei dati personali, *non sono introdotte nuove basi giuridiche* che legittimino il trattamento rispetto a quelle previste nel GDPR. Dall'altra, sia la Direttiva (art. 3, par. 8, cpv. 2) che il Regolamento (art. 1 par. 3) stabiliscono un *principio di prevalenza* della disciplina sulla protezione dei dati personali rispetto a quelle da essi introdotte.

⁵⁰³ Per la definizione del termine ci sia consentito rinviare alla definizione di G. CORNU, *Patrimonialisation*, in *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} ed., PUF, 2020, p. 261: «*La tendenza di un attributo della personalità, elemento extrapatrimoniale per sua natura (nome, immagine di una persona, ecc.), ad avere un valore apprezzabile in denaro derivato dal valore proprio della persona (il suo know-how, le sue capacità, il suo talento), ma con un'utilità economica che essa sola ha il diritto di sfruttare attraverso convenzioni con terzi (fenomeno di *contrattualizzazione e patrimonializzazione), come diritto intangibile di godimento, il monopolio legale di questo potenziale economico.*» (trad. nostra). Nella dottrina italiana ricorre al termine «patrimonializzazione» rispetto ai dati personali, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., p. 689 ss.

⁵⁰⁴ Per i riferimenti bibliografici in proposito v. Cap. Primo § 3.3., spec. nota 156; nonché in questo Capitolo, § 2.2.

⁵⁰⁵ Ci riferiamo in particolare, al secondo periodo dell'art. 3, par. 1, il quale stabilisce: «*La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti.*». Per un primo approccio alla Direttiva e al dibattito che ha condotto alla sua approvazione, v. G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 411 ss.

⁵⁰⁶ In particolare, ai nostri fini, rileva l'art. 2 n. 10) ove si definisce condivisione dei dati come: «*La fornitura di dati da un interessato un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo congiunto o individuale di tali dati, sulla base di accordi volontari o del diritto dell'Unione o nazionale, direttamente o tramite un intermediario, ad esempio nel quadro di licenze aperte o commerciali, dietro compenso o a titolo gratuito.*». Sul Regolamento "governance dei dati", v. G. RESTA, *La regolazione digitale nell'Unione Europea – Privato, collettivo, nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, p. 971 ss., spec. p. 976 ss.

2.1. I CONTRATTI DI FORNITURA INTERESSATI ALLO SFRUTTAMENTO COMMERCIALE DI DATI PERSONALI. PROFILI STRUTTURALI E CAUSALI.

Il modello commerciale di sfruttamento economico dei dati personali attualmente più diffuso, e sul quale concentreremo principalmente la nostra attenzione, consiste nella fornitura di servizi o beni in vista della possibilità di trattare per finalità *lato sensu* commerciali i dati personali. Sebbene il nucleo di tale fenomeno abbia avuto origine in ambiente analogico (*id est*, i programmi di fidelizzazione della clientela che prevedono l'erogazione di sconti o omaggi⁵⁰⁷), la nostra attenzione si focalizzerà sull'ambiente digitale⁵⁰⁸. Ciò essenzialmente per due ragioni.

Da una parte, perché l'espansione di questi modelli interessa principalmente il mercato digitale: si pensi ai servizi di *cloud computing*, alle newsletter di prodotti, ai canali di informazione via Internet, alle piattaforme di condivisione di video e file audio in streaming. Dall'altra, perché è in questo ambito che sussistono gli unici dati normativi (di natura sia euro-unitaria sia nazionale) dai quali è possibile trarre delle iniziali coordinate per sviluppare delle proposte ricostruttive a livello giuridico del fenomeno.

Il primo e principale dato normativo da cui prendere le mosse è la Dir. (UE) 770/2019. Al fine di rafforzare la protezione dei consumatori in ambito digitale, il legislatore europeo ha introdotto un complesso di regole specifiche per i contratti di fornitura di servizi o contenuti digitali. In particolare, ha stabilito i requisiti di conformità che il servizio o il contenuto digitale fornito deve presentare e i rimedi contrattuali esperibili dal consumatore in caso di difformità o inadempimento totale da parte dell'operatore economico (ossia la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno).

Ciò che a noi interessa, però, è la previsione della estensione della suddetta disciplina ai "casi" nei quali il consumatore non corrisponde un prezzo, ma fornisce, o si impegna a fornire, dati personali per finalità ulteriori rispetto alla necessaria esecuzione del contratto o all'adempimento di obblighi legali, cioè per finalità che consentono all'operatore economico di ricavare utilità economiche (art. 3, par. 1, cpv. 2)⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Per una ricostruzione del fenomeno delle fidelity cards nella prospettiva della disciplina sulla protezione dei dati personali, v. GARANTE DELLA PRIVACY, "*Fidelity card*" e garanzie per i consumatori. Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione, Prov. gen., 24 febbraio 2005, reperibile al www.garanteprivacy.com.

⁵⁰⁸ Il parallelismo tra i programmi di fidelizzazione della clientela in ambiente analogico e i contratti di fornitura di servizi o contenuti in ambiente digitale è evidenziato da S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 171; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 137 ss.

⁵⁰⁹ È bene precisare che, anche rispetto all'intero mercato digitale, i dati normativi considerati offrono solo uno spaccato del fenomeno considerato. Infatti, la Dir. (UE) 770/2019 introduce regole soltanto per i rapporti tra operatori economici e consumatori; inoltre, come emerge dai Considerando 19 e 25 essa non si applica a tutte quelle ipotesi nelle quali l'uso per fini commerciali dei dati personali prescinde da una fornitura di un servizio o contenuto digitale, come i casi di navigazione on line ove il *provider* inoltra anche pubblicità commerciale sulla base della installazione di cookies tecnici. Per delle riflessioni sistematiche rispetto a quest'ultimo argomento v. G. MARINO, *Internet e tutela dei dati personali: il consenso ai cookie*, in *juscivile*, 2, 2020, p. 398 ss.

Rispetto al problema della c.d. patrimonializzazione dei dati personali⁵¹⁰, la Direttiva risolve alcuni problemi, ma ne lascia aperti degli altri⁵¹¹.

Dal punto di vista dei problemi risolti, essa ha il ruolo di aver inquadrato tali relazioni nell'ambito dei *rapporti giuridici*. Infatti, l'assenza di un corrispettivo pecuniario, ma soprattutto l'esonero da responsabilità per inadempimento, o da garanzie per il consumatore, che molti degli operatori economici che forniscono servizi o contenuti digitali *zero price* prevedevano all'interno delle loro *policy*, aveva indotto la stessa dottrina ad ipotizzare l'inquadramento dei modelli commerciali anzidetti all'interno dei rapporti di cortesia⁵¹².

Invero, va detto che, se anche la Direttiva non avesse compiuto un formale riconoscimento, non vi sarebbero stati molti dubbi che tali relazioni si inserissero all'interno di un rapporto giuridico: da una parte perché, se anche tali operazioni economiche fossero considerate in definitiva come gratuite, l'ordinamento riconosce diversi tipi di contratti gratuiti, nonché ammette i contratti gratuiti atipici⁵¹³; dall'altra perché la previsione di clausole deresponsabilizzanti l'operatore economico espone queste ultime ad un giudizio di invalidità⁵¹⁴, *sub specie* di nullità, ma non per questo ne esclude la rilevanza giuridica.

Nondimeno, crediamo che l'estensione di una disciplina giuridica in operazioni economiche operanti in "zone grigie" del sistema abbia un importante ruolo sistematico. In primo luogo, perché, sancendone espressamente la rilevanza giuridica ed equiparando le fattispecie ai fini degli effetti, risolve un problema sostanziale di tutela e riduce le possibilità di abuso delle parti contrattuali forti, spesso interessate a che tali modelli siano percepiti come "fuori dal mondo del diritto". In secondo luogo, perché, trattandosi di rimedi tipicamente previsti per contratti a prestazioni corrispettive, si introduce un motivo per interrogarsi in ordine alla esistenza di analoghi presupposti tecnico-giuridici in fattispecie dichiarate diverse.

È proprio questo secondo rilievo che conduce verso i problemi di natura teorico-sistematica lasciati aperti e sui quali si concentra il dibattito dottrinale.

⁵¹⁰ Il dibattito che ha preceduto l'adozione del testo definitivo della Direttiva ha riguardato essenzialmente il tema della configurabilità dei dati personali, oggetto di un diritto fondamentale, anche come entità patrimonialmente rilevanti e idonee a costituire una controprestazione anche dal punto di vista giuridico. Per una sintesi v. G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 412 ss.

⁵¹¹ Critici verso l'approccio adottato nella Dir. (UE) 770/2019, 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.*, 3, 2019, p. 503; S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies e 135 vices-ter c. cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 6, 2022, p. 1509, ove osserva che «la direttiva imposta il problema ma non lo risolve».

⁵¹² L'ipotesi del tutto astratta e teorica di inquadrare tali rapporti al di fuori di una relazione economico-giuridica è stata esposta in senso critico da C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 52 ss.; nonché da G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 417-420.

⁵¹³ Sulla riconducibilità dei contratti gratuiti atipici all'area degli interessi meritevoli di tutela, v. C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 909 ss.; nonché V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 61 ss.

⁵¹⁴ In diverse sedi, infatti, l'ordinamento "sanziona" le clausole dirette alla deresponsabilizzazione assoluta di una delle parti: si pensi agli artt. 1341-1342, nonché agli artt. 1229 e 2698 c.c.; oppure all'elenco delle clausole vessatorie di cui all'art. 33 cod. cons. Sintetizza efficacemente la *ratio* di queste disposizioni S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 359.

In primo luogo, la Direttiva solleva un *problema di ricostruzione formale della fattispecie*: da una parte, nell'estenderne l'ambito applicativo in relazione alle ipotesi che coinvolgono lo sfruttamento economico di dati personali il legislatore europeo non utilizza il termine «contratto», ma si esprime nei termini di «caso in cui» (v. art. 3, par. 1, cpv. 2); inoltre, non qualificando la fonte della cessione dei dati personali, ma affermando l'applicazione del GDPR e delle sue condizioni di liceità (v. art. 3, par. 8), richiama inevitabilmente, prima fra tutte, la fattispecie del consenso al trattamento di cui all'art. 6, par. 1, lett. a) GDPR. Tale formulazione, dunque, mette in dubbio la possibilità di inquadrare queste fattispecie nell'ambito di un unico contratto⁵¹⁵ da cui discendono immediati effetti contrattuali interdipendenti e apre la strada verso *modelli alternativi* nei quali il consenso al trattamento, o l'alternativa base giuridica che legittimerebbe l'uso dei dati personali, resta distinto e non è assorbito nella fattispecie contrattuale.

In secondo luogo, e per conseguenza, pone un problema di qualificazione degli interessi perseguiti dall'operazione economico-giuridica⁵¹⁶, cioè, nel nostro sistema giuridico, un *problema di causa*.

Da una parte, da alcuni elementi normativi si desume l'esclusione di una assimilazione della fornitura dei dati personali alle altre prestazioni contrattuali: l'attuale art. 3, par. 1, cpv. 2 omette, a differenza della Proposta di Direttiva⁵¹⁷, l'uso del termine «controprestazione» in riferimento alla fornitura di dati personali e si limita ad una descrizione del contenuto dell'accordo («[...] *l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico* [...]»). Dall'altra, la Direttiva estende ai casi di nostro interesse regole e alcuni⁵¹⁸ rimedi, esperibili da parte del consumatore, che si ispirano a quelli dei contratti con prestazioni corrispettive: *id est*, la risoluzione per la mancata fornitura del servizio o contenuto digitale (artt. 5 e 13); il diritto al ripristino della conformità del servizio o contenuto digitale, in alternativa alla risoluzione del contratto in caso di difformità (artt. 7, 8, 9 e 14). In definitiva, ci si chiede se, a fronte di un avvicinamento alla disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, sussista corrispettività in senso normativo o puro scambio economico, nonché se sia rinvenibile anche una causa onerosa ovvero si resti nell'ambito della gratuità⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Per analoghi rilievi, C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., p. 507.

⁵¹⁶ Sulla rilevanza sistematica della categoria della "operazione economica", v., per tutti, E. GABRIELLI, voce *Contratto e operazione economica*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VI agg., Torino, 2011, p. 243 ss.

⁵¹⁷ V. Art. 3 e considerando (13) della *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale*, del 9 dicembre 2015, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu. L'idea della fornitura dei dati personali come «controprestazione in senso tecnico di un contratto» è sostenuta anche da T.A.R. Lazio, 10 gennaio 2020, nn° 260 e 261, reperibile su dejure.it

⁵¹⁸ Il rimedio del diritto alla riduzione del prezzo in caso di difetto di conformità è evidentemente escluso dall'estensione ai casi in cui il consumatore fornisce dati personali per ragioni ontologiche (v. art. 14). Sulle ulteriori differenze di regime v. § 2.6 di questo Capitolo.

⁵¹⁹ La dottrina che si è occupata di tali qualificazioni è ormai d'accordo sul riconoscere una differenza di piani sui quali operano le categorie della corrispettività-liberalità e dell'onerosità-gratuità. In proposito, G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, terza rist., 1999, p. 29 ss., spec. p. 40 ss. e p. 63 ss., il quale configura onerosità e gratuità come

Infine, la Direttiva sancisce un criterio di prevalenza della disciplina sulla protezione dei dati personali rispetto a quella consumeristica introdotta (art. 3, par. 8), tuttavia, non stabilisce a monte se i rapporti tra le due debbano essere intesi come antitetici o coordinati, né come poi in concreto debba darsi applicazione dello stesso criterio di prevalenza al momento dell'interferenza tra singoli istituti⁵²⁰.

Tali profili problematici restano aperti anche a seguito della attuazione della Direttiva⁵²¹ all'interno del Codice di consumo italiano (artt. 135-*octies* ss.)⁵²². Il legislatore italiano, infatti, sembra essersi limitato ad una pura trasposizione delle disposizioni di fonte europea con poche variazioni linguistiche. In primo luogo, l'art. 135-*octies* sostituisce il termine "impegnarsi a fornire dati personali" con quello di "obbligarsi a fornire dati personali"; tuttavia, come si vedrà⁵²³, non è pacifico che quest'ultimo alluda alla categoria dell'obbligazione in senso tecnico e che con tale termine si sia inteso configurare un contratto oneroso a prestazioni corrispettive. In secondo luogo, l'art. 135-*vicies-ter* omette di regolare le ricadute a livello contrattuale dell'interferenza con la disciplina sulla protezione dei dati personali, rinviando *sic et simpliciter* alla disciplina del Codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia del contratto. Considerato, dunque, lo scarno quadro normativo interno, proseguiremo l'indagine avvalendoci del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi intorno al testo della Direttiva.

2.2. CONTRATTO DI LICENZA PER L'UTILIZZO DI DATI PERSONALI. OSSERVAZIONI CRITICHE.

Prima dell'introduzione della Dir. (UE) 770/2019 una parte della dottrina ha proposto di ricostruire alcuni dei fenomeni di sfruttamento commerciale di dati personali sviluppatosi nella prassi come dei contratti di scambio di licenze d'uso⁵²⁴. Precisamente, si propone di configurare i contratti di *social network* come contratti sulla base dei quali l'operatore economico concede una licenza d'uso sul software della piattaforma e il consumatore concede una licenza d'uso per fini commerciali dei suoi dati personali. Sebbene si tratti di una tesi elaborata in relazione a fattispecie specifiche, essa può essere utilmente generalizzata per esaminare il fenomeno dei contratti di fornitura di servizi o contenuti digitali interessati alla fornitura di dati personali nella sua interezza.

valutazioni economiche che qualificano il tipo di acquisto, mentre corrispettività e non corrispettività come qualificazioni dell'atto che esprimono l'interdipendenza o meno tra attribuzioni patrimoniali. In senso analogo, più di recente, V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit. p. 57 ss., spec. nota 177, la quale, però, osserva che, slegandoci dalla premessa per cui il sacrificio che caratterizza l'onerosità implichi una certa consistenza economica, possiamo accettare che tutti i contratti corrispettivi siano onerosi.

⁵²⁰ Su questo aspetto v. § 2.6.

⁵²¹ In quanto tale, infatti, la Direttiva costituisce una fonte normativa incompleta e destinata all'attuazione all'interno dei singoli paesi membri.

⁵²² Rileva la «lacunosità endemica» dell'attuazione italiana della Direttiva nel Codice del consumo, S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies e 135 vicies-ter c. cons.*, cit., p. 1519.

⁵²³ Tale tesi verrà esposta nel § 2.3.

⁵²⁴ Per questo orientamento, v. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 89, nonché pp. 99-100, la quale prende spunto dalla teoria di G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 4 ss. Cfr. I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., p. 88 ss., nonché 100 ss., la quale, tuttavia, non discorre mai apertamente di «contratto», bensì di «atti a contenuto complesso», anche patrimoniale.

L'opinione esaminata muove dalla teoria del doppio regime di circolazione degli attributi della personalità e dall'idea di un diritto di monopolio nello sfruttamento commerciale della persona sui suoi attributi immateriali. Si afferma, con il limite delle informazioni personali riferibili al corpo (dati genetici e dati relativi alla salute), l'estraneità dei dati personali dal principio di gratuità e dalla logica della extra-patrimonialità cui gli atti di disposizione sul corpo e le sue parti sarebbero soggetti⁵²⁵ e si ritiene, conseguentemente, che l'interessato possa disporre del suo diritto di monopolio concedendo ad altri dei diritti derivati sui dati personali.

Sulla base di queste premesse si ritiene che il consenso manifestato dal consumatore al momento della conclusione del contratto di servizi (*id est*, l'adesione al sito di *social network*) abbia una «funzione ben più ampia»⁵²⁶ rispetto a quella di pura condizione di legittimazione del trattamento e che «la disposizione della privacy e dei dati personali» sia valutabile anche come oggetto di un contratto di licenza d'uso. Dal punto di vista causale, si considera il contratto in questione come un contratto oneroso a prestazioni corrispettive⁵²⁷, in quanto entrambe le parti concedono dei diritti derivati su beni dei quali hanno diritti esclusivi.

Ora, l'idea sostenuta da questa dottrina che le fattispecie in questione si inquadrino nell'area della corrispettività, cioè dello scambio in senso giuridico, ci sembra condivisibile. L'opinione in commento, tuttavia, suscita qualche perplessità.

Preliminarmente, ci sembra che essa adotti un approccio forse troppo radicale sulla rappresentazione dei fenomeni esaminati: infatti, al di là del merito delle premesse su cui opera, la ricostruzione nei termini di un contratto oneroso a prestazioni corrispettive oscura la possibilità – invero diffusa nella prassi – che le parti decidano di regolare i propri interessi secondo un modello giuridico meno rigido, che garantisca maggiore “libertà”⁵²⁸ al consumatore che intende autorizzare il trattamento per finalità commerciali.

Dal punto di vista del merito, poi, – anche ammettendo che il modello del contratto a prestazioni corrispettive in senso stretto sia compatibile dal punto di vista sistematico con il requisito della libertà del consenso al trattamento⁵²⁹ – ci sembra che seguendo la ricostruzione esaminata si corra il rischio di realizzare una sovrastruttura⁵³⁰: da una parte,

⁵²⁵ C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 86, spec. nota 136; in senso analogo anche I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, cit., p. 58, nonché p. 93.

⁵²⁶ EAD, in *op. cit.*, p. 84 ss., spec. p. 90.

⁵²⁷ C. PERLINGIERI, in *op. cit.*, p. 55 ss., nonché p. 88 e 92 ss.

⁵²⁸ Su questi aspetti ci soffermeremo meglio nel § 2.5.

⁵²⁹ Di questa ipotesi ne discuteremo nel § 2.4 e 2.5.

⁵³⁰ Ci sembra che questo rischio non venga risolto neppure seguendo la ricostruzione di coloro che assumono l'esistenza di un contratto a prestazioni corrispettive ove una delle prestazioni consiste nell'attribuzione di un diritto d'uso sui dati personali e l'altra la fornitura di un servizio o bene digitale e il consenso al trattamento dei dati personali rappresenta un negozio collegato al primo (così F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., pp. 45-46; nella dottrina più risalente una ricostruzione simile si deve a: D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 351 ss, il quale distingue tra il consenso autorizzativo e il consenso negoziale con il quale si regola la circolazione delle informazioni; nonché ID, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 403 ss.) oppure un atto che ne conforma l'oggetto dall'interno (così R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, pp. 112-113; nonché ID, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2/2020, p. 770).

infatti, vi sarebbe il consenso a trattare dati personali per finalità commerciali, dall'altra la licenza d'uso di dati personali per fini commerciali. Non si comprende, in definitiva, perché duplicare le fonti che regolano l'utilizzo dei dati personali per fini commerciali se questi ultimi non sono oggetto di un altro e ulteriore bene giuridico.

Se queste osservazioni sono condivisibili, la tesi del contratto di scambio di licenze d'uso risulterebbe appropriata, se ed in quanto si precisi che l'oggetto della eventuale licenza concessa dal consumatore non è costituito dai dati personali in sé e per sé, bensì da beni giuridici ulteriori (*id est*, contenuti creati, nome, immagini e video caricati) oggetto di diritti di monopolio sul loro sfruttamento commerciale (diritto d'autore, diritto al nome e diritto all'immagine). Come osservato in altra sede dell'indagine⁵³¹, infatti, il diritto alla protezione dei dati personali non può essere equiparato ad un diritto di monopolio sullo sfruttamento commerciale di attributi immateriali: l'interessato è titolare di una libertà che si sostanzia anche in poteri di controllo e di destinazione a fini commerciali sui dati personali, ma si raffronta sempre con una libertà di trattamento del titolare del trattamento.

Fatte queste precisazioni, in definitiva, ci sembra condivisibile ritenere che, nelle fattispecie esaminate da questa dottrina, da una parte si presti il consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali, dall'altra si conceda contestualmente licenza d'uso dei *contenuti* creati o caricati dal consumatore.

Ora, prima di dedicarci all'esame delle ulteriori proposte ricostruttive, ci sembra necessario precisare un ultimo aspetto.

Le opinioni basate sul doppio regime di circolazione degli attributi della personalità escludono tutte le informazioni ricavate dal corpo dai fenomeni di patrimonializzazione. Almeno per quanto riguarda i dati relativi alla salute, una esclusione così rigida non è consigliabile: ci sembra, infatti, che non trovi riscontro né nel sistema, né nella realtà dei fatti. Da una parte, occorre dire che nell'ordinamento non sussistono indici normativi che vietano una valutazione economica di tali dati, né una loro equiparazione ai dati genetici o alle parti staccate del corpo: l'art. 8 della Dichiarazione Internazionale sui Dati Genetici Umani approvata dall'UNESCO nel 2003⁵³², infatti, impone soltanto in relazione ai dati genetici che il consenso al trattamento non sia prestato a seguito di una offerta di guadagno economico o personale⁵³³. Dall'altra, la realtà dimostra come il dato sulla salute, anche per la possibilità stessa di essere inferito dal contesto di trattamento in cui un dato comune è raccolto, costituisca oggetto di domanda e offerta nel mercato della pubblicità commerciale

⁵³¹ V. Cap. Primo § 3.3. e 3.4; Cap. Secondo § 1.1.

⁵³² La dichiarazione è reperibile in lingua originale al sito www.unesco.org.

⁵³³ Sulla specialità del regime dei dati genetici, rispetto ai dati sanitari, cfr. anche F. DI LELLA, *Ambiti di rilevanza e tutela dei dati genetici*, cit., pp. 500-503, nonché pp. 509 e 517 ss., la quale giustifica la speciale e maggior tutela prevista per il trattamento dei dati genetici alla luce delle loro peculiarità morfologiche rispetto agli altri dati personali, anche sanitari (*id est*, comunanza con i soggetti aventi lo stesso patrimonio genetico, immodificabilità, capacità predittiva). Inoltre, occorre precisare che la dottrina dubita, in relazione alle disposizioni relative ai campioni biologici, che dal divieto di un consenso "remunerato" si possa automaticamente escludere qualsivoglia valutazione economica della entità cui si riferisce. In proposito, v. V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola», cit., p. 37 ss.

e, in generale, nel mercato del dato profilato, così da non risultare, almeno sotto il profilo della destinazione economica o meno, diverso da altri dati comuni⁵³⁴.

2.3. OBBLIGO A PRESTARE IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI. OSSERVAZIONI CRITICHE.

Sul versante opposto, la dottrina maggioritaria sostiene che le fattispecie disciplinate dall'art. 3, par. 1, cpv. 2 della Dir. (UE) 770/2019 non possano essere ricostruite nei termini di una fattispecie contrattuale unitaria e che l'effetto attributivo in cui consiste la fornitura di dati personali non possa avere fonte direttamente nel contratto. Più precisamente, l'aspetto che accomuna le teorie riconducibili a questo orientamento consiste nel ritenere che la fonte da cui dipende la legittimazione a trattare i dati personali per fini commerciali sia il consenso al trattamento in quanto tale. Al di là di questi aspetti, però, le proposte costruttive si diversificano, sicché occorre esaminarle distintamente.

Una prima tesi⁵³⁵, prendendo le mosse dalle teorie elaborate in area tedesca a margine dell'introduzione della Direttiva⁵³⁶, ricostruisce i contratti di fornitura di servizi o contenuti digitali esaminati come contratti nei quali il consumatore si obbliga in senso stretto ad una prestazione avente ad oggetto dati personali. Tale prestazione coinciderebbe con il consenso al trattamento di cui all'art. 6, par. 1, lett. a) GDPR. Si osserva, infatti, che il valore economico dei dati personali non risiede nella loro mera comunicazione, ma nella possibilità del loro utilizzo per finalità commerciali; poiché il consenso al trattamento costituirebbe l'unica base giuridica idonea a legittimare simili scopi di trattamento, l'obbligazione del consumatore non potrebbe prescindere da questa ulteriore manifestazione di volontà.

Dal punto di vista strutturale, dunque, emerge implicitamente una sequenza di atti: da una parte il contratto dal quale nascono delle obbligazioni; dall'altra, il consenso al trattamento come atto esecutivo dell'impegno assunto.

Dal punto di vista causale, la ricostruzione considerata inquadra i contratti in questione nei contratti onerosi a prestazioni corrispettive⁵³⁷; tuttavia, a differenza della tesi del contratto di scambio di licenze d'uso ove il consenso contrattuale assorbe quello al trattamento dei dati personali, qui, non è possibile prescindere da una manifestazione negoziale (unilaterale) ulteriore e distinta.

Questa impostazione, seppur offra interessanti spunti di riflessione, si espone a delle osservazioni critiche dal punto di vista sistematico.

L'idea che la corrispettività si realizzi mediante una sequenza che contempla una obbligazione in senso stretto crea principalmente un problema di coordinamento con il requisito di libertà del consenso al trattamento dei dati personali (v. art. 4, par. 1, n°11). Infatti, sebbene tale requisito non sia in sé pregiudicato dalla dimensione sinallagmatica,

⁵³⁴ Si pensi alla pubblicità commerciale di determinati prodotti o servizi basata sull'analisi di dati come l'altezza, il peso o l'utilizzo di determinati farmaci da parte del consumatore.

⁵³⁵ Ci riferiamo alla tesi di A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 67 ss.; ID, *Il pagamento mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1381 ss.

⁵³⁶ Per i riferimenti all'area tedesca, v. § 4.1.

⁵³⁷ A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 76, ove configura il contratto di fornitura come un «contratto con controprestazione atipica».

come questa stessa dottrina rileva⁵³⁸, nondimeno esso potrebbe non essere rispettato in presenza di condizioni che lo espongono a conseguenze negative. La coercibilità che caratterizza l'obbligazione renderebbe il consenso al trattamento, in definitiva, dovuto e non spontaneo, quindi non libero⁵³⁹. D'altra parte, non potrebbe neppure prospettarsi la sussistenza di una obbligazione in senso stretto ad acconsentire *non esigibile*, in quanto non risulta né dalle norme, né dall'esame dei modelli commerciali diffusi nella prassi la previsione di una clausola contenente un *pactum de non petendo*⁵⁴⁰.

Ciò posto, si potrebbe anche osservare che la ricostruzione nei termini di un obbligo di consentire rischi, in questa sede, di vanificare altresì l'utilità stessa del ricorso ad una sequenza di negozi giuridici. Infatti, sebbene non sia in discussione che nel nostro ordinamento il principio consensualistico costituisce un principio non assoluto e derogabile dall'autonomia privata⁵⁴¹, la deviazione da esso necessiterebbe comunque la *corrispondenza ad un interesse meritevole di tutela*⁵⁴²: in questa sede, prospettando che la sequenza si realizzi attraverso un contratto dal quale discende un obbligo di consentire al trattamento dei dati personali, ci sembra venga meno la stessa ragione giustificativa per cui derogare al modello di contratto ad effetti reali, cioè la necessità di garantire il rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali.

Un ultimo aspetto critico rinvenibile in questa impostazione si lega al fatto di limitare le proprie considerazioni al consenso al trattamento dei dati personali: questo approccio non

⁵³⁸ A. DE FRANCESCHI, in *ult. op. cit.*, p., 59 ss.

⁵³⁹ Sul significato da riconoscere al requisito della libertà del consenso rinviamo a § 2.5, Cap. Secondo e *ivi* per tutti i riferimenti bibliografici.

⁵⁴⁰ In dottrina, v. M. ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 3, 2019, p. 447 ss., il quale, disgiungendo il concetto di obbligo da quello di debito, di adempimento da quello di inadempimento, riconosce nell'autonomia privata il potere di riqualificare il rapporto obbligatorio da pieno (cioè quello nel quale è data rilevanza all'inadempimento e ai suoi effetti) a ridotto (cioè quello nel quale l'adempimento è qualificato come eventuale) attraverso delle c.d. clausole riduttive che assegnano diversa rilevanza giuridica all'inadempimento, come il *pactum de non petendo* e il *pactum de non exequendo*; l'A. ritiene altresì che tale categoria di rapporti obbligatori ridotti abbia autonomia rispetto a quella delle obbligazioni naturali, in quanto, anche se in entrambe sussiste l'effetto comune della non ripetibilità dell'azione, si differenziano per presupposti (doveri giuridici rispetto a doveri morali e sociali) e disciplina (*id est*, necessità dell'eccezione di inesigibilità da parte del debitore nell'obbligazione ridotta e rilevanza d'ufficio del difetto d'azione del creditore nell'obbligazione naturale). Cfr., altresì, M. D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, Napoli, 2021, p. 9 ss., spec. 92 ss. e 131 ss., secondo la quale il *pactum de non petendo* costituisce una figura giuridica dotata di autonomia, consistente in un accordo negoziale con il quale il creditore rinuncia al diritto di ottenere una decisione di merito favorevole (rinuncia all'azione in concreto) e il debitore acquista la facoltà di rifiutare l'adempimento, esercitando un'eccezione rilevabile soltanto su istanza di parte (*exceptio pacti conventi*). Per una sintesi efficace delle diverse tesi dottrinarie e giurisprudenziali, v. P. GALLO, voce *Pactum de non petendo*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, 2020, p. 1 ss.

⁵⁴¹ Diverse disposizioni del Codice civile dimostrano, da una parte, la relatività del principio, quali quelle sul trasferimento di cose generiche (art. 1378 c.c.), di beni futuri (art. 1472 c.c.) e di beni altrui (art. 1478 c.c.), dall'altra, la sua derogabilità per volontà delle parti, quali quelle sul passaggio del rischio (art. 1465 comma 2 c.c.) e sul contratto preliminare (artt. 1352 e 2932 c.c.), Sulla derogabilità del principio consensualistico e sui suoi limiti interni ed esterni, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 483 ss.

⁵⁴² Con riguardo al problema della ammissibilità del preliminare di preliminare, ad esempio, l'attuale giurisprudenza di legittimità adotta una soluzione positiva, argomentando proprio alla luce della sua corrispondenza ad un rilevante «interesse ad una formazione progressiva del contratto». Così Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, reperibile in *dejure.it*; lo stesso principio di diritto è ribadito recentemente anche da Cass. civ., 25 gennaio 2023, n. 2269, reperibile in *onelegale.it*. Per una sintesi del dibattito sul punto, in dottrina, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, terza ed., cit., pp. 166-167.

ci sembra giustificato, giacché, come osservato in altra sede⁵⁴³, anche il legittimo interesse al trattamento potrebbe costituire una condizione di liceità idonea a giustificare il trattamento per finalità commerciali, almeno entro certi limiti. Si tratta di un approccio riscontrato in altre tesi, tuttavia, si dimostra non aderente né al dato normativo, in quanto la Direttiva non esclude il legittimo interesse (cfr. art. 3, par. 1, cpv. 2), né alla realtà, ove sempre più si riscontra un ricorso a tale figura come base giuridica di trattamenti per fini commerciali.

2.4. DAL COLLEGAMENTO NEGOZIALE ALLA PROMESSA CONDIZIONATA AL CONSENSO AL TRATTAMENTO. OLTRE LA CORRISPETTIVITÀ IN SENSO STRETTO.

I limiti della opinione appena esaminata sono stati in parte superati dalle tesi del collegamento negoziale. Secondo alcuni autori⁵⁴⁴ i “casi” di cui alla Direttiva devono essere concepiti nei termini di una operazione economico-giuridica complessa e basata sul collegamento negoziale di due atti: il contratto di fornitura di servizi o contenuti digitali e il consenso unilaterale al trattamento di dati personali.

Dal punto di vista formale e strutturale le opinioni in esame concordano nel ritenere che la fattispecie si articoli in un doppio procedimento negoziale, quello relativo al contratto e quello relativo al consenso, e che ognuno di essi sia soggetto alla propria disciplina di settore⁵⁴⁵. Questa configurazione, infatti, permetterebbe da una parte di ammettere la patrimonializzazione dei dati personali, ma contestualmente di garantire che essa avvenga nel rispetto dei requisiti di libertà e revocabilità del consenso al trattamento⁵⁴⁶.

Dal punto di vista causale, si ritiene che il collegamento negoziale incida nel senso di arricchire la funzione dell’operazione economico-giuridica. Secondo una prima opinione, più precisamente, il consenso al trattamento, in quanto collegato al contratto di fornitura, determinerebbe che la causa di quest’ultimo si arricchisca di un’ulteriore connotazione e che, dunque, quest’ultimo si possa ricondurre alle c.d. gratuità interessate⁵⁴⁷. Se il riferimento a quest’ultima categoria è preciso, da ciò si comprende che in questa concezione l’effetto derivante dal consenso al trattamento viene considerato soltanto come un mero vantaggio economico⁵⁴⁸.

⁵⁴³ V. § 3, Cap. Secondo.

⁵⁴⁴ Tale ricostruzione si deve, prima fra tutti, a C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., p. 505 ss. La tesi del collegamento negoziale è ripresa e sviluppata successivamente da G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 157. Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto di contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 73 ss., spec. p. 77.

⁵⁴⁵ C. CAMARDI, in *op. cit.*, p. 507.

⁵⁴⁶ Così G. VERSACI, in *op. cit.*, p. 159, il quale osserva che il fatto che il consenso al trattamento sia “collegato” al contratto di fornitura e non “oggetto di un obbligazione” permetterebbe di «salvare a pieno il disposto dell’art. 7, par. 3, GDPR», cioè il principio di libera revocabilità.

⁵⁴⁷ C. CAMARDI, in *op. cit.*, p. 507.

⁵⁴⁸ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 174, la quale ammette che i contratti di fornitura in questione possano configurarsi come gratuità interessate, ma soltanto quando «l’autorizzazione al trattamento dei dati personali è richiesta contestualmente alla conclusione del contratto di fornitura di un servizio, ma non è posta come condizione per la conclusione dello stesso (cioè il rifiuto, totale o parziale, di acconsentire il trattamento non impedisce la fruizione del servizio). In questi casi in effetti il rapporto tra contratto e consenso al trattamento appare quello di mera contestualità e non di effettiva incorporazione. In altri termini, il consenso al trattamento neppure entra nell’oggetto del contratto di erogazione del servizio, la cui conclusione rappresenta

Un autore successivo, ampliando la tesi precedente, discorre dei profili causali in merito all'operazione economico-giuridica complessivamente intesa e ricostruisce il collegamento in questione come funzionale e bilaterale⁵⁴⁹. Dal punto di vista causale, si ritiene che si sia in presenza di un'operazione composita connotata da «corrispettività»: quest'ultima, infatti, dovrebbe essere intesa non come reciprocità dei sacrifici giuridici, ma come «reciprocità dei vantaggi economici». Dal punto di vista applicativo, il collegamento determinerebbe la «reciproca influenza delle vicende giuridiche riguardanti i due negozi collegati»; tuttavia, senza una applicazione automatica e rigida del principio *simul stabunt, simul cadent*, in ragione dell'inerenza del consenso al trattamento ad un diritto fondamentale della persona⁵⁵⁰.

Ora, le tesi del collegamento negoziale presentano notevoli vantaggi sul piano sistematico e applicativo: da una parte, infatti, il collegamento consente di dare rilievo alla fornitura dei dati personali rispetto all'assetto di interessi contemplato nel contratto di fornitura; dall'altra, concependo questi ultimi come dipendenti da atti negoziali distinti, garantisce la coesistenza di discipline diverse e risolve a monte il problema del loro possibile conflitto. Nondimeno, anche queste ricostruzioni sollevano qualche perplessità e inducono a riflettere ulteriormente sulla ricostruzione formale della fattispecie e della sua qualificazione.

Intanto, anche le opinioni basate sul collegamento negoziale⁵⁵¹ si articolano presupponendo che l'unica condizione di liceità che può operare in questi casi sia il consenso al trattamento ed escludono l'applicabilità di altre basi giuridiche che ci sembrano appropriate; in particolare, il legittimo interesse⁵⁵².

Inoltre, le tesi esposte suscitano delle perplessità per quanto concerne l'esame dei profili causali. Sebbene entrambe conducano l'assetto di interessi di tali modelli oltre la gratuità pura e semplice, riconoscendo rilievo causale alla fornitura di dati personali, sia che si inquadri l'operazione nella c.d. gratuità interessata, sia che la si inquadri nella corrispettività intesa come reciprocità di vantaggi economici, il consenso al trattamento

invece mera occasione, per chi presta il servizio, di richiedere anche il consenso al trattamento dei dati». Considerazioni analoghe a quelle della Thobani sono espresse su questo punto da C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, pp. 114-116.

⁵⁴⁹ G. VERSACI, in *op. cit.*, p. 159.

⁵⁵⁰ ID, in *op. cit.*, p. 178 ss. L'A., occupandosi delle conseguenze derivanti dall'invalidità del consenso al trattamento o della sua revoca sulla validità e sull'efficacia del contratto di fornitura, propone di adottare un approccio non dogmatico. Ad esempio, in caso di invalidità del consenso al trattamento, si prospetta di non considerare nullo anche il contratto di fornitura, ma di ammettere che l'operatore economico possa chiedere la risoluzione del contratto, risarcendo il consumatore per l'eventuale danno determinato dall'aver concorso a rendere invalido il consenso.

⁵⁵¹ Infatti, il collegamento negoziale, in quanto tale, presuppone una connessione tra negozi. Così, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 376.

⁵⁵² Cfr. C. CAMARDI, in *op. cit.*, p. 504 ss.; nonché G. VERSACI, in *op. cit.*, p. 171 ss., il quale ritiene che il consenso al trattamento sia la base giuridica «più plausibile» per giustificare il trattamento dei dati personali per fini commerciali nei contratti di scambio «contenuti/servizi vs dati personali» e che altrimenti l'interessato non avrebbe possibilità di scelta sull'*an* del trattamento. Come anticipato nel § 3, Cap. Secondo, riteniamo che, alla luce del diritto d'opposizione per finalità di marketing diretto, anche in caso di legittimo interesse l'interessato-consumatore possa decidere sull'*an* del trattamento tale per cui, ancorché in modo diverso rispetto che al consenso, il suo comportamento rileva ai fini della concreta legittimazione al trattamento.

viene sminuito nella sua rappresentazione effettuale e il “rapporto tra forniture” ridotto a puro schema economico (e non normativo) di scambio.

Infatti, alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti, l’effetto derivante del consenso al trattamento destinato a finalità commerciali, non dovrebbe essere ridotto a mero vantaggio economico. A noi sembra che, anche mantenendo la sua autonomia dal consenso contrattuale, esso produca in capo al titolare del trattamento un vantaggio giuridico⁵⁵³ che sia idoneo ad avvicinare l’intera operazione economico-giuridica all’area della corrispettività, intesa come interdipendenza di attribuzioni patrimoniali⁵⁵⁴.

Proprio rispetto a quest’ultimo profilo, l’idea che sussista uno scambio in senso giuridico è valorizzata da un’altra parte della dottrina⁵⁵⁵, la quale riconduce le fattispecie esaminate alla figura della c.d. promessa condizionata ad una prestazione⁵⁵⁶.

Ribadita la duplicità dei procedimenti e delle manifestazioni negoziali che connotano le operazioni economiche previste dell’art. 3, par. 1, cpv. 2, si ritiene che il consenso al trattamento dei dati personali possa costituire l’oggetto di un contratto di scambio⁵⁵⁷; precisamente, il consenso potrebbe integrare una prestazione contrattuale in rapporto di interdipendenza con la fornitura di dati personali nei limiti in cui le modalità con le quali è dedotto nel contratto sono compatibili anche con il GDPR, primariamente con il requisito della previa informazione e della libertà del consenso.

Precisamente, il requisito della libertà implicherebbe che la prestazione-consenso al trattamento debba essere inserita in un modello all’interno del quale il consenso resta *liberamente determinabile*. Tale modello viene individuato nello scambio condizionale⁵⁵⁸, cioè in quelle ipotesi di nesso di interdipendenza tra attribuzioni ove queste ultime, intese

⁵⁵³ Una volta autorizzato il trattamento ai dati personali, infatti, il titolare del trattamento acquista in concreto la facoltà di utilizzarli; inoltre, le utilità ricavate dal trattamento entrano stabilmente a far parte della sfera giuridica del titolare, non potendo essere pregiudicate neppure da una eventuale revoca, in quanto operante *ex nunc*. Per ulteriori considerazioni sugli effetti del consenso v. § 2.2., Cap. Secondo. Cfr. S. THOBANI, in *ult. op. cit.*, p. 177, ove assume come concetto di corrispettività quello di interdipendenza tra prestazioni contrattuali, intese a loro volta come sacrificio giuridico in senso ampio, quindi che esula da quello di obbligazione in senso stretto.

⁵⁵⁴ Per questa definizione di corrispettività, v., per tutti, G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, cit., p. 60. Sull’evoluzione della categoria della corrispettività nella dottrina e nella giurisprudenza v. G. AMADIO, *Lezioni di Diritto civile*, Torino, 2014, p. 10 ss. Per la definizione di attribuzione patrimoniale, v. R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 283, il quale inquadra all’interno della categoria anche quel risultato giuridico di vantaggio per la sfera patrimoniale di un soggetto determinato dato dalla «rimozione di un limite».

⁵⁵⁵ La tesi più compiuta in questo senso si deve a C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 79 ss., spec. 102 ss. Un accenno, senza ulteriore sviluppo, alla figura delle promesse condizionate ad una prestazione si riscontra anche in S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., p. 178; nonché in C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, p. 217. Cfr. S. PAGLIANTINI, *L’attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies-135 vicies ter C. Cons.*, cit., p. 1511, il quale discorre del consenso al trattamento come *presupposto di efficacia* del contratto di fornitura di servizi o contenuti digitali.

⁵⁵⁶ Lo studio di riferimento in proposito è G. GORLA, *Promesse «condizionate» ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1968, p. 431 ss.

⁵⁵⁷ C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 84 ss.

⁵⁵⁸ EAD, in *op. cit.*, pp. 103-104.

come modificazioni della sfere giuridiche delle parti, non costituiscono effetto immediato del contratto, ma del comportamento esecutivo dedotto in *condizione*⁵⁵⁹.

Dal punto di vista causale, tale opinione ha il pregio di ricondurre con maggiore chiarezza le fattispecie esaminate nell'orbita della corrispettività intesa come paradigma normativo⁵⁶⁰ e di giustificare in termini sostanziali l'applicazione dei rimedi sinallagmatici previsti dalla Direttiva anche nelle fattispecie esaminate.

Dal punto di vista dello schema perfezionativo della fattispecie, si ritiene che le fattispecie in questione possano essere ricondotte al modello di cui all'art. 1333 c.c.⁵⁶¹, in quanto, non essendo il consenso al trattamento configurato dalle parti come oggetto di una obbligazione, soltanto l'operatore economico risulterebbe obbligato e l'accettazione dell'interessato-consumatore sarebbe superflua.

Sul piano applicativo, queste osservazioni conducono tale dottrina a prospettare che in caso di revoca del consenso al trattamento, trattandosi comunque di una fattispecie riconducibile alla categoria della corrispettività in senso lato, l'operatore economico abbia diritto quantomeno all'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e, così, a sospendere il servizio per il periodo di tempo nel quale il consumatore-interessato non renda legittimo in trattamento: si ritiene, infatti, che lo scambio condizionale sia compatibile con tale rimedio dilatorio-sospensivo, ma non con altri rimedi contrattuali, *in primis*, l'azione di risoluzione per inadempimento, considerati applicabili soltanto ai casi di corrispettività in senso stretto⁵⁶².

2.5. *Segue*. ULTERIORI OSSERVAZIONI SULLO SCAMBIO CONDIZIONALE.

La prospettiva dello scambio condizionale si rivela un terreno proficuo sul quale ricostruire i fenomeni in esame e tramite il quale svolgere ulteriori osservazioni.

Come si è già osservato, da una prospettiva sinallagmatica non si dovrebbe prescindere: "l'estensione" della disciplina sui rimedi sinallagmatici previsti dalla Direttiva e dal Codice di consumo non dovrebbe essere minimizzata ad una semplice "equiparazione" *quoad effectum* in funzione di promozione della concorrenza e della protezione del consumatore⁵⁶³, ma meriterebbe di essere considerata come il riconoscimento normativo di

⁵⁵⁹ Per questa concezione dello scambio condizionale, o corrispettività condizionale, v. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 254-260, il quale è richiamato dalla stessa Autrice in commento.

⁵⁶⁰ La distinzione tra corrispettività come «paradigma normativo» e scambio come «schema economico» è presente in G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 250 ss., il quale a proposito della prima discorre di un «nucleo centrale» (c.d. corrispettività in senso stretto) e di una «area circostante e periferica» (c.d. corrispettività in senso lato) e in quest'ultima fa rientrare anche lo scambio condizionale.

⁵⁶¹ C. IRTI, in *op. cit.*, p. 105 ss., spec. pp. 109-110, la quale ritiene che l'art. 1333 c.c. consista in una «promessa (contrattuale) [...] perfetta fin dalla sua proposizione, sebbene l'esecuzione della stessa sia sinallagmaticamente condizionata ad una "prestazione" di controparte (nonostante il mancato rifiuto)». L'A. ritiene di aderire alle tesi secondo le quali l'art. 1333 c.c. costituisce una ipotesi di confine tra il contratto concluso lo schema *ex art.* 1326 c.c. e promessa unilaterale e che, in definitiva, si tratti di un *contratto a formazione unilaterale* o "debole", in quanto la mancanza di reciproco vincolo giuridico rende non necessaria l'accettazione del promissario. Per ulteriori riferimenti bibliografici in ordine alla natura contrattuale o meno della fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. v. *infra*, spec. nota 571.

⁵⁶² C. IRTI, in *op. cit.*, p. 112 ss.

⁵⁶³ Cfr. Considerando (2), (11) e (24) della Dir. (UE) 770/2019.

relazioni contrattuali sostanzialmente simili e nelle quali la forma in cui si realizza il nesso di interdipendenza tra attribuzioni patrimoniali tiene conto delle peculiarità di una delle due prestazioni contrattuali dedotte.

Invero, se si accoglie l'impostazione per cui la legittimazione a trattare dati personali per fini commerciali, anche se inserita in una relazione contrattuale, deve trovare fonte nelle condizioni di liceità di cui al GDPR⁵⁶⁴, *in primis* il consenso al trattamento, non è possibile ignorare gli ostacoli posti alla patrimonializzazione dalla disciplina sulla protezione dei dati personali. Il punto di caduta delle riflessioni sui profili strutturali e causali delle fattispecie esaminate risiede, precisamente, negli ostacoli sistematici posti dal requisito di *libertà del consenso*.

Secondo l'interpretazione del GRUPPO DI LAVORO ART. 29⁵⁶⁵ la *condizionalità* dell'esecuzione del contratto alla manifestazione del consenso, e dunque la interdipendenza tra il servizio e l'autorizzazione a trattare dati personali per fini commerciali, *non* è *incompatibile* in assoluto con il requisito di libertà del consenso: si afferma, infatti, che il GDPR «non esclude tutti gli incentivi» alla manifestazione del consenso al trattamento, ma quest'ultimo può reputarsi libero, e dunque valido, solo nella misura in cui è assicurata una *scelta dell'interessato effettiva*. L'effettività della scelta, a sua volta, è parametrata in relazione ad una serie di fattori come l'assenza di inganni e coercizioni, ma anche la prospettazione di conseguenze negative in relazione al rifiuto di prestare il consenso ovvero alla sua revoca⁵⁶⁶. Non ogni conseguenza negativa è esclusa: ad esempio, si contempla che, se il consenso è collegato ad un incentivo specifico e il rifiuto a prestarlo implica la sola perdita del secondo, il primo sia comunque valido; inoltre, si afferma che sussista una *presunzione forte* di non libertà quando la richiesta del consenso al trattamento, come controprestazione cui è condizionata l'esecuzione di un contratto o la prestazione di un servizio, viene configurata in termini di *obbligatorietà*.

Da queste precisazioni emerge che la disciplina sulla protezione dei dati personali pone un ostacolo alla sinallagmaticità soltanto quando si presenta attraverso una struttura precettiva che configura il consenso al trattamento come controprestazione "obbligatoria" e, dunque, tale da esporlo a conseguenze negative significative tali da coartare la scelta di prestarlo o meno.

Ora, l'idoneità del modello dello scambio condizionale a rappresentare i fenomeni analizzati in una cornice sistematica si coglie proprio in relazione all'aspetto della *struttura precettiva* che deriva dalla deduzione della prestazione in *condizione*: autorevole dottrina⁵⁶⁷, infatti, sostiene che – attraverso la condizione – la condotta esecutiva venga fatta oggetto di

⁵⁶⁴ Nel § 1 avevamo indicato gli indici normativi di questa soluzione.

⁵⁶⁵ V. GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 9 ss.

⁵⁶⁶ *Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., pp. 11-12. In questo senso v. anche Considerando (42): «Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio».

⁵⁶⁷ Così G. AMADIO, *Controllo sull'esecuzione ed efficacia negoziale*, in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di Diritto civile*, a cura di R. Di Raimo, Napoli, 2006, p. 39 ss., spec. p. 49 ss.

un *onere*⁵⁶⁸, cioè di una situazione giuridica soggettiva che racchiude in sé sia gli elementi della necessità/strumentalità che quelli della non coercibilità/libertà. L'onere, infatti, consiste nella prescrizione di un comportamento utile al conseguimento di un risultato libero nell'interesse del soggetto che ne è investito; conseguentemente, la sua inosservanza non produce la lesione di un interesse altrui e non espone l'onerato a conseguenze risarcitorie, ma solo al mancato raggiungimento di un risultato per lui stesso utile.

Configurando il *consenso al trattamento come oggetto di un onere* e non di un obbligo, in definitiva, si permette alle parti di realizzare uno scambio in senso giuridico, ma comunque rispettoso dell'esigenza posta dall'ordinamento che l'atto sia frutto di una scelta effettivamente libera⁵⁶⁹.

Secondo la dottrina che riconduce i modelli esaminati alle c.d. promesse condizionate a una controprestazione, la presenza di un unico vincolo obbligatorio dovrebbe riflettersi anche sulla struttura della fattispecie. Come anticipato, si ritiene che, sotto il profilo formativo, operi lo schema dell'art. 1333 c.c.⁵⁷⁰ e, dunque, che la fattispecie si perfezioni senza l'accettazione del consumatore⁵⁷¹.

Tuttavia, non si possono tacere i dubbi di varia natura che sorgono in relazione alla applicazione dello schema richiamato ai casi di “fornitura di servizi o contenuti digitali vs fornitura di dati personali”.

Dal punto di vista teorico, infatti, occorre segnalare come a monte non sia pacifico che l'art. 1333 c.c. sia applicabile nei casi in cui la fattispecie faccia sorgere solo una obbligazione in capo alle parti, ma sia dedotta in condizione una prestazione dell'oblatore. Secondo alcuni, infatti, le promesse condizionate ad una controprestazione sarebbero incompatibili con questo modello proprio perché, mentre in esse sussistono due prestazioni,

⁵⁶⁸ Sulla figura dell'onere come autonoma situazione giuridica soggettiva e sulle sue molteplici applicazioni nel diritto privato, v. V. CAREDDA, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, p. 41 ss.; EAD, (voce) *Onere*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, cit., p. 428 ss.; più di recente, EAD, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, cit., p. 51 ss.

⁵⁶⁹ La dottrina evidenzia come il modello della promessa unilaterale condizionata ad una controprestazione risponda alla esigenza di realizzare scambi ove una delle prestazioni, per sua natura, non può essere oggetto di un obbligo corrispettivo. Per questi rilievi, G. AMADIO, in *Controllo sull'esecuzione ed efficacia negoziale*, cit., p. 53; A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, 2019, p. 180.

⁵⁷⁰ Così, C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 105 ss., spec. 109. Sulla riconducibilità delle c.d. promesse condizionate ad una controprestazione allo schema formativo dell'art. 1333 c.c. v. G. AMADIO, in *op. ult. cit.*, pp. 44-46, il quale discorre in proposito di «contratto unilaterale a prestazioni corrispettive»; nonché R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Il contratto*, a cura di R. Sacco-G. De Nova, Milano, 2016, p. 244, nonché p. 246 ss.

⁵⁷¹ In dottrina si è sviluppato un ampio dibattito sulla natura contrattuale o meno della fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. Secondo alcuni, infatti, l'art. 1333 c.c. dovrebbe essere ricostruito come un negozio unilaterale sottoposto a rifiuto: così G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 121 ss., spec. 185 ss. Secondo altri la struttura bilaterale, ancorché debole, vi sarebbe, in quanto, nel contesto di una prestazione gratuita, per l'ordinamento l'accordo potrebbe dirsi raggiunto anche per la sola presenza di una proposta non rifiutata: così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, II ed., Milano, 2011, p. 120 ss. Cfr. R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, cit., p. 225 ss., secondo il quale nel contratto la bilateralità strutturale non è necessaria.

ancorché una non dedotta in obbligazione, la norma intenderebbe prescrivere una struttura ridotta soltanto nel caso in cui “sostanzialmente” vi sia una sola prestazione⁵⁷².

Dal punto di vista empirico, poi, ci sembra che nei casi più diffusi la fornitura del servizio o del contenuto si perfezioni mediante l’incontro di una proposta e di una accettazione contrattuali, precisamente mediante l’accettazione di condizioni e termini d’uso generali⁵⁷³.

Questo dato, se da una parte non esclude in astratto l’applicabilità del modello di cui all’art. 1333 c.c., dall’altra potrebbe costituire l’indice dell’esistenza di un assetto di interessi più complesso di quello presupposto della proposta irrevocabile sottoposta a rifiuto, alla luce del quale si giustificerebbe la presenza anche della dichiarazione di accettazione del consumatore e l’assorbimento della “promessa unilaterale” in una fattispecie contrattuale: si pensi, all’impegno assunto dal consumatore di comunicare dati personali esatti allorquando la comunicazione sia necessaria, oppure all’impegno del consumatore di tollerare la pubblicità commerciale di soggetti terzi nel corso dell’utilizzo della piattaforma.

Ora, di là dal dibattito relativo alla qualificazione della fattispecie di cui all’art. 1333 c.c. come negozio unilaterale o come contratto unilaterale, se anche si ritenesse applicabile tale norma, il rapporto da esso discendente verrebbe considerato ai fini della disciplina un rapporto contrattuale⁵⁷⁴.

Si confermerebbe, in ogni caso, la terza ipotesi prospettata all’inizio dell’indagine⁵⁷⁵, cioè che i dati personali possano costituire anche beni giuridici patrimoniali allocati in capo all’interessato attraverso il contratto. In altri termini, accogliendo la premessa teorica che gli oneri possano avere fonte anche negoziale, e precisamente contrattuale⁵⁷⁶, si giunge ad una conclusione positiva anche rispetto alla questione se il dato personale possa costituire un bene giuridico strumentale a tutelare non solo interessi esistenziali dell’interessato, ma anche patrimoniali.

Prima di concludere sui profili costruttivi, vorremmo soffermarci su un ultimo aspetto. Muovendo dal modello di corrispettività dello scambio condizionale e dalla struttura precettiva dell’onere con la quale si configura, ci chiediamo se essi siano applicabili anche

⁵⁷² Si tratta dell’opinione di G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 236, il quale – ai fini dell’applicazione della norma – ritiene non rilevi il fatto che vi siano due “obbligazioni, ma che vi siano due “prestazioni”. Contrario altresì G. GORLA, *Promesse «condizionate» ad una prestazione*, cit., p. 442 ss.

⁵⁷³ A titolo esemplificativo, se si confrontano le condizioni d’uso dei principali *social network* come *Facebook* e *Instagram* (v. www.facebook.com), oppure quelle di altre *app* che offrono servizi digitali come *Spotify* (v. www.spotify.com), si riscontra come, prima di poter usufruire dei servizi rispettivi, il consumatore sia tenuto ad iscriversi e ad accettare, tramite *click*, le Termini e Condizioni d’uso del servizio. Si noti come l’inserimento dei dati anagrafici e l’e-mail non rilevi, almeno al solo momento dell’iscrizione, come fornitura di dati personali a fini commerciali e, quindi, non integri una attribuzione in posizione sinallagmatica con la fornitura del servizio digitale, in quanto tali dati sono puramente strumentali ad avviare la fase di conclusione dell’accordo.

⁵⁷⁴ Così R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, cit., p. 225.

⁵⁷⁵ Ci eravamo soffermati su questa ipotesi nel Cap. Primo, § 4.3, riservandoci di esporre nel prosieguo le modalità di fonte contrattuale, ma alternative alla obbligazione, con le quali si potessero allocare le risorse patrimoniali ricavabili da una entità immateriale che non fosse già allocata in capo ad un soggetto sulla base di diritti di proprietà intellettuale.

⁵⁷⁶ Si tratta della premessa accolta da G. AMADIO, in *op. ult. cit.*, p. 50, per proporre la ricostruzione della promessa condizionale nei termini di onere.

nelle ipotesi in cui la legittimazione al trattamento dei dati personali per fini commerciali non dipenda dal consenso, ma da condizioni di liceità diverse, come l'interesse legittimo.

Le opinioni della dottrina, fino a questo momento, convergono verso l'idea che la fornitura di dati personali in funzione di controprestazione di un servizio o bene possa dipendere esclusivamente dal consenso al trattamento ed escludono che l'interesse legittimo possa operare per integrare le fattispecie di cui alla Direttiva. Per le ragioni esposte precedentemente⁵⁷⁷, riteniamo che vi sia spazio perché l'interesse legittimo costituisca una idonea base giuridica per il trattamento dei dati personali per finalità commerciali: se si accetta una idea delle condizioni di liceità del trattamento non come eccezioni ad un divieto, ma come criteri di bilanciamento di interessi contrapposti, non è necessario applicarle restrittivamente. In presenza di determinate circostanze tali da rendere il trattamento prevedibile dal consumatore-interessato, ci sembra che l'interesse legittimo possa operare anche nelle fattispecie qui esaminate. Ad esempio, l'operatore economico-titolare del trattamento potrebbe avere interesse ad utilizzare gli stessi dati personali del consumatore, raccolti per la conclusione del contratto di fornitura di un certo contenuto digitale, anche per finalità di marketing diretto di prodotti analoghi da lui offerti; oppure potrebbe avere interesse a raccogliere ulteriori dati personali caricati dal consumatore durante l'utilizzo del servizio fornito per l'invio di pubblicità commerciale.

A questo punto sembrerebbe che il comportamento del consumatore-interessato non abbia alcun ruolo e che, conseguentemente, vengano meno i presupposti per applicare il modello dello scambio condizionale e per consentire la allocazione dei dati personali come beni giuridici patrimoniali in capo all'interessato. Tuttavia, se si ammette che anche in presenza della base giuridica del legittimo interesse sussiste una sfera di incidenza dell'autodeterminazione informativa dell'interessato, la conclusione non è ineludibile.

In primo luogo, occorre dire che, anche quando l'operatore-economico basa il trattamento sul legittimo interesse, un comportamento attuativo dell'interessato è richiesto: in alcuni casi, infatti, è comunque necessaria la comunicazione dei dati da parte dell'interessato. In secondo luogo, il legittimo interesse per finalità di marketing è strutturalmente collegato allo strumento del diritto di opposizione di cui all'art. 21 GDPR, il quale può operare in qualunque momento del trattamento.

Ora, considerata la possibilità sempre garantita al consumatore-interessato di opporsi al trattamento per finalità di marketing diretto si potrebbe anche ritenere che la comunicazione dei dati personali⁵⁷⁸ oppure la mancanza di opposizione da parte sua rilevino come forme di messa a disposizione dei dati personali idonee a realizzare per l'operatore economico-titolare del trattamento il risultato programmato, ancorché non garantito dalla tutela giuridica dell'obbligazione.

Se queste considerazioni fossero condivisibili, allora, sarebbe possibile ricostruire le fattispecie esaminate nei termini di un *contratto di fornitura di servizi o contenuti digitali contenente una clausola condizionale secondo la quale l'efficacia del regolamento è subordinata alla messa a disposizione dei dati personali da parte dell'interessato*;

⁵⁷⁷ Cap. Secondo, § 3.

⁵⁷⁸ Essa, invero, potrebbe anche essere intesa come una sorta di atto reale di consenso.

quest'ultima potrà, di volta in volta, consistere o in un atto di consenso dell'interessato oppure nella comunicazione di dati personali allorquando operi l'interesse legittimo.

D'altra parte, considerate le coordinate normative derivanti dal complessivo sistema la ricostruzione delle fattispecie considerate nei termini di un *contratto di fornitura di servizi o contenuti digitali sottoposto a condizione* sembra costituire un efficace modello con il quale rappresentare dei rapporti di scambio peculiari, in quanto peculiare è l'entità su cui ricade la prestazione contrattuale dedotta. Proprio in proposito dello scambio condizionale, la dottrina osserva⁵⁷⁹ come vi sia «una generale ammissibilità di un intervento delle parti, volto a modulare, in conformità alla concreta configurazione degli interessi in gioco, le forme di realizzazione dello scambio».

2.6. *Segue.* RAPPORTI TRA DISCIPLINE E PROFILI APPLICATIVI.

La Dir. (UE) 770/2019 non introduce regole relative alla formazione, alla validità e all'efficacia dei contratti disciplinati, né regola le conseguenze derivanti dall'eventuale esercizio dei diritti previsti dal GDPR sul rapporto contrattuale, rimettendo la disciplina di tali aspetti alle legislazioni nazionali. D'altra parte, il Capo I-bis del Codice del consumo, deputato alla attuazione della Direttiva nell'ordinamento italiano, si limita a recepire le disposizioni sui rimedi sinallagmatici e le disposizioni sul risarcimento del danno e a rinviare, per tutto quanto non previsto al suo interno, alle disposizioni del Codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia del contratto (art. 135-*vicies ter*).

Sulla base di questo quadro normativo è evidente come risultino rimesse all'interprete numerose questioni interpretative che dipendono dalla interazione tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e la disciplina contrattuale, consumeristica e generale.

Rispetto a questi rapporti, dall'ordinamento europeo e nazionale si possono evincere due criteri legislativi: da una parte, si afferma che «in caso di conflitto» tra disciplina sulla protezione dei dati personali e quella consumeristica relativa ai contratti di fornitura (art. 3, par. 8, Direttiva; art. 135-*novies*, comma 6, Cod. cons.) deve prevalere la prima sulla seconda; dall'altra, si afferma che la disciplina sulla protezione dei dati personali comunque non pregiudica le disposizioni generali dei singoli Stati membri sulla formazione, validità ed efficacia dei contratti (art. 8 e GDPR; art. 3, par. 8, Direttiva).

Il primo criterio, a prima vista, manifesta l'idea che le discipline considerate operino su piani distinti e opposti. Una simile interpretazione, però, non sembra giustificata sotto il profilo sistematico, né consigliabile sotto il profilo operativo. Se è vero, come abbiamo cercato di dimostrare precedentemente, che la disciplina sulla protezione dei dati personali regola anche strumenti di autodeterminazione dell'interessato e che questi ultimi non sono altro che forme di espressione di autonomia privata sui dati personali, la distanza con la disciplina contrattuale si riduce e parlare di “conflitto” risulta eccessivo.

Ci sembra, inoltre, che il rapporto tra le discipline in questione non possa essere inteso neppure come il rapporto che intercorre tra branche del diritto diverse per caratteri e

⁵⁷⁹ Così G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Studi e materiali*, 2, 2020, p. 385 ss., spec. p. 395.

funzioni, come è quello tra diritto civile e diritto penale⁵⁸⁰, ma come un rapporto di complementarità derivante dal substrato comune presente in entrambe, cioè il riferimento all'autonomia privata. D'altra parte, facendo salva la disciplina generale del contratto propria di ogni Stato membro, il secondo criterio indicato sembrerebbe esprimersi proprio in questo senso. Si potrebbe, in definitiva, ritenere che tutte le discipline poc'anzi richiamate regolino profili specifici dell'autonomia privata, senza che nessuna escluda l'altra, ma al più la completi.

Se questa premessa fosse condivisibile, nei casi di interferenza tra discipline derivanti dall'esigenza di risolvere un problema applicativo, si potrebbe pensare di ricorrere al criterio euristico, da autorevole dottrina utilizzato⁵⁸¹, della utilità/disutilità del rimedio in circostanze ove siano applicabili anche altri rimedi appartenenti alla stessa branca del diritto.

Il primo profilo applicativo che qui vorremmo esaminare è quello delle conseguenze derivanti dalla revoca del consenso o dall'opposizione al trattamento per finalità di marketing diretto sui contratti di fornitura condizionati alla messa a disposizione di dati personali. Il presupposto qui assunto è che il consenso sia stato prestato inizialmente, oppure che i dati personali siano stati comunicati e non vi sia stata opposizione al trattamento subito dopo la conclusione del contratto, cioè che la condizione si sia inizialmente avverata e il contratto abbia cominciato a produrre effetti; se, infatti, vi fosse stato rifiuto del consenso oppure opposizione da subito, l'intera operazione contrattuale sarebbe stata definitivamente inefficace sin dal momento della stipulazione a causa del mancato avveramento della condizione⁵⁸².

Rispetto a questo problema la dottrina adotta soluzioni differenti, talvolta completamente opposte, anche alla luce alle diverse premesse ricostruttive assunte. Precisiamo che le opinioni in questione sono state formulate solo con riguardo alla revoca del consenso, in quanto, in premessa, assumono che il legittimo interesse, e dunque, il correlato diritto d'opposizione non siano applicabili; le nostre considerazioni, invece, si riferiranno anche a quest'ultimo.

⁵⁸⁰ È un dato ormai acquisito nella dottrina civilistica contemporanea che diritto penale e diritto civile, rispondendo a funzioni diverse dell'ordinamento, diano qualificazioni diverse degli stessi fatti e che, per il principio di relatività delle qualificazioni normative, le valutazioni dell'uno non si possano trasporre automaticamente sul piano dell'altro. Esempio, per comprendere l'essenza della relatività delle qualificazioni giuridiche tra diritto civile e diritto penale, l'opera di v. V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989, p. 20 ss. Più di recente la dottrina ha evidenziato come la relatività delle qualificazioni, a determinate circostanze, non imponga neppure la totale incomunicabilità tra settori. In questo senso, V. CAREDDA, *Provocazione e concorso del fatto colposo del debitore del danneggiato: una veduta di scorcio dell'ordinamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2017, p. 63 ss., a proposito della influenza della valutazione penalistica della provocazione dell'offeso circa la rilevanza ai sensi dell'art. 1227 c.c. della provocazione del danneggiato. Con riguardo al tema della rilevanza dalla norma penale nel giudizio di nullità per contrarietà a norme imperative ex art. 1418 comma 1 c.c., v. M. RABITTI, *Contratto e illecito penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 53 ss., spec. p. 66 ss.

⁵⁸¹ Il riferimento è ancora una volta a G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 256 ss., spec. nota 330.

⁵⁸² Cfr. ID, in *op. ult. cit.*, p. 259. Sull'avveramento e non avveramento della condizione, in generale, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 508 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 583 ss.

All'interno delle opinioni che ricostruiscono le figure in questione nei termini di un collegamento funzionale e bilaterale tra negozi si riscontrano opinioni divergenti. Alcuni⁵⁸³ ritengono che la revoca del consenso determini, senza particolari riflessioni ulteriori⁵⁸⁴, la «caducazione anche degli effetti del contratto» di fornitura del servizio o del bene.

Altri⁵⁸⁵, invece, ammettendo di sviluppare una proposta *de iure condendo*, affermano che la caducazione automatica degli effetti del contratto non sarebbe una soluzione adeguata in quanto pregiudicherebbe eccessivamente gli interessi delle parti: la soluzione ottimale al fine del bilanciamento degli interessi contrapposti sarebbe, di conseguenza, quella di riconoscere in capo all'operatore economico «il diritto di sciogliersi dal contratto per via dell'alterazione della componente patrimoniale della operazione negoziale» e, contestualmente, al consumatore-interessato la facoltà di «mantenere in vita l'operazione negoziale offrendo una “riconduzione ad equità”, ossia reintegrando il valore deducibile dallo sfruttamento dei dati».

⁵⁸³ Così F. BRAVO, *Lo “scambio” di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., p. 46 e p. 58.

⁵⁸⁴ Si segnala, infatti, che il problema della trasmissione dell'invalidità o inefficacia di un negozio ad un altro funzionalmente collegato è assai dibattuto in dottrina; precisamente, risulta controverso il meccanismo tecnico-giuridico attraverso il quale tale trasmissione dovrebbe avvenire, al di là del generico riferimento al principio *simul stabunt, simul cadent*. A fronte di orientamenti risalenti secondo i quali, in presenza di collegamento funzionale bilaterale, «la regola fondamentale si riassume nella formula “simul stabunt, simul cadent”» e «[...] l'interdipendenza si risolve, in sostanza, nell'estensione di ogni vicenda di un contratto all'altro» (così F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, rist. 1973, Milano, p. 719, spec. p. 731), tale da alludere ad una sorta di trasposizione automatica di un vizio o difetto funzionale dell'uno in un pedissequo vizio o difetto funzionale dell'altro, la dottrina successiva adotta un approccio più moderato. Rispetto a quest'ultimo approccio, ricordiamo l'opinione di D. CARUSI, *La disciplina della causa, in I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, pp. 580-581, il quale ritiene che «la caducazione “riflessa” del contratto collegato dovrà essere oggetto di distinto accertamento, ed anzi va probabilmente ammesso che esso si verifichi – se non sempre e necessariamente *ope iudicis* – solo su apposita iniziativa della parte interessata». Di particolare rilievo sono altresì le opinioni di chi cerca di fondare le conseguenze caducanti dell'interdipendenza alla luce del dato positivo: alcuni ritengono, infatti, che il difetto o il vizio di un negozio determini l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta nell'altro, il quale andrebbe risolto ex art. 1463 c.c. (così F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1959, p. 412 ss.; cfr. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 498 ss., la quale adotta una soluzione simile rispetto al fenomeno della presupposizione); altri ritengono che il vizio di un negozio possa propagarsi sull'altro negozio alla luce della disciplina della nullità del contratto per mancanza di causa, cioè ex art. 1418 comma 2 c.c. (così M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 495); infine vi è chi ritiene che «ai contratti collegati si applicano pertanto le regole della nullità parziale, per cui l'invalidità degli altri può comportare l'invalidità degli altri che ad essi sono collegati; dell'impossibilità parziale sopravvenuta, per cui l'impossibilità di esecuzione di un contratto può comportare la risoluzione degli altri contratti; dell'inadempimento parziale, per cui l'inadempimento di un contratto può comportare la risoluzione anche degli altri contratti; dell'eccezione di inadempimento, per cui l'inadempimento di un contratto può legittimare la parte a non eseguire gli altri contratti» (così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, I ed., Milano, 1984, p. 454 ss., spec. pp. 457-458, secondo il quale). D'altra parte, di recente, vi è anche chi ha ritenuto che il problema della trasmissione non si porrebbe se il collegamento negoziale funzionale venisse ricostruito nei termini di una unitaria fattispecie complessa, tale per cui sarebbe più opportuno discorrere di vizi o difetti di una clausola o solo di una parte dell'unitario accordo, V. BARBA, *La connessione di negozi e il collegamento negoziale. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2008, p. 1167 ss., spec. pp. 1186-1188.

⁵⁸⁵ Si tratta della opinione di G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 182 ss., spec. nota 127.

Analogamente, si riscontrano opinioni opposte all'interno dell'orientamento che riconduce le figure in questione al modello delle promesse condizionate al consenso al trattamento. Alcuni⁵⁸⁶, infatti, ritengono applicabile la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.), non considerando forse che l'idea stessa di condizione avverata potrebbe porsi in antitesi col concetto di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Altri⁵⁸⁷, invece, proprio alla luce della non riconducibilità del consenso al concetto di vincolo nell'interesse altrui, escludono possa applicarsi la risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.); tuttavia, sul presupposto che anche allo scambio condizionale siano applicabili alcuni dei rimedi sinallagmatici, ritengono di potere individuare nell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) uno strumento utile al fine del bilanciamento degli interessi, in quanto tramite essa l'operatore economico potrebbe sospendere il servizio fintanto che il consumatore non manifesta nuovamente il consenso.

Rispetto al problema esaminato, in linea generale, un approccio radicale non è consigliabile; nondimeno, riteniamo di voler accedere a quelle teorie che propongono di trovare una soluzione *de iure condito*.

Ricostruendo le fattispecie di cui alla Direttiva nei termini di contratti di fornitura sottoposti alla condizione della messa a disposizione dei dati personali ed ammettendo che lo scambio così configurato integri pur sempre una ipotesi di corrispettività per il nostro ordinamento, si intrecciano, da una parte, gli istituti della protezione dei dati personali, dall'altra, la disciplina della condizione (artt. 1353 ss.) e la disciplina dei rimedi sinallagmatici (artt. 1453 ss.). Le proposte, frutto del coordinamento tra discipline diverse, potrebbero essere molteplici.

La prima proposta muove dall'idea di poter valorizzare il significato funzionale dell'elemento condizionale. La dottrina⁵⁸⁸, infatti, ritiene che, ai fini della valutazione dell'avveramento della condizione, si possa tener conto anche delle vicende successive che caratterizzano l'evento dedotto in condizione, qualora si tratti di un atto giuridico (es. revoca o annullamento della licenza amministrativa dedotta in condizione dalle parti ed inizialmente rilasciata). Conseguentemente, la revoca del consenso o l'opposizione al trattamento, ancorché la condizione si sia già avverata in una prima fase, potrebbero essere considerate come vicende che incidono sulla valutazione di avveramento e determinare il c.d. mancamento della condizione.

Ora, salvo che le parti stabiliscano che nel caso di mancato avveramento per revoca del consenso o opposizione al trattamento il contratto resti efficace e che il consumatore pagherà un prezzo, il mancamento della condizione determinerebbe l'inefficacia retroattiva del contratto sin dal momento della stipulazione e, dunque, esporrebbe le parti all'azione di indebito per le operazioni e le forniture che fino a quel momento sono state eventualmente eseguite.

⁵⁸⁶ S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 188.

⁵⁸⁷ Così C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., pp. 112-114.

⁵⁸⁸ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., cit., p. 509. In senso analogo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 584, il quale discorre di un «*controfatto*» che cancelli il fatto condizionante e ritiene che esso possa rilevare ai fini del giudizio di avveramento o mancamento soltanto nel caso in cui «*realizzi proprio il rischio contemplato dal condizionamento*».

In alternativa a questa costruzione, la seconda proposta consisterebbe nel ritenere che, una volta avverata la condizione, la messa a disposizione dei dati personali assurga di fatto a prestazione di un rapporto contrattuale di durata e, conseguentemente, che la revoca del consenso o l'opposizione al trattamento siano interpretabili come ipotesi legali di recesso *ex art. 1372 comma 2 c.c.*, con la conseguenza che il loro esercizio implichi semplicemente lo scioglimento del rapporto per il futuro.

Il secondo profilo applicativo che vorremmo esaminare attiene alle possibili forme di controllo sulle clausole contenenti la richiesta di consenso al trattamento, o più in generale, di messa a disposizione dei dati personali. In proposito si può distinguere tra una serie di ipotesi.

La prima ipotesi riguarda la mancanza di informazioni rispetto al trattamento dei dati personali. Considerato che, una volta inserita in un contesto contrattuale, l'informativa sulla protezione dei dati personali diventa parte integrante del contratto, essa è soggetta alla disciplina delle clausole contrattuali. Anche qui, come osservato in altra sede⁵⁸⁹, è bene distinguere tra mancanza di informazioni principali, come l'indicazione del titolare del trattamento, della base giuridica e delle finalità, e omessa informazione su ulteriori aspetti del trattamento (cfr. artt. 13 e 14 GDPR).

In caso di mancanza di informazioni essenziali del trattamento, la clausola che le contiene potrebbe essere considerata nulla per indeterminabilità dell'oggetto (art. 1418 comma 2 e art. 1346 c.c.). Trattandosi di una nullità parziale (art. 1419 c.c.), l'intero contratto potrebbe essere considerato nullo, salvo che le parti abbiano anche previsto che, in mancanza di messa a disposizione dei dati personali, l'operatore economico avrebbe comunque fornito gratuitamente il servizio o il bene.

Al contrario, in caso di incompleta informazione su aspetti secondari del trattamento, sono prospettabili due strade. Da una parte, dato il contesto delle omissioni, si potrebbe prospettare l'applicazione dell'art. 1337 c.c.; tuttavia, occorrerebbe dimostrare che l'inadempimento di questi obblighi informativi integri sostanzialmente ipotesi di violazione della buona fede contrattuale nell'ambito delle trattative (*id est*, violazione del dovere d'informazione sulle cause di invalidità del contratto; recesso ingiustificato dalle trattative; violenza o dolo)⁵⁹⁰, cosa che però non ci sembra sussista in questi casi. Dall'altra si potrebbe ritenere applicabile la responsabilità speciale *ex art. 82 GDPR*: quest'ultima avrebbe anche il vantaggio di estendere il risarcimento a tutti i danni derivanti dall'inadempimento degli obblighi informativi e non solo all'interesse negativo.

Un'ultima ipotesi è quella in cui le clausole vengano predisposte prospettando conseguenze svantaggiose significative in caso di mancata messa a disposizione dei dati personali. Ora, al di là del fatto che una tale prospettazione sarebbe direttamente in contrasto col requisito di libertà del consenso, per cui l'eventuale consenso prestato sarebbe altresì invalido, determinando una ipotesi di mancato avveramento della condizione, clausole così

⁵⁸⁹ Cap. Secondo § 2.3.

⁵⁹⁰ In proposito, C.M BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., p. 140 ss.

formulate, in quanto inserite in un contratto con un consumatore, sarebbero soggette al giudizio di vessatorietà ed esposte alla nullità parziale *ex art. 33 Cod. cons.*⁵⁹¹

3. GLI ACCORDI DI CONDIVISIONE DEI DATI: UNA IPOTESI DI CONFINE?

L'emersione dei modelli di *data intermediation* e la regolamentazione introdotta dal Reg. (UE) 868/2022 sulla "governance dei dati" pongono il dubbio che il modello dello scambio condizionale non sia l'unico ammissibile nei fenomeni di c.d. patrimonializzazione dei dati personali. Il regolamento, infatti, definisce la «condivisione dei dati» come un «accordo» tra un interessato o titolare di dati e un utente dei dati per la fornitura di dati e indica le «licenze aperte o commerciali, dietro compenso o a titolo gratuito» come figure alle quali ricondurre tale accordo (art. 2, n° 10).

Precisamente, la relazione che ci interessa valutare ora è l'accordo tra interessato e utente di dati personali nel quale si prevede la corresponsione di un compenso per la condivisione dei dati personali: rispetto ad essa, ci si chiede se sia possibile che l'effetto autorizzativo al trattamento di dati personali sia sussumibile all'interno di un contratto a prestazioni corrispettive in senso stretto o se, anche in queste ipotesi, si debba ricorrere al sinallagma condizionale.

Il quesito dipende da una serie di considerazioni in ordine, ancora una volta, al requisito di libertà del consenso. Utilizzando come parametro di riferimento le *Linee guida* del 2017 del GRUPPO DI LAVORO ART. 29 si può osservare come il legislatore ponga una "presunzione forte" di incompatibilità della libertà del consenso con la sua qualificazione in termini di corrispettivo obbligatorio e non, almeno a prima vista, un limite assoluto; inoltre, si rileva come le considerazioni restrittive svolte siano state formulate con riguardo a delle fattispecie specifiche, cioè quelle nelle quali la prestazione principale dell'accordo consiste nella fornitura di un servizio o di un bene.

Prima di procedere nell'esame della questione, occorre dire che, sebbene il quadro normativo introdotto dal Reg. (UE) 868/2022 resti ancora molto scarno in ordine alla qualificazione delle fattispecie, come per le fattispecie di cui alla Dir. (UE) 770/2019 e all'art. 135-*octies* del Codice del consumo, vale il principio per cui con la disciplina introdotta non si istituisca una nuova base giuridica per il trattamento dei dati personali; sicché occorrerà comprendere come la condivisione dei dati personali intesa come accordo sia compatibile con le basi giuridiche di cui al GDPR.

La prima proposta avanzata richiede che si accetti una premessa, cioè che nei casi nei quali l'autorizzazione a trattare dati personali per scopi commerciali rappresenta la prestazione principale dell'accordo non valgano le preclusioni poste dalle *Linee guida* sulla condizionalità del consenso. D'altra parte, assumendo che l'effetto autorizzativo sia effetto diretto dell'accordo, non vi sarebbe la necessità di configurare il consenso come oggetto di

⁵⁹¹ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 186 ss., il quale ritiene che in queste ipotesi dovrebbe comunque applicarsi l'art. 7 par. 2 GDPR, il quale introdurrebbe una forma di nullità virtuale per contrarietà alle norme (imperative) sulla protezione dei dati personali. Per le nostre osservazioni su questa norma v. Cap. Secondo, § 2.4.

un obbligo⁵⁹²; inoltre, in queste ipotesi non vi sarebbe un contesto in cui la finalità del trattamento verrebbe accorpata ad altre col rischio di renderla indistinguibile⁵⁹³. Ciò premesso, gli ostacoli ad inquadrare l'effetto autorizzativo tipico del consenso al trattamento all'interno di un accordo contrattuale sembrano superabili.

In primo luogo, se si sottolinea l'effetto di destinazione allo scopo presente nel consenso, si può cogliere nell'autorizzazione al trattamento per finalità commerciali una vicenda apprezzabile come attribuzione patrimoniale, anche senza la necessità di ricondurre l'effetto alla nascita di una obbligazione o di un diritto patrimoniale derivato⁵⁹⁴.

In secondo luogo, in ordine alla «fungibilità» tra il paradigma negoziale unilaterale e quello bilaterale una parte della dottrina⁵⁹⁵ ritiene che l'autonomia privata si estenda anche alla libertà di «*sostituire* una struttura negoziale ad un'altra, al fine di realizzare [...] un'*identica* funzione»; in altri termini, si ammette che «un *identico* effetto (o vicenda) essenziale possa essere realizzato con una *pluralità* di fattispecie»⁵⁹⁶. Tale libertà, tuttavia, non è illimitata: si afferma, infatti, che la sostituzione di una struttura bilaterale ad una unilaterale sia ammissibile nei limiti in un cui ad essa faccia riscontro «un più articolato assetto di interessi». Tale fungibilità è ammessa anche rispetto agli atti unilaterali dispieganti per il terzo effetti diretti puramente favorevoli, purché il ricorso al contratto corrisponda ad un «incremento della regolamentazione negoziale in astratto “programmabile” con il paradigma più semplice»⁵⁹⁷, *id est* la pattuizione di un corrispettivo.

Ora, nelle ipotesi degli accordi di condivisione dei dati personali ci sembra sussistano i presupposti perché l'effetto autorizzativo per fini commerciali possa essere inserito in una fattispecie contrattuale, garantendo altresì l'applicazione della base giuridica del consenso di cui al GDPR. Se si accetta la fungibilità dei paradigmi strutturali, è ben possibile immaginare che l'effetto autorizzativo che discende dal consenso unilaterale possa essere inquadrato in una struttura bilaterale proprio per l'ampliamento dell'assetto di interessi determinato dalla previsione del corrispettivo pecuniario. Dall'accordo, in definitiva, discenderebbero due prestazioni contrattuali tra loro corrispettive in senso stretto: da una parte l'autorizzazione al trattamento dei dati personali per fini commerciali o di rielaborazione, dall'altra l'obbligo di corresponsione di un prezzo.

⁵⁹² Il consenso al trattamento, una volta espunto da una sequenza o da una operazione complessa, diverrebbe l'unica fonte diretta dell'effetto autorizzativo, come tale liberamente manifestabile.

⁵⁹³ Cfr. *Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 8, ove si indica nell'accorpamento del consenso per finalità ulteriori alle condizioni generali di servizio un indice di possibile mancanza di libertà.

⁵⁹⁴ Cap. Secondo, § 2.2. Il consenso al trattamento per finalità commerciali rimuove un ostacolo all'esercizio della libertà di trattamento del titolare dalla quale egli può ricavare utilità economiche.

⁵⁹⁵ Ci riferiamo all'opinione già citata di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 390 ss. Prima di lui altri hanno ritenuto che non si possa predicare una astratta e rigorosa corrispondenza tra effetto e struttura tipica dell'atto: così P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 163 ss., ove sostiene che la funzione remissoria è compatibile con la struttura contrattuale; cfr. A. FALZEA, *Accertamento*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 210, il quale afferma che la corrispondenza tra la struttura del fatto giuridico e il tipo di effetto giuridico sia «non più che un principio tendenziale».

⁵⁹⁶ C. DONISI, in *op. cit.*, pp. 391-395.

⁵⁹⁷ ID, in *op. cit.*, pp. 426-427.

Dal punto di vista applicativo, l'inquadramento dell'effetto autorizzativo all'interno di un contratto richiederebbe la necessità di adattare le regole poste dal GDPR per il consenso unilaterale ad un accordo. Ad esempio, il requisito di specificità del consenso unilaterale si dovrebbe tradurre in un requisito di determinatezza dell'oggetto dell'accordo; il requisito di libertà posto a presidio della posizione dell'interessato, potrebbe implicare l'applicazione in via analogica di quelle discipline delle invalidità contrattuali che sono poste a tutela della singola parte che subisce il vizio (es. legittimazione a chiedere l'annullamento soltanto della parte nel cui interesse è prevista la tutela); ancora, il riconoscimento della revoca del consenso dovrebbe essere intesa come una ipotesi di recesso legale dal contratto prevista a favore dell'interessato e implicante lo scioglimento del rapporto *ex nunc*.

Questa proposta potrebbe essere sostenuta considerando che colleghi a fenomeni emergenti, rispetto ai quali neppure sono chiari i parametri normativi da seguire. Tuttavia, è bene segnalare che, se si contesta la premessa ipotetica assunta e si ritiene che il requisito di libertà del consenso esclude in qualunque modo che l'effetto autorizzativo possa essere configurato come una prestazione *vincolata*, tale proposta può essere posta nel nulla.

Ritenendo applicabile anche in tali contesti l'interpretazione secondo la quale la libertà del consenso è incompatibile con qualsiasi struttura precettiva che inquadra l'effetto autorizzativo in una pretesa giuridica tutelata e tale da esporre l'interessato a conseguenze negative significative in caso di rifiuto del consenso o della sua revoca, si dovrà concludere che anche in queste fattispecie l'accordo si esprima nei termini di un sinallagma condizionale ("corrisponderò un prezzo, se acconsentirai al trattamento dei dati personali") e che anche in queste ipotesi operino le considerazioni precedentemente fatte in ordine alle conseguenze della revoca del consenso.

4.1. CONFRONTO CON ALCUNE ESPERIENZE STRANIERE. L'AREA TEDESCA.

Il dibattito sulla patrimonializzazione dei dati personali associato alla implementazione della Dir. (UE) 770/2019 appartiene anche ad altri paesi europei.

Come osservato dalla dottrina⁵⁹⁸, il legislatore europeo consegna ai legislatori nazionali e agli interpreti numerose questioni sistematiche ed applicative. Da una parte, ha rimesso alle legislazioni nazionali la qualificazione tipologica dei contratti regolati, nonché il compito di svolgere il coordinamento con la disciplina generale del contratto, in particolare con le relative norme sulla formazione, validità ed efficacia, comprese le conseguenze derivanti dalla risoluzione del contratto che non siano state disciplinate dalla Direttiva e il diritto al risarcimento del danno (art. 3, par. 10). Dall'altra, ha affermato un principio di prevalenza della disciplina sulla protezione dei dati personali ogni qualvolta le fattispecie regolate implicano il trattamento di dati personali (art. 3, par. 8), ma non ha risolto il problema della qualificazione della fornitura dei dati personali come controprestazione in senso tecnico e le questioni derivanti dalla sovrapposizione tra disciplina contrattuale e

⁵⁹⁸ Per un primo bilancio sulla Dir. (UE) in ambito europeo v. K. SEIN-G. SPLINDER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, in *European Review of Contract Law*, 15(3), 2019, p. 257 ss.

disciplina sulla protezione dei dati personali, prime fra tutti le conseguenze della revoca del consenso al trattamento sul contratto di fornitura⁵⁹⁹.

La ridotta presa di posizione del legislatore europeo sulle questioni sistematiche ed applicative suddette giustifica la notevole eterogeneità di approcci interpretativi e legislativi assunti dai singoli Stati membri⁶⁰⁰. Poiché un esame approfondito di tutte le esperienze giuridiche dei paesi UE esorbita dalle possibilità di questo lavoro, ci dedicheremo soltanto a quelle che, per tradizione, costituiscono i principali riferimenti della comparazione con il nostro sistema giuridico, ossia l'esperienza tedesca e l'esperienza francese.

Procedendo con il confronto, per prima cosa ci occuperemo del dibattito teorico sviluppatosi in area germanica e delle disposizioni attuative contenute nel BGB.

Secondo l'opinione dominante⁶⁰¹ all'interno della dottrina tedesca non si dubita che i dati personali, come gli altri attributi immateriali che costituiscono oggetto ai diritti della personalità, possano essere commercializzati ed assurgere ad oggetto di una prestazione contrattuale; nondimeno, si ritiene che il consenso al trattamento e il contratto, nel quale si programma lo sfruttamento economico dei dati personali come controprestazione di un servizio o altro bene, siano atti distinti e soggetti a due discipline parallele.

Dal punto di vista strutturale, si afferma che attraverso il contratto le parti programmino l'attribuzione di un diritto d'uso di dati personali e che da esso, dunque, derivi una obbligazione di fornire i dati personali che potrà tradursi o in un obbligo di consentire il trattamento dei dati personali, oppure in un obbligo di comunicare i dati personali, allorquando la base giuridica applicabile consista nel legittimo interesse. Nel caso di obbligo a consentire il trattamento, il consenso costituisce oggetto di una obbligazione, ma si ammette che quest'ultima abbia un regime speciale simile a quello dell'obbligazione naturale, in quanto non coercibile e revocabile liberamente⁶⁰².

Dal punto di vista dei rapporti tra discipline, le premesse prima esposte si riflettono in una serie di considerazioni. In primo luogo, si afferma che l'eventuale invalidità del contratto non determini automaticamente l'invalidità del consenso⁶⁰³. In secondo luogo, si ritiene che, in caso di revoca del consenso al trattamento, da una parte, non dovrebbe ritenersi sussistente un inadempimento contrattuale risarcibile, in quanto la revoca costituisce un diritto non rinunciabile dell'interessato; dall'altra, il contratto non dovrebbe sciogliersi

⁵⁹⁹ Il Considerando (40) espressamente afferma che, in caso di revoca del consenso al trattamento dei dati personali, le conseguenze sul contratto di fornitura sono rimesse al diritto nazionale.

⁶⁰⁰ Per una panoramica sullo stato dell'implementazione della Dir. (UE) 770/2019 in alcuni dei diversi Stati membri, v., AA. VV., *JIPITEC*, 12(2), 2021, p. 221 ss., ove in particolare sono contenuti i report relativi a Austria, Olanda, Polonia, Estonia, Lituania.

⁶⁰¹ M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, cit., p. 75 ss.; nonché prima C. LANGHANKE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 218 ss.; A. METZGER, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?* in *JIPITEC*, 2017(8), p. 2 ss.

⁶⁰² M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, cit., p. 78; C. LANGHANKE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 223, ove si fa riferimento ad una obbligazione dalla limitata "vincolatività", come le obbligazioni naturali, non coercibili, o le obbligazioni dei contratti di durata, cioè soggette al recesso della parte.

⁶⁰³ Così A. METZGER, *Data as Counter-Performance*, cit., p. 4.

automaticamente, ma in ipotesi specifiche dovrebbe spettare all'operatore economico un diritto di chiedere la risoluzione del contratto⁶⁰⁴.

Nell'ambito della implementazione della Direttiva all'interno del BGB, il legislatore tedesco sembra aver recepito parte delle ricostruzioni della dottrina appena richiamata (art. 327 ss.).

Il §327 q⁶⁰⁵ disciplina espressamente le conseguenze contrattuali delle dichiarazioni di protezione dei dati del consumatore e prevede innanzitutto che, in caso di esercizio dei diritti-rimedi spettanti all'interessato o di dichiarazioni previste dalla disciplina sulla protezione dei dati personali (revoca del consenso, *ndr*) dopo la conclusione del contratto, la sua validità non sia pregiudicata (1). In secondo luogo, è previsto che in caso di revoca del consenso o di opposizione al trattamento, l'operatore può recedere dal contratto senza necessità di un preavviso nell'ipotesi in cui, considerati gli interessi reciproci e la natura dell'affare, non sia prevedibile la prosecuzione del rapporto contrattuale (2). Infine, si esclude il diritto al risarcimento dei danni eventualmente patiti dall'operatore economico per effetto dell'esercizio dei diritti-rimedi o della revoca o della opposizione da parte del consumatore (3)⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ C. LANGHANKE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., p. 226.

⁶⁰⁵ Si riporta qui il testo originale tedesco: §327q - Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers: «(1) Die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss lassen die Wirksamkeit des Vertrags unberührt. (2) Widerruft der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung oder widerspricht er einer weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten, so kann der Unternehmer einen Vertrag, der ihn zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen digitaler Produkte oder zur dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. (3) Ersatzansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher wegen einer durch die Ausübung von Datenschutzrechten oder die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen bewirkten Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung sind ausgeschlossen.». La perifrasi riportata nel testo è frutto della nostra traduzione in italiano.

⁶⁰⁶ Si segnala che simile approccio al problema è stato fatto proprio anche dalla *Lay General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, così come modificata dal Real Decreto-Ley 7/2021. In particolare, v. «Artículo 119-ter. La resolución del contrato. 1. El consumidor o usuario ejercerá el derecho a resolver el contrato mediante una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato. 2. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como *contraprestación*, correspondiendo la carga de la prueba al empresario. [...] 7. *El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo.*». Come in Germania, anche nell'ordinamento spagnolo dalla revoca del consenso ovvero dell'esercizio del diritto d'opposizione da parte del consumatore-interessato il legislatore fa conseguire espressamente il diritto dell'operatore economico di risolvere il contratto, senza che il primo possa essere esposto a conseguenze risarcitorie nei confronti del secondo. Inoltre, si può osservare come l'ordinamento spagnolo riconosca espressamente la fornitura di dati personali come una controprestazione. In dottrina, v. L. HERRERÍAS CASTRO, *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 2022, p. 1010 ss.

4.2. *Segue*. L'AREA FRANCESE.

Nell'ordinamento francese il dibattito dottrinale sviluppatosi intorno ai modelli servizi o contenuti digitali *vs* dati personali risente, come in Italia, del problema della possibile inquadramento o meno del diritto sui dati personali all'interno di diritti patrimoniali⁶⁰⁷.

La dottrina maggioritaria, infatti, sostiene che dalla *Loi Informatiques et Libertés* e dal GDPR non possa ricavarsi una valutazione in termini di patrimonialità dei dati personali e si debba escludere la configurazione del diritto alla protezione dei dati personali in termini di diritto patrimoniale esclusivo⁶⁰⁸.

Da queste premesse sistematiche si sviluppano diverse proposte ricostruttive per spiegare i fenomeni commerciali ove rileva uno sfruttamento commerciale dei dati personali. Alcuni propongono di considerare il diritto alla protezione dei dati personali come un diritto analogo al diritto d'autore, quindi, caratterizzato dalla presenza di due facoltà distinte, una patrimoniale e una morale; tuttavia, si obietta che una simile equiparazione non sarebbe ammissibile data la mancanza dei presupposti di creatività e originalità nei dati personali⁶⁰⁹.

Altri propongono di sussumere la fornitura di dati personali per finalità commerciali all'interno della categoria dell'obbligazione di servizi⁶¹⁰. Quest'ultima impostazione, sviluppata a latere dell'introduzione della Dir. (UE) 770/2019 e in vista della sua implementazione nel *Code de la consommation*, muove sostanzialmente dall'idea che il consumatore, attraverso il rilascio di dati personali dato dall'utilizzo della piattaforma, offra a sua volta un servizio digitale all'operatore economico. Conseguentemente, il contratto di servizi o contenuti digitali erogato a fronte della fornitura di dati personali non sarebbe soltanto *onéreux*, ma altresì *synallagmatique*.

Ora, dal punto di vista legislativo, non è chiaro se quest'ultima impostazione sia stata accolta nella sua interezza al momento dell'attuazione della Direttiva. Dall'articolo L224-25-2, I, del *Code de la consommation* risulta che la fornitura di dati personali sia inquadrata come un «*avantage au lieu ou en complément du paiement d'un prix*»⁶¹¹. Da ciò, dunque, si può desumere che il contratto sia *à titre onéreux*, ma non è del tutto chiaro se la fornitura di dati personali sia considerata anche come una vera e propria obbligazione e, quindi, se il contratto sia altresì *synallagmatique*.

Sotto il profilo del coordinamento tra disciplina contrattuale e disciplina sulla protezione dei dati personali si assiste ad una implementazione più ridotta rispetto a quella

⁶⁰⁷ Per una ricognizione generale del dibattito, v. M. BARNELIN, *La patrimonialisation des données personnelles: entre représentation(s) et réalité(s) juridiques*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 46, 2019, 1172 ss.

⁶⁰⁸ In questo senso, v. A. VAAST, *La patrimonialisation des données personnelles*, Paris, 2021, p. 25 ss., nonché 86 ss.; J. ROCHFELD, *Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in E. Netter-A. Chaigneau, *Les biens numériques*, Paris, PUF, coll. CEPRISCA, 2015, p. 221 ss.

⁶⁰⁹ Per questi rilievi critici e per ulteriori riferimenti bibliografici v. A. VAAST, in *op. cit.*, p. 121 ss.

⁶¹⁰ J. SENECHÁL, *Lutte contre les clauses abusives et protection des données à caractère personnel*, in *Actualité Juridique. Contrat*, 10, 2019, p. 412 ss., spec. §2.1, la quale discorre dell'ipotesi ricostruttiva di un contratto di scambio tra due servizi.

⁶¹¹ Sul concetto di *avantage* cfr. G. CORNU, *Contrepartie*, in *op. cit.*, p., 261, ove «Dans un contrat à titre onéreux» è intesa come «l'avantage reçu de l'autre»;

avvenuta in area tedesca. Il legislatore francese, infatti, omette di disciplinare espressamente le conseguenze derivanti dalla revoca del consenso al trattamento o dall'opposizione al trattamento per legittimo interesse del titolare; queste dovranno essere individuate dall'interprete alla luce della ricostruzione assunta.

Nondimeno, sono state introdotte altre disposizioni non trascurabili. Gli articoli L211-2 e R211-5, infatti, dimostrano la peculiare sensibilità dell'ordinamento francese rispetto alle esigenze di trasparenza nelle trattative contrattuali⁶¹²: infatti, dalle suddette disposizioni deriva in capo all'operatore economico l'obbligo (o forse l'onere) di indicare all'interno delle condizioni generali di contratto quale sia la natura del vantaggio corrisposto dal consumatore per la fornitura del servizio o contenuto digitale e, nel caso in cui coincida con la facoltà dell'operatore di trattare dati personali per scopi pubblicitari o commerciali, di precisare le modalità con le quali tale trattamento verrà eseguito. In questo modo, poiché le condizioni generali vengono intese non solo come strumento informativo, ma anche come strumento in cui vengono determinati gli elementi del rapporto contrattuale, emerge chiaramente come la fornitura di dati personali divenga vero e proprio oggetto del contratto.

⁶¹² Per questi rilievi, v. G. LOISEAU, *L'ordonnance du 29 septembre 2021: un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques*, in *Communication-Commerce électronique*, 12, 2021, p. 3.

BIBLIOGRAFIA PER AUTORE

- N. ABBAGNANO, voce *Affermazione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971.
ID, voce *Asserzione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971.
ID, voce *Dato*, in *Dizionario filosofia*, Torino, 1971.
ID, voce *Segno*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971.
ID, voce *Significato*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971.
A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.
G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019.
ID, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2022.
E. ALTAVILLA, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960.
G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.
ID, *Controllo sull'esecuzione ed efficacia negoziale*, in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di Diritto civile*, a cura di R. Di Raimo, Napoli, 2006.
ID, *Lezioni di Diritto civile*, Torino, 2014.
ID, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Studi e materiali*, 2, 2020.
M. AMBROSOLI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, agg. I, Torino, 2014.
C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.
ID, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di Giustizia dell'UE: il rapporto fra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2021.
F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, sesta ed. agg., Milano, 1969.
G. ARANGIO-RUIZ, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.
M. ARE, voce *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.
A. ASTONE, *Autodeterminazione nei dati e sistemi AI*, in *Contratto e impresa*, 2, 2022.
T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978.
A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, I) *Parte generale*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
AA. VV., *JIPITEC*, 12(2), 2021.
A. BALDASSARE, voce *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990.
F. BANTERLE, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei big data tra privacy e proprietà intellettuale*, in *Aida*, 2016.
V. BARBA, *La connessione di negozi e il collegamento negoziale. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2008.
M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, 1/1987.
M. BARNELIN, *La patrimonialisation des données personnelles: entre représentation(s) et réalité(s) juridiques*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 46, 2019.
E. BATTELLI-G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento (UE)*

- n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy), a cura di R. Panetta, Milano, 2019.
- A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2020.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta II. ed., Napoli, 2002.
- A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice Civile*, Milano, 1977.
- A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali - V*, Milano, 2012.
- G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *AIDA*, 2005
- ID, *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. Ubertazzi, Torino, 2011.
- M. BESSONE-G. FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, I ed., Milano, 1984.
- ID, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, II ed., 2002.
- ID, *Nota introduttiva I*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Tomo I, Padova, 2007.
- ID, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2014.
- ID, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., Milano, 2017.
- ID, *Istituzioni di diritto privato*, II. ed., Milano, 2018.
- ID, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019.
- ID, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2020.
- M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2011.
- EAD, *Contratti di pubblicità, sponsorizzazione, sfruttamento del nome e dell'immagine*, in *Opere e servizi - I*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, Milano, 2014.
- G. BIANCHI CLERICI, *I campioni biologici nei provvedimenti dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali. Le informazioni genetiche*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n° speciale 2016, Roma, 2016.
- F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in *Il trattamento dei dati personali*, II, *Profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Torino, 1999.
- G. BISCONTINI, *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, terza rist., 1999.
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.
- ID, voce *Libertà*, in *treccani.it*, tratto da *Enc. del Novecento*, III, 1978.
- L. BOLOGNINI-E. PELINO, *Dato personale e trattamento*, in *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di L. Bolognini, Milano, 2016.
- F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017.
- ID, *Il "diritto a trattare dati personali" nello svolgimento di attività economica*, Milano, 2018.
- ID, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 1, 2019.
- ID, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2021.
- G. BUSIA, voce *Riservatezza (diritto alla)*, *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 2000.

- F.D. BUSNELLI, *Nota introduttiva II*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Tomo I, Padova, 2007.
- F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 7/1998.
- F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- F. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.
- EAD, *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.*, 3, 2019.
- V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998.
- V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996.
- EAD, *Autonomia privata e autoresponsabilità*, Torino, 2004.
- EAD, voce *Onere*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, VIII Agg., 2013.
- EAD, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013.
- EAD, *Imperfecta lex, sed lex. Note a margine di una norma senza sanzione (art. 6 d.legisl. 122/2005)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2013.
- EAD, *Provocazione e concorso del fatto colposo del debitore del danneggiato: una veduta di scorcio dell'ordinamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2017.
- EAD, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, in *Giustizia civile*, 1/2019.
- EAD, *Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli e G. Ponzanelli, seconda ed., Milano, 2020.
- EAD, *«Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola»*. *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, in *Nuovo Diritto Civile*, 3/2021.
- EAD, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, in *Diritti di Famiglia e delle Persone*, 3/2022.
- C. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943.
- G. CORNU, *Patrimonialisation*, in *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} ed., PUF, 2020.
- ID, *Contrepartie*, in *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} ed., PUF, 2020.
- L. CARRARO, *Contributo alla dottrina dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947.
- ID, voce *Autorizzazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968.
- D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999.
- C. CASTRONOVO, *Situazioni giuridiche soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 1998.
- ID, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2010.
- P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, coll. "Droit, Éthique, Société", Paris, 1998.
- F. CATALANO, *Il diritto alla portabilità dei dati tra interessi individuali e prospettiva concorrenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2019.
- A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972.
- R. CATERINA, *Novità e continuità nel Regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2019.

- I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2011.
- C. CICERO, voce *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, agg., Torino, 2014.
- R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Diritto e processo*, 2018.
- G. COCCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale I, 2 – Il reato*, a cura di G. Cocco, Milano, 2012.
- G. COMANDÉ, *Ricerca in sanità e data protection: un puzzle risolvibile...*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019.
- G. CONTE, *Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997.
- A. CORDIANO, *Biobanche di ricerca e modelli regolativi*, in www.comparazionediritto.civile.it, 1/2018.
- M. COSTANZA, voce *Revoca*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1998.
- V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- A. DA RE, *Big data e aspetti bioetici*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14° Convegno Nazionale della SISDiC. 9-10-11 maggio 2019, a cura di P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco, Napoli, 2020.
- G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali – IV*, Milano, 2011.
- ID, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, a cura di G. D'Amico e S. Pagliantini, Torino, 2018.
- G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, in *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola, V. Paganelli, Torino, 2022.
- M. D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, Napoli, 2021.
- A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Vol. IV, t. 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1959.
- A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017.
- ID, *Il pagamento mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale. Il contributo della teoria generale del diritto allo studio della normativa sulla tutela dei dati personali*, Milano, 1999.
- G. DE GREGORIO-R. TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Torino, 2019.
- C. DEL FEDERICO-A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017.
- M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *I dati personali del diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985.
- L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000.
- F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in *I dati personali del diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- F. DI LELLA, *Ambiti di rilevanza e tutela dei dati genetici*, in *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e giurisprudenza civile*, 4, 2009.
- A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.

ID, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, in *Diritto dell'informatica*, collana diretta da G. Alpa, Milano, 1998.

ID, *La nullità*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. 7, Torino, 2002.

F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1959.

C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, 1984.

A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Napoli, 1979, rist. ed. 1941.

ID, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996.

ID, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997.

ID, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003.

G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998.

G.B. FERRI, *Oggetto dei diritti della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm. e obbl.*, 1984.

ID, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, II ed., Rimini, 1989.

L. FERRI, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003.

G. FILANTI, voce *Nullità*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2010.

EAD, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012.

EAD, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017.

EAD, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2017.

E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915.

L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

G. FLORIDIA, *Le creazioni intellettuali a contenuto tecnologico*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di P. Auteri, G. Floridia, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, R. Romano, P. Spada, sesta ed., Torino, 2020.

V. FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1968.

E. GABRIELLI, voce *Contratto e operazione economica*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VI agg., Torino, 2011.

F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. III, t.1, Milano, 1988.

P. GALLO, voce *Pactum de non petendo*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, 2020.

M. GAMBINI, *La protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona: meccanismi di tutela*, in *Espaço juridico*, 1/2013.

EAD, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.

- I. GARACI, *I contratti per lo sfruttamento del nome e dell'immagine. Parte generale*, in *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, a cura di A.M. Gambino, in *Trattato di Diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Sez. II – Tomo 3. VII, Torino, 2012.
- L. GATT-R. MONTANARI-I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2/2017.
- A. GENOVESE, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.
- A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, t. 2, Torino, 2006.
- ID, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022.
- G. GIACOBBE, voce *Riservatezza (diritto alla)*, *Enc. dir. Treccani*, XL, Milano, 1989.
- G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958.
- E. GIANNANTONIO, *Art. 1, comma 1*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M. G. Losano, V. Zeno-Zencovich, II ed., Padova, 1999.
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol II, Milano, 1970.
- ID, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Treccani*, II Appendice (1948), reperibile su www.treccani.it.
- F. GIGLIOTTI, *Diritti personali di godimento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2018.
- M. GIORGIANNI, *Il «nuovo» diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 4/2019.
- G. GORLA, *Promesse «condizionate» ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1968.
- M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Il diritto soggettivo*, 2, *La parte generale del Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001.
- G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali – IV*, Milano, 2011.
- D. HALLINAN-R. GELLERT, *The Concept of “Information”: An Invisible Problem in the GDPR*, in *Scripted*, vol. 2, issue 2, 2020, p. 269 ss.
- C. IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo*, in *juscivile*, 2/2020.
- EAD, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.
- N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Varese, 1984.
- ID, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Varese, 1984.
- ID, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990.
- ID, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.
- ID, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell’atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2005.
- A. JANNARELLI, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018.
- A.C. JEMOLO, voce *Libertà (aspetti giuridici)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, Milano.
- I. KANT, *La metafisica dei costumi. Testo tedesco a fronte*, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, 2006.
- C. LANGHANKE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015.
- A. LENER, voce *Potere, b) Dir. priv.*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir., Annali – V*, Milano, 2012.
- L. LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3/2021.
- A. LOIODICE, voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

- G. LOISEAU, *L'ordonnance du 29 septembre 2021: un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques*, in *Communication-Commerce électronique*, 12, 2021.
- C. LO SURDO, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, in *Diritto alla riservatezza e alla circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003.
- EAD, *Gli strumenti di tutela del soggetto «interessato» nella legge e nella sua concreta applicazione*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003.
- A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.
- ID, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984.
- F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997.
- M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.
- A. MAGNI, *Riservatezza e autodeterminazione nella partecipazione alla ricerca scientifica*, Napoli, 2012.
- S. MAIORCA, voce *Contratti standard*, in *Nov. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981.
- A. MANTELERO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva (artt. 32-39)*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017.
- ID, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, decima ed., Milano, 2017.
- M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi*, IV, a cura di A. Gentili, *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.
- C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986.
- G. MARINO, *Internet e tutela dei dati personali: il consenso ai cookie*, in *juscivile*, 2, 2020.
- C. I. MARTINI, *Comitato europeo per la protezione dei dati*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017.
- M. MASSIMI, *Quali orizzonti per il marketing?* in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento (UE) n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di R. Panetta, Milano, 2019.
- S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006.
- M. MESSINA, *I diritti dell'interessato*, in *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004.
- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, rist. 1973, Milano.
- D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- ID, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983.
- ID, voce *Beni immateriali*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988.
- ID, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998.
- R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *federalismi.it*, n. 21/2019.
- A. METZGER, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?* in *JIPITEC*, 2017(8).
- P. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.
- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955 (rist. 1988).
- ID, voce *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978.

- ID, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/1993.
- M. W. MONTEROSSÌ, *Estrazione e (ri)utilizzo di informazioni digitali all'interno della rete internet. Il fenomeno del c.d. web scraping*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2022.
- L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Tomo I, Milano, 2006.
- U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, III, Torino, 1988.
- A. MORETTI, *Il valore dei dati nell'European Data Strategy: sviluppo della persona, dinamiche di mercato e benessere sociale*, in *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola, V. Paganelli, Torino, 2022.
- E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, p. 41 ss., in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. MEZZANOTTE, *Studies in Law&Social sciences*, II, Roma, 2016.
- A. NICITA, *Il dato profilato nella prospettiva economica tra privacy, propertization, secrecy*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.
- R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011.
- ID, *Campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n° speciale 2016, Roma, 2016.
- F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.*, 4, 2002.
- G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, in *Diritto dell'informatica*, collana diretta da G. Alpa, Milano, 1998.
- A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, II, Milano, 2003.
- ID, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, 2019.
- R. ORESTANO, *Azione in generale. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- M. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2010.
- ID, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 3, 2019.
- ID, *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, in *Corso di diritto civile*, collana diretta da M. Orlandi, Torino, 2020.
- A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, Torino, 2017.
- A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 17/2009.
- R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in www.juscivile.it, 3/2014.
- S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies e 135 vicies-ter c. cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 6, 2022.
- A. PALERMO, voce *Opposizione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1968.
- V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966.
- B. PARENZO, *Dati personali come "moneta". Note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020*, in *juscivile*, 5/2020.
- S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 4, pt. II, 1999.
- ID, *Le prove*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, II ed., Milano, 2021.
- C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.

EAD, *Data as the Object of a Contract*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2019.

EAD, *Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*. Atti del 14° Convegno Nazionale della SISDiC. 9-10-11 maggio 2019, a cura di P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco, Napoli, 2020.

P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.

ID, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 1990.

ID, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.

F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2013.

ID, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2/2017.

ID, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2019.

D. POLETTI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diritto on line – Treccani*, 2015, reperibile su www.treccani.it.

EAD, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 12, 2019.

G. PROIETTI, *Algoritmi e interesse del titolare del trattamento nella circolazione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 3, 2022.

S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.

ID, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

A. PUNZI, *La persona nei dati. Ragioni e modelli di una regolamentazione*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2007.

A. PURPURA, *Il consenso nel mercato dei dati personali. Considerazioni al tempo dei Big data*, in *juscivile*, 4, 2022.

N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, n°1, 2018.

S. QUINTARELLI, *Capitalismo dell'immateriale: le tecnologie digitali e il nuovo conflitto*, Torino, 2019.

M. RABITTI, *Contratto e illecito penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000.

I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?* in *Eur. Dir. Priv.*, 2, 2021.

P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991.

G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2000.

ID, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in *Il Codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004.

ID, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

ID, *Contratto e diritti della personalità*, in *Interferenze*, VI, *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.

ID, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. dell'Inf. e Inf.*, 3/2007.

ID, *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2013.

ID, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutela*, a cura di A. M. Gambino e A. Stazi, Pisa, 2020.

ID, *Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona*, in *Il trattamento algoritmico dei dati. Tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14° Convegno Nazionale della SISDiC. 9-10-11 maggio 2019, a cura di P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco, Napoli, 2020.

ID, *La regolazione digitale nell'Unione Europea – Privato, collettivo, nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022.

G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018.

A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017.

G.M. RICCIO-F. PEZZA, *Portabilità dei dati personali e interoperabilità*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.

V. RICCIUTO, *Campioni biologici e trattamento dei dati personali*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n° speciale 2016, Roma, 2016.

ID, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf. e inf.* (II), 4, 2018.

ID, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022.

M. RICOLFI, *I segni distintivi di impresa. Marchio ditta insegna*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di P. Auteri, G. Florida, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, R. Romano, P. Spada, sesta ed., Torino, 2020.

J. ROCHFELD, *Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in E. Netter-A. Chaigneau, *Les biens numériques*, Paris, PUF, coll. CEPRISCA, 2015.

S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

ID, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

ID, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.

ID, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.

ID, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2004.

R. ROMANO-P. SPADA, *Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di P. Auteri, G. Florida, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, R. Romano, P. Spada, sesta ed., Torino, 2020.

Salv. ROMANO, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968.

Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalterata ed. 1947, Milano, 1983.

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, sec. ed., Milano, 2011.

E. RUSSO, *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam.*, 1989.

ID, voce *Diritto soggettivo, I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, agg. 2005.

ID, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2008.

R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957.

ID, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987.

ID, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Il contratto*, a cura di R. Sacco-G. De Nova, Milano, 2016.

- S. SANDULLI, *Algoritmi, trasparenza ed effettività del consenso*, in *jus civile*, 5, 2021.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956.
- ID, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- A. SATTLER, *Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR, in Data as a Counter Performance – Contract Law 2.0?*, edited by Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer, *Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Baden-Baden, 2020.
- G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974.
- V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Inefficacia*, Milano, 1998.
- S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. inf.*, 1987.
- M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, in *Digital revolution – New Challenges for Law*, curato da A. De Franceschi e R. Schulze, München, 2020.
- P. M. SCHWARTZ, *Privacy, Property, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 4/2004.
- O.T. SCOZZAFAVA, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.
- K. SEIN-G. SPLINDER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, in *European Review of Contract Law*, 15(3), 2019.
- J. SENECHÁL, *Lutte contre les clauses abusives et protection des données à caractère personnel*, in *Actualité Juridique. Contrat*, 10, 2019.
- R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020.
- ID, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2/2020.
- S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2001.
- B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2020.
- I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contr. impr.*, 2, 2021.
- M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978.
- ID, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo, Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n° speciale 2016, Roma, 2016.
- S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Rimini, 2016.
- EAD, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2016.
- EAD, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018.
- V. M. TRIMARCHI, voce *Atti unilaterali*, in *Nov. Dig. it.*, I, Torino, 1958.
- M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018.
- A. VAAST, *La patrimonialisation des données personnelles*, Paris, 2021.
- S. VAN ERP, *Management as Ownership of Data*, in *Data as a Counter Performance – Contract Law 2.0?*, edited by S. Lohsse-R. Schulze-D. Staudenmayer, *Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Baden-Baden, 2020.
- P. VERCELLONE, voce *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965.
- G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2021.

G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008.

L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *AIDA*, 1997.

ID, *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, Milano, 2000.

ID, *Introduzione*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. Ubertazzi, *Trattato di diritto privato e dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2011.

ID, *Proprietà intellettuale e privacy*, in *Foro it.*, 3, 2014.

S. D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4/1890.

V. ZAMBRANO, *Il Comitato europeo per la protezione dei dati*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019.

P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Tomo I*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011.

ID, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2007, *Parte Seconda*.

H. ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, Tübingen, 2012.

ID, *Information as Property*, in *JIPITEC*, 6/2015.

V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989.

ID, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989.

ID, voce *Identità personale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993.

ID, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993.

ID, *Profili negoziali degli attributi delle personalità*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inf.*, 1993.

ID, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995.

ID, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997.

ID, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 8/1997.

ID, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, in *Diritto dell'informatica*, collana diretta da G. Alpa, Milano, 1998.

ID, *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999.

ID, *I diritti della personalità*, in *Le fonti e i soggetti*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, vol. I, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009.

ID, *Ten legal perspective on the "Big data revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, 1/2016.

ID, *Do "Data Markets" Exist"? in MediaLaws – Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, 2/2019.

N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e tutela del diritto alla privacy*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019.

S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019.