Tosi E, 'Dati personali e contratto: un ossimoro apparente' (2023) 2 EJPLT, 71 - 92.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT232ET

EJPLT
ISSN 2704-8012



Dati personali e contratto: un ossimoro apparente*

Personal data and contract: an apparent oxymoron

EMILIO TOSI
Professore Associato di Diritto Privato
Università di Milano Bicocca
Direttore Esecutivo Centro Studi "Diritto Nuove Tecnologie"

Abstract
L'articolo si concentra sul dibattuto e controverso tema del valore economico e della contrattualizzazione dei dati personali nel quadro giuridico della tutela dei diritti fondamentali della persona e della libertà di circolazione dei dati. I profili di valorizzazione dei dati personali emergono anche nel nuovo Decreto Legislativo 173/2021, che aggiorna il Codice del Consumo in esecuzione della Direttiva UE 2019/770. Inoltre, l'articolo evidenzia la doppia natura personale-economica dei dati riferiti alla persona fisica, e di conseguenza, il consenso al trattamento dei dati nella sua doppia natura, autorizzativa-contrattuale.

The paper focuses on debated and controversial issue of economic value and contractualization of personal data in the legal frame of person fundamental rights protection and freedom of data circulation rights. Personal data exploitation profiles emerge also in new Legislative Decree 173/2021 updating Italian Consumer Code in execution of UE Directive 2019/770. The article also highlights the double nature personal-economic of data referred to the physical person and consequently consent of data processing in its double nature, authorisation-contractual.

*Il presente contributo è destinato allo Special Issue in memoria del Prof. Cesare Massimo Bianca e del Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 «Codice della privacy» da lui curato con il Prof. Francesco Donato Busnelli nel 2007 (Cedam).

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Riservatezza; Data protection; GDPR; Contratto; Dati personali.

Summary: 1. Riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR. – 2. La doppia natura personale e patrimoniale del diritto alla riservatezza e protezione dei dati personali. – 3. Asimmetrie di potere contrattuale e riflessioni sulla fragilità del consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali nella società della sorveglianza digitale. – 4. Circolazione dei dati personali tra consenso autorizzatorio e consenso contrattuale. – 5. Patrimonializzazione e monetizzazione dei dati personali alla luce del nuovo art. 135 octies Codice del Consumo. – 6. Dati personali e contratto: una convergenza rimediale opportuna. – 7. L'emersione del contratto di utilizzo dei dati personali e limiti all'autonomia delle parti: un nuovo contratto atipico conformato e regolato.

1. Riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR.

Corre l'obbligo di richiamare il puntuale richiamo dell'illustre Maestro, a cui il presente studio è dedicato: il diritto fondamentale alla riservatezza personale e alla protezione dei dati, spesso per brevità sovrapposti talora persino, erroneamente, confusi, sono invero distinti diritti, seppur strettamente correlati[1].

Si rileva, dunque, una triplice dimensione giuridica della *privacy in senso lato* che può essere compiutamente declinata secondo i seguenti autonomi, ma strettamente correlati, diritti fondamentali: *riservatezza personale, protezione dei dati personali e identità personale*[2].

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

Referente centrale — e prevalente rispetto all'ordinamento interno — è ora, infatti, il *General Data Protection Regulation c.d.* GDPR che disciplina la protezione dei dati personali ma richiamando anche gli altri diritti e libertà fondamentali compresa la libera circolazione dei dati personali.

Tutela dei dati personali e libera circolazione dei dati devono trovare, dunque, necessaria composizione, fermo restando il limite inviolabile del

[1] Così C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 180 ss. come nel linguaggio corrente *privacy*, riservatezza personale e protezione dei dati personali siano utilizzati in via alternativa con una certa imprecisione pur essendo diritti distinti protetti dal previgente art. 2 del Codice Privacy ora dal GDPR oltre che dall'art. 2 della Cost. *Cui adde* ID., *Note introduttive,* in *Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. XIX ss.

[2] Sull'autonomìa del diritto alla protezione dei dati personali, diritto alla riservatezza e diritto all'identità personale si vedano: G. Alpa, *Privacy*, in *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, a cura di Alpa, I, Torino, 2000, p. 259 ss.; G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e Impresa*, 2017, p. 723 ss.; C.M Bianca, *Diritto Civile*, I, *La norma giuridica. I Soggetti*, Milano, 2002, p. 175 ss.; F.D. Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. 228 ss.; *Privacy digitale*, a cura di Tosi, Milano, 2019, *passim;* e da ultimo E. Tosi, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità,* Milano, 2023, pp. 78 ss.

rispetto della dignità personale, tutelata dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 1 della Carta di Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

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

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

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

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

Risulta evidente il principale duplice obbiettivo regolatorio del GDPR che riguarda, da un lato, la protezione dei dati personali delle persone fisiche, indirettamente anche la tutela della riservatezza personale, e dall'altro la loro libera circolazione a livello europeo, in ossequio al già accennato principio di bilanciamento in relazione agli altri diritti fondamentali della persona.

All'ordinamento giuridico spetta, in prospettiva assiologica, in conformità al principio di proporzionalità e meritevolezza, assicurare il giusto bilanciamento tra interessi, contrapposti, del titolare del trattamento e dell'interessato, alla luce dei valori costituzionali interni ed europei[3].

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

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

---

[3] Con riguardo al principio di proporzionalità si veda P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 379 ss., secondo cui tale principio ha valenza quantitativa, è entrato a far parte del nostro ordinamento soprattutto ad opera dell'elaborazione da parte della Corte di Giustizia e trova applicazione ben oltre le materie disciplinate dal diritto europeo, tra elementi di raffronto omogenei. "Viceversa" — osserva l'illustre Autore — "quando il collegamento è tra elementi disomogenei, non comparabili, che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio, non patrimoniali, ne consegue un bilanciamento tra questi che esige necessariamente una valutazione qualitativa. In tali ipotesi entrano in funzione sia il principio della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza». I principi di ragionevolezza e adeguatezza sono spesso utilizzati in combinazione con il principio di proporzionalità. Sulla funzione selettiva e di indirizzo del principio di ragionevolezza nelle operazioni di bilanciamento degli interessi, si veda P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 158 ss. e p. 516 ss. Sul tema del bilanciamento secondo ragionevolezza si veda per tutti: G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 102 ss.; da ultimo F. Bravo, *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica, Padova, 2018.*

Non trattandosi di prerogativa assoluta dell'individuo allora il rispetto di tali diritti fondamentali — riservatezza, protezione dei dati e identità personale — deve essere necessariamente bilanciato con interessi di pari grado confliggenti, in applicazione del principio di proporzionalità e meritevolezza.

Pare in ogni caso doversi condividere "*la prevalenza del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili della persona umana su altri istituti pur definiti fondamentali, ma non inviolabili (ad esempio, il diritto di proprietà intellettuale)"*[4].

La giurisprudenza eurounitaria è, invero, piuttosto, incline a dare prevalenza al diritto alla protezione dei dati personali rispetto agli altri diritti equiordinati ovvero consistenti in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale, affermando il carattere eccezionale delle limitazioni ad esso poste[5].

Non mancano, tuttavia, pronunce di segno contrarie più attente al bilanciamento rispetto a diritti equiordinati[6].

Ma alla luce del citato considerando n. 4 del GDPR non si può sottacere l'apertura di una nuova linea di interpretazione in riferimento al difficile equilibrio tra i diritti fondamentali coinvolti nell'àmbito di applicazione delle norme in difesa della privacy.

La relazione tra tutela dei dati personali e altri diritti fondamentali non deve risolversi necessariamente nel senso della prevalenza del diritto alla protezione dei dati personali, non trattandosi di prerogativa assoluta: semmai pare corretto e ragionevole ritenere che il rispetto di tale diritto vada messo in relazione con la sua funzione sociale e con la necessità di contemperarlo con gli eventuali diritti di pari grado confliggenti, in ottemperanza al principio di proporzionalità, primo fra tutti il principio di libera intrapresa e circolazione dei dati[7].

---

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

[5] Corte Giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/2012, Google Spain 3L c. Agencia Espniola de Proteccion de Datos, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 295, con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle;* Corte Giustizia UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Schrems c. Data Protection Commissioner.

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

[7] Emerge, quindi, la dimensione relazionale del modello europeo della tutela della privacy come sottolineato in dottrina da: R. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583 ss.; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 49, secondo cui: "Non si tratta solo di scegliere tra valori contrapposti, facendo prevalere seccamente l'uno l'altro. Bisogna procedere a più complessi bilanciamenti tra gli interessi in gioco, per assicurare insieme la garanzia dei diritti individuali e la progressiva apertura della società»; F.D. Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico*, *Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi*

2. La doppia natura personale e patrimoniale del diritto alla riservatezza e protezione dei dati personali.

Ai fini della presente indagine — secondo una condivisibile distinzione dottrinale — intendiamo considerare esclusivamente i *diritti della personalità morale* — in particolare, i diritti sugli attributi *immateriali della persona* suscettibili di oggettivazione quale il nome, l'immagine, l'identità personale, identità digitale e in particolare i *dati personali* — non anche i *diritti della personalità fisica*[8].

Il diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale rientrano, quindi, tra le situazioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti della personalità — autonomi in ossequio alla preferibile teoria pluralistica — finalizzate alla valorizzazione della dignità e dell'autodeterminazione della persona umana espressione di facoltà e poteri su qualità materiali e immateriali che concorrono a delineare l'individualità della persona, la personalità appunto, i cui tratti distintivi sono classicamente individuati nella indisponibilità, intrasmissibilità, irrinunciabilità, imprescrittibilità ed insurrogabilità[9].

Diritti fondamentali della personalità che assumono anche rilevanza *meta-individuale* in quanto precondizione per la piena fruizione dei diritti di libertà individuale — e collettiva — della persona umana correlata all'esercizio dei diritti civili, sociali e politici, in ultima istanza per il buon funzionamento dell'ordinamento democratico[10].

Ai predetti tratti qualificanti non è scontato, almeno limitamente ai diritti sugli attributi *immateriali* della personalità, che si debba aggiungere, come potrebbe ritenersi in base, a una lettura dottrinale rigorosa e tradizionale, anche l'elemento qualificante della non commerciabilità e non patrimonialità: la questione è, invero, controversa[11].

---

civ. commentate, 1999, p. 228 ss.; G. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 703 ss.

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

[9] Si veda per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 139 ss., spec. P. 147 ss.

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

[11] Si veda *amplius G.* ALPA-ANSALDO, *Le persone fisiche, artt. 1-10*, in Codice Civile. Commentario diretto da P. Schelsinger, Milano, 1996; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti, Problemi di diritto civile*, Napoli. 2005, p. 3 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (Diritto della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1991, p. 5 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, 2° ed., Milano, 1982; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (Diritti della*), in Digesto disc. Privatistiche, sez. civile, *XIII, Torino, 1996, p.* 431 ss*;* RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Riv. Dir. Inf. e informat.*, 2007, 1043 ss.; FERRI, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985; P.VERCELLONE, *voce* Personalità (diritti della), *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965; e da ultimo V. ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, I, Fonti — Soggetti — Famiglia, tomo I, Le Fonti e i Soggetti, Milano, 2009, 496 ss.; ID., *Profili negoziali degli attributi della personalità, Dir. Informaz. e informatica*, 1993, p. 545 ss.

In un contesto di incertezza teorica e normativa, pare, invero, preferibile, come suggerito efficacemente da attenta dottrina, in quanto più adeguato ad inquadrare il fenomeno, il tentativo di comporre il rapporto tra patrimonialità e non patrimonialità secondo il seguente duplice scenario sostanziale[12]:

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

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

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

Anche nello schema del *right to privacy* nord-americano si incardinano da un lato l'interesse non patrimoniale alla tutela dell'intangibilità della persona, dall'altro, seppur implicitamente, quello patrimoniale alle aspettative di profitto connesse allo sfruttamento economico dell'identità[13].

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

Similmente ai diritti di esclusiva sui beni immateriali tipizzati dal legislatore, nel caso del diritto alla protezione dei dati personali l'oggetto del diritto disponibile non è certamente la persona né il diritto della personalità ma il diritto di godimento temporaneo del dato personale riferito — direttamente o indirettamente — alla medesima che viene sfruttato economicamente per la profilazione dei consumatori e per eterogenee finalità innovative correlate all'economia dei *big data*[14].

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

Con riguardo ai primi la tutela sarà quella *erga omnes* dei diritti assoluti; con

---

[12] Così V. Zeno Zencovich, *I diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, I, Fonti — Soggetti — Famiglia, tomo I, *Le Fonti e i Soggetti,* Milano, 2009, p. 516.

[13] G. Resta, *Autonomìa privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 213; *cui adde Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali,* a cura di Resta, Torino, 2010; A. Gambaro, *I beni, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2012, *passim.*

[14] 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, 2017,* p. 363 ss.

riguardo ai secondi quella negoziale *inter partes* di natura contrattuale[15].

Anche se pare di poter, a ragion veduta, ritenere largamente preferibile l'opzione interpretativa che rifugge la logica proprietaria prediligendo la natura obbligatoria: occorre considerare, invero, non solo la possibilità che i dati personali, in determinate circostanze possano essere utilizzati a mente dell'art. 6 del GDPR anche senza consenso autorizzatorio dell'interessato, ma anche il modello circolatorio elettivo contrattuale che si fonda proprio sullo sfruttamento economico, non esclusivo e temporaneo, da parte di molteplici operatori commerciali nella società della condivisione.

Va registrato, inoltre, che l'evoluzione della società della sorveglianza e dei mercati digitali progressivamente attenua alcune delle caratteristiche tradizionalmente attribuite ai diritti della personalità: si pensi proprio alla progressiva patrimonializzazione degli attributi immateriali tutelati da questi diritti ed alla conseguente loro, almeno parziale, disponibilità, compatibilmente con la natura di diritti fondamentali della persona e nei limiti dei precetti conformativi delineati dal GDPR[16].

Si segnala, infine, per completezza, anche la posizione originale di altra dottrina che ravvisa — in prospettiva squisitamente individualistica e proprietaria — un nuovo bene immateriale oggetto di un diritto esclusivo, riconducibile alla categoria dei diritti di proprietà intellettuale, da parte del titolare[17].

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

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

Corre l'obbligo, infine, di evidenziare che l'interesse generale alla liceità,

---

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

[16] Si vedano sul punto secondo diverse linee interpretative inclini ad ammettere patrimonialità e disponibilità, entro limiti più o meno ampi comunque non lesivi della dignità della persona e compatibili con la normativa in materia di trattamento dei dati personali (allora solo il Codice Privacy e ora innanzitutto il GDPR): G. ALPA- G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, I, in *Trattatoo di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2006, *passim*, spec. P. 629 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 545 ss.; M.L. GAMBINI, *Dati personali e Internet*, Napoli, 2008; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, *passim* ma spec. P. 84 ss.; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014; da ultimo: F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati perosnali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim;* e RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella riscostruzione del fenomeno*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2018, p. 689 ss.

[17] L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *AIDA*, 1997, 530 ss.

correttezza e trasparenza del trattamento dei dati personali della collettività si affianca e persino sovrasta il diritto fondamentale, individuale, dell'interessato alla protezione dei propri dati personali e viene tutelato prioritariamente e a prescindere dai pregiudizi che possano derivare ai diritti dei singoli interessati dai trattamenti effettuati[18].

Secondo parte della dottrina il positivo superamento della prospettiva prevalentemente individuale che ha finora caratterizzato la disciplina europea di cui alla Direttiva CE 95/46 e nazionale sulla protezione dei dati personali avrebbe dovuto essere perseguito in termini ancora più penetranti e decisi, affidando la tutela dei diritti individuali della persona rispetto al trattamento dei dati personali in accentuata prospettiva collettiva-pubblicistica[19].

Prospettiva collettiva-pubblicistica che pare essere necessario contrappeso e forza di riequilibrio decisiva delle strutturali asimmetrie di potere informativo, economico e contrattuale – ancora più accentuate dalle potenziali evoluzioni correlate alla diffusione delle Artificial Intelligence (AI) - che caratterizzano i rapporti giuridici intercorrenti tra titolare del trattamento e persona-interessato-consumatore, soggetto debole meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico[20].

Accentuate asimmetrie di potere che rendono sempre più fragile il consenso individuale.

Invero, la protezione dei dati personali, come si illustrerà ulteriormente *infra,* non passa più - *rectius* non passa più esclusivamente e principalmente - attraverso la logica squisitamente individuale dell'*autodeterminazione informativa* fondata sul *consenso autorizzatorio informato* da parte della singola persona fisica.

3. Asimmetrie di potere contrattuale e riflessioni sulla fragilità del

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

[19] Così A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Regolamento UE n. 2016/679*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2017, p. 152 ss. Si vedano inoltre sul tema: L. GATT, *Rapporto possibile tra atipicità dell'illecito ed esimenti della concezione bianchiana della responsabilità quale tutela civile contro l'illecito: il caso del trattamento abusivo di dati personali,* in *M. Bianca* (a cura di), *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca, Quaderni della Rivista di diritto civile* n. 31, Wolters Kluwer, Milano 2023, pp. 345-351; E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR, Milano, 2019, passim.*

[20] Nel senso di una progressiva convergenza e in ordine all'applicabilità, in prospettiva di tutela collettiva, della normativa consumeristica all'interessato dal trattamento dati personali veda sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2022 relativa alla causa C319/20 secondo cui: "L'articolo 80, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili".

consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali nella società della sorveglianza digitale.

Le asimmetrie di potere si cristallizzano plasticamente nel rapporto asimmetrico tra big tech titolare del trattamento e persona fisica interessata dal trattamento.

Si registra dunque l'emergente progressiva *fragilità del consenso* della persona fisica interessata dal trattamento di dati personali, nella società digitale, di fronte alla pervasività dei *digital player globali* e dei *big data* che pure risulta esplicitata nell'ordito regolatorio europeo del GDPR.

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

Tuttavia l'efficacia della tutela dei dati personali non passa più principalmente attraverso il *consenso informato* al trattamento da parte dell'interessato che, quindi, perde rilievo, viene depotenziato dalla *società del capitalismo della sorveglianza digitale*[21].

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

Il profilo della libertà del consenso, come si è già osservato, è particolarmente critico in un contesto fortemente asimmetrico come quello dei mercati digitali in cui tale strumento protettivo riuslta inidoneo, per certi aspetti defatigante per l'interessato nella forzata reiterazione necessaria per accedere ai servizi e contenuti digitali, così rischiando di ridursi a mera *fictio*.

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

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

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

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

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

Nel valutare se il consenso al trattamento dei dati sia stato prestato

[21] S. ZUBOFF, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization, in Journal of Information Technology,* 2015, 30 ss; e da ultimo: ID., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019. Si veda anche *Garante per la Protezione dei dati personali, La società sorvegliata*, Atti del Convegno 28 gennaio 2016, Roma, 2016.

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

L'inciso "tra le altre" sottindende qualsiasi azione di pressione o influenza inappropriata sull'interessato (che si può manifestare in vari modi) che impedisca a quest'ultimo di esercitare il suo libero arbitrio, rende il consenso invalido (sentenza CGUE 11 novembre 2020 caso *Orange România SA)*.

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

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

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

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

Infine, la protezione dell'interessato, soggetto debole rispetto al titolare del trattamento, passa pur sempre anche attraverso i principi generali di buona fede in senso oggettivo, proporzionalità, regionevolezza e soprattutto meritevolezza delle finalità di trattamento, particolarmente efficaci anche nel contesto applicativo di cui trattasi[22].

4. Circolazione dei dati personali tra consenso autorizzatorio e consenso contrattuale.

[22] P. Perlingieri, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, cit., *passim; cui adde* G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim.*

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

Se gli interessi che l'autonomia contrattuale intende soddisfare con la creazione di tale nuovo modello contrattuale *atipico* sono meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. nulla pare ostare in ordine alla validità del contratto né sotto il profilo civilistico né ai sensi del GDPR.

Si tratta del problema giuridico sotteso al rilevante fenomeno dei *big data* che richiede ai *digital player* di analizzare in *cluster dati* di utenti e consumatori per le più svariate finalità — di marketing, di sviluppo di nuovi servizi personalizzati e così via — dati in relazione ai quali l'interessato è chiamato ad esprimere un *consenso* al trasferimento dei propri dati e allo sfruttamento economico degli stessi, oltre, quindi, il mero consenso al trattamento previsto dall'art. 6.1 lett. a) del GDPR.

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

Si registra con il dupplice fenomeno della patrimonializzazione e monetizzazione dei dati personali l'emersione della doppia natura del consenso al trattamento dei dati stessi:

— *consenso autorizzatorio* sotto il profilo del trattamento dei dati personali in senso stretto per finalità economiche diverse da quelle relative al servizio richiesto espressione del *potere di autodeterminazione informativa* della persona interessata dal trattamento[23]; ma anche

— *consenso contrattuale* per consentire non solo il trattamento dei dati personali necessari all'esecuzione del contratto di fornitura di beni e servizi ma anche lo sfruttamento economico dei propri dati personali quando l'oggetto del contratto sia proprio il trattamento dei dati personali dell'interessato e non altro[24].

La duplice natura del consenso — personale-non patrimoniale nell'ambito

---

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

[24] Sul tema del consenso e sulla controversa natura autorizzatoria o anche negoziale si vedano: G.ALPA-G.RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità, I*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2006, *passim*, spec. p. 629 ss.; F.BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in questa *Rivista*, 2019, p. 34 ss.; ID., *La compravendita di dati personali?, Diritto di Internet*, 2020, II, p. 521 ss.; ID, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim; P.* MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; e V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2018, p. 689 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 184 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali,* Torino, 2021, *passim*; P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2022, pp. 1054 ss.; T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzjonale della privacy, in Contratto e impresa, 2022*, pp. 27 ss.; S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso,* in *Persona e mercato,* 2022, pp. 527 ss. e da ultimo E. TOSI, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità,* op. cit., pp. 78 ss.

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

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

Tuttavvia pur a fronte della doppia natura del consenso non si ravvisa necessità di esprimere un doppio consenso cumulativo uno per il trattamento e uno per il contratto: sono consensi, invero, di regola alternativi tra loro, che si cumulano solo nel limitato caso in cui oltre al trattamento dei dati personali necessari all'esecuzione del contratto si richieda un trattamento degli stessi dati ma per finalità ulteriori, altre rispetto all'esecuzione del contratto.

Il consenso autorizzatorio dell'interessato (art.6 lett. a) del GDPR) e il consenso contrattuale sono, pertanto, basi giuridiche legittime, corre l'obbligo di ribadire per chiarezza, alternative tra loro (art.6 lett. b) del GDPR).

Il consenso contrattuale altrettanto libero di quello autorizzatorio pare, invero, idoneo ad assorbire, per tale, ragione anche il consenso autorizzatorio: ovviamente solo nel caso in cui il predetto consenso contrattuale riguardi dati personali necessari per l'esecuzione del contratto oppure quando il contratto abbia proprio ad oggetto il trattamento dei dati personali dell'interessato e non altri servizi digitali.

In difetto si ritorna alla regola del consenso autorizzatorio espressione del potere di autodeterminazione dell'interessato per le finalità ulteriori rispetto a quelle oggetto del contratto.

L'emersione della patrimonializzazione delle attività di trattamento dati personali richiede, dunque, di non eludere la questione sottraendosi alla facile tentazione di ancorarsi a tradizionali impostazioni dogmatiche meramente ostative al fenomeno globale richiamato e in ultima istanza preclusive - in prospettiva consumeristica oltre i ristretti confini del GDPR - al rafforzamento dei rimedi protettivi per il soggetto interessato dal trattamento.

È tempo, semmai, di superare le resistenze dogmatiche tradizionali in ordine al possibile rilievo anche contrattuale del consenso in materia di dati personali — che parte della dottrina più tradizionalista ancora disconosce — non solo autorizzatorio quindi per prendere atto e governare, *rectius* proteggere efficacemente il soggetto debole del rapporto asimmetrico con opportuno strumento rimediale, di natura contrattuale, ulteriore rispetto a quello settoriale previsto per altre finalità dal GDPR[25].

---

[25] V. RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, cit., p. 95 ss.; ID., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella riscostruzione del fenomeno*, in *Dir. inform.*, 2018, p. 689 ss.; F. BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica, cit.;* I. A. CAGGIANO, Il consenso *al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento Europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, Osservatorio del diritto civile e commerciale, 2018, n. 1, p. 67; S. TOBANI, *Diritti della personalità e contratto. Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2019; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dai personali dei consumatori*, Napoli, 2020; A.

La progressiva valorizzazione dei dati personali in termini negoziali si declina, in dottrina, ora in termini di diritti della personalità immateriale suscettibili di circolazione contrattuale in quanto rientranti nella sfera personale di pertinenza e disponibilità dell'interessato [26] oppure, da altra prospettiva, evidenziando l'efficacia derivativo-costitutiva dell'atto funzionale allo sfruttamento economico di attributi individuali della personalità immateriale mutuando, per analogia, la struttura negoziale del contratto di licenza nell'ambito del diritto d'autore[27].

E' ormai evidente a tutti la progressiva patrimonializzazione dei dati personali, in linea con lo sdoppiamento peculiare dei diritti della personalità immateriali: i dati personali hanno un valore economico significativo e non di rado sono utilizzati quale "corrispettivo" per fornitura di contenuti digitali o prestazioni di servizi digitali e "cessione" del diritto di sfruttamento economico - *temporaneo e non esclusivo* - dei propri dati personali eteroconformata ai precetti inderogabili del GDPR.

I contenuti digitali e i servizi digitali sono, infatti, spesso forniti online nell'ambito di contratti che non prevedono, da parte del consumatore, il pagamento di un prezzo, bensì la mera comunicazione di dati personali al prestatore di servizi digitali[28].

Si ribadisce, pertanto, che disconoscere tale fenomeno socio-economico rinunciando ad inquadrarlo correttamente dal punto di vista giuridico non produrrebbe altro che un *deficit* rimediale che al contrario deve essere offerto — rafforzato e non indebolito — all'interessato dal trattamento dei dati assecondando la convergenza normativa emergente tra protezione dati personali-protezione consumatori[29].

Le segnalate preclusioni dogmatiche alla circolazione dei dati personali sono, invero, il frutto di un vero e proprio *equivoco interpretativo* conseguenza di una lettura non sistematica del GDPR da cui si evince semmai, corre l'obbligo di sottolineare ancora una volta, proprio il contrario. Si disconosce,

---

C. DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020; e da ultimo E. TOSI, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità, passim.*

[26] G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di Cuffaro, Ricciuto e Zeno Zencovich, Milano, 1998, p. 230.

[27] G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 336 ss.

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

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

erroneamente, l'esplicito dato testuale del citato regolamento europeo lasciando tralatiziamente prevalere, anche in relazione al mero attributo immateriale della personalità, la natura di diritto fondamentale della personalità, perseverando nel ritenere il dato personale oggetto improprio di atti dispositivi e così disattendendo il principio di bilanciamento con la libera circolazione del dato personale[30].

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

5. Patrimonializzazione e monetizzazione dei dati personali alla luce del nuovo art. 135 octies Codice del Consumo.

La rilevanza economica dei dati personali non si riduce certo alle generalità anagrafiche della persona, anzi.

Comprende pervero il ben più significativo e rilevante valore commerciale offerto dall'analisi massiva dei *metadati* generati non solo dei *motori di ricerca* ma soprattutto dei dispositivi digitali utilizzati *smartphone, digital assistant* e *wearables* per citare i casi più emblematici, vere e proprie memorie digitali della nostra vita privata e professionale.

Nella prassi mercatoria digitale emergono due modelli di scambio correlati ai dati personali.

Un primo schema negoziale, molto diffuso, è basato sull'equazione servizi e contenuti digitali a fronte della controprestazione di dati personali del fruitore del servizio anche oltre quanto strettamente necessario all'esecuzione.

Un secondo schema negoziale meno ricorrente nella prassi ma non certo secondario prevede il consenso contrattuale al trattamento a fronte della monetizzazione dei dati e registra dunque l'ulteriore evoluzione del mercato dei *data broker*.

Un modello di circolazione dei dati personali fondati su un contratto in cui l'oggetto unico è proprio l'utilizzo dei dati personali a fronte di un corrispettivo liquidato al soggetto interessato dal titolare del trattamento.

Nel primo caso i dati personali sono controprestazione di altri servizi digitali; nel secondo caso i dati personali sono oggetto del contratto di trattamento a titolo oneroso per il titolare del trattamento e non dell'interessato dal trattamento che viene per tale ragione remunerato.

Si registra in merito, almeno con riferimento al primo schema negoziale, un punto di non ritorno normativo relativamente alla patrimonializzazione dei dati e alla circolazione contrattuale dei dati stessi in quanto controprestazione contrattuale vera e propria nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali: non più dunque dati personali richiesti e trattati solo perché necessari per l'esecuzione di contratto, caratterizzati da un mero rilievo strumentale ed estranei al sinallagma contrattuale.

[30] Si vedano in tal senso: V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy,* Napoli, 2022, *passim.*

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

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

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

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

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

Emerge la volontà del legislatore europeo, pur con tutte le ambiguità lessicali del caso, non tanto di rendere i dati personali assimilabili a un mezzo di pagamento in senso stretto, cosa che certamente non è, ma di riconoscere la rilevanza patrimoniale della controprestazione consistente nella comunicazione dei propri dati personali con relativo consenso al trattamento per finalità ulteriori rispetto a quelle dell'esecuzione del contratto stesso.

Quanto detto al fine di garantire anche a queste situazioni diffusissime nella pratica dei mercati digitali, alla base del successo globale delle *big tech* della *silicon valley*, le ulteriori tutele consumeristiche rafforzate assicurate ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali integrative dei rimedi generali già assicurati dal GDPR.

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

Inoltre *"La presente direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale".*

Si evince dal predetto considerando che sul tema dell'utilizzo dei dati personali a titolo di controprestazione è stato lasciato un margine

di discrezionalità agli Stati membri**:** per disciplinare il contratto di utilizzo dei dati in base alle specifiche regole ordinamentali dei rispettivi Stati membri.

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

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

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

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

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

Si segnalano per rilevanza *ex multis*: il problema dell'applicabilità anche ai contratti di utilizzo dei dati personali del diritto alla congrua riduzione del prezzo in caso di difetto di conformità, della sorte dei dati personali forniti dall'utente a fronte della risoluzione del contratto, a tacere del problema controverso, allo stato irrisolto, della revocabilità, limitata o illimitata, del consenso al trattamento dei dati stessi.

6. Dati personali e contratto: una convergenza rimediale opportuna.

Alla luce di quanto sopra osservato si può affermare che nei mercati digitali rileva un doppio fenomeno contrattuale correlato all'utilizzo dei dati personali:

- da un lato, secondo lo schema di *asimmetria ordinaria* fornitore forte e contraente debole, l'emersione della funzione di controprestazione del consenso al trattamento dei propri dati a fronte di servizi digitali resi dal prestatore online come segnalato anche nella recente normativa europea (c.d. *patrimonializzazione)*;

- dall'altro la remunerazione dell'interessato, secondo lo schema di *asimmetria inversa "*fornitore" dei dati personali debole e contrente forte-titolare del trattamento, a fronte dello sfruttamento dei propri dati personali per finalità economiche da parte dei *Big Tech* (c.d. *monetizzazione).*

Alla luce di quanto sopra osservato risulta, dunque, evidente che la lettura

tradizionalista restrittiva in ordine alla circolazione contrattuale dei dati personali sia frutto, come già segnalato, di un equivoco interpretativo che vede sovrapporsi e prevalere sempre la tutela della persona rispetto alla circolazione dei dati personali[31].

Ma così non è.

Fermo restando il limite inviolabile della dignità personale - riconosciuto dall'art. 2 della nostra *Costituzione* oltre che dall'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* - e dell'*asservimento definitivo* dei dati personali - che come ci ricordava Stefano Rodotà, è da considerarsi inammissibile - nulla osta alla compatibilità dogmatica, in ossequio a lettura moderna attenta al dato sistematico complessivo e ai principi di bilanciamento emergenti dalla normativa europea introdotta dal GDPR, tra persona, dati personali e circolazione contrattuale[32].

Sono compatibili e coesistono da un lato il potere unilaterale di autodeterminazione informativa della persona in relazione al consenso autorizzatorio e dall'altro il potere contrattuale in relazione al consenso contrattuale rilevante in base alle normative dei singoli Stati membri: il GDPR non elide né interferisce con la disciplina del consenso contrattuale, né potrebbe farlo essendo tale materia estranea all'ambito di applicazione del regolamento stesso.

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

Consenso contrattuale - altrettanto, libero, trasparente ed informato - nel caso in cui invece il trattamento dei dati personali necessario per l'esecuzione dello stesso o di attività precontrattuali su richiesta dell'interessato oppure sia oggetto del contratto stesso (art. 6.1, lett. b GDPR).

Consenso contrattuale che risulta quindi assorbente rispetto al consenso autorizzatorio quando è proprio il trattamento dati personali ad essere oggetto del contratto o della necessaria esecuzione dello stesso.

Alla luce di quanto sopra evidenziato si tratta solo di un contrasto, apparente, tra tutela della persona e dei diritti fondamentali della personalità, che non s'intendono certo mettere in discussione, e circolazione contrattuale dei dati personali.

Attività quest'ultima che, come si è già avuto modo di rilevare, non solo non è vietata ma è al contrario espressamente tutelata dall'art.1.1 e 1.3 GDPR: d'altra parte anche la giurisprudenza più recente, pervero, progressivamente valorizza e ammette la dimensione patrimoniale e contrattuale dell'utilizzo dei dati personali[33].

---

[31] V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy,* cit., *passim.*

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

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

La circolazione contrattuale dei dati personali pur ammissibile non è, tuttavia, da considerarsi affare strettamente privato delle parti ma risulta soggetto alla stringente *conformazione contrattuale* del GDPR oltre che alla regolazione pubblica assicurata dall'attenta vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali.

In questa prospettiva interpretativa rigorosa, pare potersi, pertanto, ammettere e disciplinare compiutamente il fenomeno dello sfruttamento economico dei dati personali si badi bene, sempre, *temporaneo* e *non esclusivo*.

Tale operazione contrattuale di "sfruttamento" economico dei dati personali potrà ben essere realizzata ricorrendo allo strumento di libertà e giustizia, che è il *contratto conformato*[34]*,* espressione di autonomìa contrattuale non libera bensì *autonomìa conformata* soggetta ai principi e precetti regolatori inderogabili del GDPR oltre che alla normativa protettiva consumeristica applicabile a protezione del soggetto debole, ossia colui che conferisce i dati personali, meritevole di protezione rispetto agli abusi contrattuali del contraente forte in ragione della strutturale asimmetria contrattuale peculiare del rapporto di trattamento dati personali.

In tale prospettiva merita, dunque, protezione rimediale rafforzata non solo il soggetto debole che consente l'utilizzo dei propri dati quale "corrispettivo" a fronte di beni o servizi forniti dal titolare del trattamento ma anche il soggetto interessato dal trattamento che in fattispecie di asimmetria inversa viene remunerato proprio per tale "cessione" temporanea e non esclusiva che diviene esplicitamente oggetto del rapporto contrattuale.

Pare, infatti, doveroso assicurare giusta protezione rafforzata consumeristica, in ossequio a lettura assiologica costituzionalmente orientata, oltre il formalismo definitorio[35], anche quando il soggetto debole interessato non sia strettamente qualificabile come *consumatore* fruitore di beni e servizi ma semmai "fornitore" di propri dati personali al titolare del trattamento e pur sempre meritevole di beneficiare dei rimedi protettivi consumeristici individuali e metaindividuali: questi ultimi più che mai necessari per la protezione del soggetto debole *persona-interessato-consumatore* nella dimensione strutturalmente asimmetrica del capitalismo della sorveglianza

---

l'attività del fornitore risulta soggetto all'ambito di applicabilità della disciplina europea sulla protezione dei dati personali oltre che dalla disciplina protettiva contrattuale consumeristica. Il secondo riguarda il tema correlato della solo apparente gratuità del servizio digitale nel caso di consenso all'utilizzo dei propri dati personali. Se il fornitore di un servizio sfrutta commercialmente i dati degli utenti che tale servizio digitale utilizzano – anche a prescindere alla qualificazione formale in termini di corrispettivo del servizio – nella sostanza il servizio non può essere presentato al pubblico come gratuito perché tale in effetti non è. Si vedano inoltre AGCM 9 novembre 2021, n. 298; TAR Lazio 10 gennaio 2020, n. 260 e 261 con nota di C. SOLINAS, *Circolazione dei dati, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette, in Giurisprudenza italiana; cui adde* SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali,* Bari, 2022; e *da ultimo* MATERA, *Patrimonializzazione dei dati personali e pratiche commerciali scorrette,* in *Tecnologie e diritto,* 2022, 155 ss.

[34] G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione,* Napoli, 2019; C. SOLINAS, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica agli interessi generali,* Napoli, 2018.

[35] Sulla forza espansiva e sulla giusta flessibilità dei rimedi protettivi consumeristici applicabili a tutte le situazioni contrattuali asimmetriche in cui il soggetto debole risulti meritevole di tutela si vedano P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam, in* P. PERLINGIERI-E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004 13 ss.; e G. ALPA, *Le stagioni del contratto,* Bologna, 2012, 143.

digitale[36].

7. L'emersione del contratto di utilizzo dei dati personali e limiti all'autonomia delle parti: un nuovo contratto atipico conformato e regolato.

In ogni caso, a prescindere dai dubbi interpretativi e dagli aspetti problematici richiamati *supra,* è ormai evidente a tutti la progressiva, quanto inarrestabile, consumerizzazione dell'interessato dal trattamento e la patrimonializzazione dei dati personali.

In linea con lo sdoppiamento peculiare dei diritti della personalità immateriali si registra la triplice dimensione giuridica di *persona-interessato-consumatore*.

Solo almeno tre gli indizi normativi evocabili allo scopo di teorizzare la liceità del contratto di utilizzo dei dati personali altrui, fermo restando l'osservanza dei precetti conformativi del GDPR e il limite invalicabile della dignità personale.

Il primo indizio normativo: la normativa europea riconosce espressamente la libera circolazione dei dati personali nell'Unione Europea del *digital single market* e che la stessa "non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali" (art.1.3 GDPR).

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

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

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

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

Si tratta dunque non di ignorare ma piuttosto di qualificare correttamente e disciplinare il ben noto fenomeno contrattuale della "cessione" del diritto di

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

sfruttamento economico, temporaneo e non esclusivo, dei propri dati personali condizionata all'osservanza del GDPR[37].

Sia con riferimento al caso assai diffuso dello scambio servizi digitali-dati personali, parzialmente regolato nel Codice del Consumo, come pure al caso speculare di asimmetria rovesciata in cui il trattamento dei dati personali altrui è l'unico oggetto del contratto e il consenso dell'interessato viene quindi remunerato dal titolare soggetto forte destinatario della prestazione, non fornitore, con un corrispettivo pecuniario.

In questo singolare caso, ignorato dal Codice del Consumo, il contraente che presta il consenso al trattamento dei propri dati a fronte di un corrispettivo pur non essendo *consumatore in senso formale* pare, comunque, meritevole di protezione in quanto pur sempre soggetto debole del rapporto in senso sotanziale in ossequio a lettura assiologica costituzionalmente orientata oltre gli angusti limiti formali della tutela consumeristica[38].

Un'occasione mancata, si ribadisce, da parte del legislatore italiano per fare chiarezza – in occasione del recepimento della Direttiva UE 2019/770 - su questioni interpretative complesse, fra cui si segnala anche quella dello scambio di servizi analogici tradizionali contro dati personali come pure della revoca del consenso, che avrebbe potuto essere colta tipizzando il contratto di trattamento dei dati personali che, invece, allo stato, rimane consegnato, a prassi mercatorie incontrollate e poco trasparenti[39].

Non limitarsi a far emergere lo scambio di servizi digitali contro dati personali ma riconoscere e disciplinare espressamente il fenomeno contrattuale dello scambio di beni e servizi tradizionali contro dati personali e soprattutto del contratto di trattamento dati.

Ossia di quel contratto *atipico* avente ad oggetto specifico e caratterizzante proprio il trattamento dei dati personali: un tale intervento normativo avrebbe significato un giusto rafforzamento rimediale della posizione debole dell'interessato dal trattamento.

Contratto di "cessione dei dati" che – ferma restando la necessità di superare positivamente il filtro civilistico del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 secondo comma c.c. - certamente si caratterizza per essere sottratto alla libertà contrattuale piena delle parti ed essere assoggettato alla libertà contrattuale conformata al GDPR e vigilata dal *Garante per la protezione dei dati*

---

[37] P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2022, pp. 1054 ss.; T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzjonale della privacy,* in *Contratto e impresa,* 2022, pp. 27 ss.; e da ultimo S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso,* in *Persona e mercato,* 2022, pp. 527 ss.

[38] Sulla forza espansiva e sulla giusta flessibilità dei rimedi protettivi consumeristici applicabili a tutte le situazioni contrattuali asimmetriche in cui il soggetto debole risulti meritevole di tutela si vedano P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam, in* P. PERLINGIERI-E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004 13 ss.; e G. ALPA, *Le stagioni del contratto,* Bologna, 2012, 143.

[39] E. TOSI, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità, op. cit.,* pp. 78 ss.; E.TOSI, *Diritto Privato delle Nuove Tecnologie Digitali. Riservatezza. Contratto, riservatezza, responsabilità tra persona e mercato, cit.*; *cui adde ID., Privacy Digitale,* a cura di Tosi, cit.; ID. *Unlawful Data Processing Prevention and Strict Liability Regime Under EU GDPR, in Italina Law Journal, 2021, p. 873 ss.; Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, *cit.; I Poteri privati delle piattaforme digitali e le nuove frontiere della privacy,* a cura di Stanzione, Torino, 2022; V*alore economico dei dati tra diritto pubblico e diritto privato,* a cura di Colapietro e Simoncini, Torino, 2022, *passim*. Sul tema specifico della revoca del consenso nei contratti aventi ad oggetto il trattamento dei dati personali: T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy,* in *Contratto e impresa,* 2022, 27 ss.

personali

In tale prospettiva il contratto oltre che meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 comma 2 c.c. dovrà pertanto essere conformato ai precetti del GDPR fra cui in particolare al trattamento per *finalità determinate, esplicite e soprattutto legittime (Art.5.1, lett. b GDPR).*

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

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

L'operazione di "sfruttamento" economico dei dati personali è espressione, almeno in linea teorica, di legittima autonomia contrattuale, compatibile con il GDPR, ferma restando la necessità di verificare, caso per caso, in concreto la meritevolezza degli interessi perseguiti dal contraente forte al fine di proteggere il contraente debole dagli abusi contrattuali.

Tale funzione protettiva potrà essere adeguatamente realizzata ricorrendo allo strumento di libertà e giustizia, che è il *contratto conformato*[40]*,* espressione di autonomìa contrattuale non libera bensì *autonomìa conformata* soggetta ai principi e precetti regolatori inderogabili del GDPR oltre che alla normativa protettiva consumeristica applicabile a protezione del soggetto debole, ossia colui che conferisce i dati personali, meritevole di protezione rispetto agli abusi contrattuali del contraente forte in ragione della strutturale asimmetria contrattuale peculiare del rapporto di trattamento dati personali.

La circolazione contrattuale dei dati personali pur ammissibile non è, infatti, da considerarsi affare strettamente privato delle parti ma risulta soggetto alla stringente *conformazione contrattuale* del GDPR oltre che alla regolazione pubblica assicurata dal Garante per la protezione dei dati personali.

In questa prospettiva interpretativa rigorosa, pare potersi, pertanto, ammettere e disciplinare compiutamente il fenomeno dello sfruttamento economico dei dati personali, sempre, *temporaneo* e *non esclusivo,* e funzionale al perseguimento di finalità di trattamento legittime e interessi contrattuali meritevoli di tutela.

In conclusione, a composizione dell'ossimoro apparente tra dati personali e contratto, si apre la strada a una condivisibile lettura moderna del fenomeno contrattuale che consente giustamente, in conformità ai precetti costituzionali e alla *Carta dei diritti fondamentali* UE, un *surplus* rimediale a tutela della persona e non un *deficit* protettivo.

Non solo soccorrono, dunque, i rimedi offerti dal GDPR ma anche tutele e rimedi offerti dalla convergenza protettiva rafforzata e integrata del Codice del Consumo.

Rimedi e tutele che concorrono in ultima istanza alla protezione della dignità della *persona-interessato-consumatore* non solo in prospettiva

[40] G. Berti De Marinis, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione,* Napoli, 2019; C. Solinas, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica agli interessi generali,* Napoli, 2018.

individualistica, ma collettiva [41], non solo in dimensione strettamente privatistica ma regolatoria, del contratto e di riflesso dei mercati.

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