IL DATO PERSONALE TRA PROTEZIONE GIURIDICA E VALORIZZAZIONE ECONOMICA*

FERNANDA FAINI**

Sommario

1. La natura ambivalente del dato personale. – 2. La strada della valorizzazione economica dei dati personali. – 2.1. L'*an*: il dato personale può essere considerato quale bene economico? – 2.2. Il *quid* e il *quomodo*: a quali condizioni e con quali limiti il dato personale può essere commercializzato? – 3. Il valore dei dati e il modello di governo della tecnologia.

Abstract

In the digital dimension, the ambivalent nature of personal data emerges, at once the subject of a right but also an asset with economic value, which is accompanied by the possible convergence of certain disciplines, specifically, personal data protection and consumer protection. The contribution aims to examine the perspective of the economic valorization of personal data, investigating its "an" (whether personal data can be economically valorized), "quid" (what can be economically valorized) and "quomodo" (what conditions and limits should be placed on it); the quomodo is also declined in the legal forms and instruments and, more broadly, in the model of law in which this can be realized. The contribution aims to analyze the strengths as well as the critical issues of the economic valorization of personal data, extending the reflection also to the European model of governance of the technology and the opportunity to pay attention to the related governance, envisioning an extension of the powers of the authorities involved and a holistic approach that leverages a joint application of the different regulations.

Suggerimento di citazione

F. FAINI, *Il dato personale tra protezione giuridica e valorizzazione economica*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2023. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** *Research Fellow* e docente di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie presso l'Università di Pisa, l'Università Cattolica del Sacro Cuore e l'Università Telematica Internazionale Uninettuno.

Contatto: fernandafaini@gmail.com

© 2007-2023 Osservatoriosullefonti.it – Anno XVI - Fascicolo 2/2023
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La natura ambivalente del dato personale

Nel quadro della regolazione e della riflessione relative al rapporto tra diritto e tecnologia, emerge la complessa natura ambivalente del dato personale nella dimensione digitale, al tempo stesso oggetto di un diritto, ma anche bene dotato di valore economico, cui si accompagna la possibile convergenza di alcune discipline quali, in specifico, protezione dei dati personali e tutela dei consumatori. Il contributo intende affrontare la prospettiva della valorizzazione economica dei dati personali attraverso l'analisi dei punti di forza e delle criticità, estendendo la riflessione più ampiamente al modello europeo di governo della tecnologia e all'opportunità di porre attenzione alla relativa *governance*.

Per affrontare questi profili è necessario in modo prodromico esaminare la "materia prima" del corpo digitale e della dimensione digitale, ossia il dato, la natura che assume, le caratteristiche che lo connotano e i diritti collegati, come scaturenti dal quadro giuridico.

I dati, su cui si erge la *data society* e che costituiscono il corpo digitale[1], sono beni intangibili connotati da caratteristiche specifiche, che li differenziano dagli altri: sono suscettibili di essere utilizzati contemporaneamente e in luoghi diversi da un numero illimitato di soggetti, senza essere esauribili, a meno che l'accesso sia limitato dalla tecnologia o dal diritto. Nell'insieme dei dati che compongono la realtà digitale i dati personali, ossia le informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile direttamente o indirettamente[2], unitariamente considerati delineano l'identità digitale e costituiscono oggetto di un diritto della persona, indisponibile, imprescrittibile ed assoluto.

Nella riflessione in materia, rinvigorita anche da recenti interventi normativi e giurisprudenziali[3], il dato personale si staglia come un diamante dai diversi riflessi: oggetto di un diritto fondamentale con i connessi connotati di indisponibilità, imprescrittibilità e assolutezza, ma anche base fondamentale su cui si erge la dimensione digitale con le sue attività giuridiche e, pertanto, capace di assumere valore economico come controprestazione, anche alla luce del fatto che costituisce preziosa risorsa in mano alle piattaforme digitali. Pertanto nella regolazione e nel dibattito relativo emerge la complessa natura ambivalente assunta dai dati personali, considerati ora come oggetto di un di-

[1] La *data society* è intimamente pervasa dai dati finendo per plasmare l'uomo stesso come un *data subject*; sia consentito il rinvio a F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

[2] Art. 4, par. 1, n. 1), regolamento (UE) 2016/679.

[3] *Infra*, § 2.1.

ritto fondamentale, ora come bene di natura economica[4]. A ciò si legano i diversi "abiti" (continuando nella similitudine con il corpo) assunti dal soggetto: interessato sotto la lente della protezione dei dati personali e utente/consumatore nell'accesso ai servizi digitali.

La "valorizzazione economica" dei dati personali evidentemente può costituire un'opportunità per l'interessato laddove foriera di un potenziamento della libertà di scelta e di disposizione del singolo, ma non è scevra come contropartita dai rischi connessi proprio a questa aumentata libertà, potendo diventare un fattore di rischio per la sua libertà e i suoi diritti ed essere latrice di pericoli di mercificazione della persona stessa; del resto l'arma spuntata del consenso insegna da questo punto di vista. Al riguardo, del resto, è necessario tenere in considerazione il fatto che il paradigma europeo di protezione dei dati personali, diversamente da quello statunitense, mostra un atteggiamento cauto nei confronti della valorizzazione economica dei dati personali, che all'interno della puntuale regolazione di riferimento deve ritenersi subordinata in ogni caso alla necessità di un trattamento lecito e al rispetto dei diritti riconosciuti all'interessato, con un'attenzione ulteriore e una correlata "limitazione" nel caso di determinate categorie di dati personali[5].

In tale contesto la natura ambivalente dei dati personali (oggetto di un diritto fondamentale e bene di natura economica) si sposa con l'ulteriore ambivalenza tra protezione e circolazione, connessa alla natura stessa del dato personale e presente nella normativa in materia, posta a presidio sia della tutela degli interessati sia della libera circolazione dei dati.

Sotto tale profilo il diritto anela e persegue il bilanciamento e l'equilibrio, ma si trova nella dimensione digitale di fronte alla tensione tra protezione e controllo, da una parte, che caratterizzano la tradizionale ottica giuridica proprietaria, e, dall'altra, circolazione e apertura, che arrivano a spingersi finanche alla valorizzazione economica e alla commerciabilità, come emerge nel quadro regolatorio europeo, oltre che nel dibattito in materia.

La *governance* dei dati, infatti, nell'attuale *framework* europeo oscilla tra la protezione a tutela dei diritti della persona e la circolazione a beneficio del mercato, mostrando una spinta recente proprio verso la circolazione e l'apertura dei *big data* sia in ambito pubblico che privato per i benefici che consentono alla collettività[6]. Ciò è dovuto al fatto che l'apertura si ritiene possa contribuire in modo decisivo a sanare le asimmetrie informative esistenti, mettendo a disposizione della collettività i dati, determinando una "sanatoria"

[4] Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2019, 146 ss.

[5] In merito alla contrapposizione e alle differenze tra sistemi di protezione dei dati personali si rinvia all'ampia letteratura di riferimento.

[6] *Infra*, § 2.1.

in direzione di democratizzazione, provocando una perdita di potere per i detentori degli stessi e valorizzando la natura di beni comuni non solo di dati e informazioni, ma anche degli interessi generali oggetto di protezione come trasparenza, democrazia, sviluppo economico e sociale. Tale ricostruzione si attaglia alla qualificazione dei dati come "beni pubblici", dei quali possiedono quelle caratteristiche di non esclusività e non rivalità, al netto di concrete pretese di appropriazione e restrizioni surrettizie capaci di renderli di fatto "proprietà" di pochi soggetti.

2. La strada della valorizzazione economica dei dati personali

Pertanto nel quadro regolatorio di riferimento si cerca un ragionevole equilibrio e un adeguato bilanciamento tra le istanze negoziali del mercato e i diritti della persona, ma emerge un'inevitabile tensione, che si può provare a sciogliere soltanto esaminando la *ratio* e i valori sottesi alle tutele e analizzando quali strumenti garantiscono maggiormente la dignità della persona stessa, permettendo però al contempo lo sviluppo economico.

A tal fine, di conseguenza, è opportuno affrontare i seguenti aspetti:

- l'*an*: se il dato personale possa essere valorizzato economicamente e in certo modo essere fungibile;
- il *quid*: "cosa" possa essere valorizzato economicamente, ossia in quali fattispecie consentire che il dato personale possa rivelare questa componente patrimoniale;
- il *quomodo*: quali condizioni e limiti devono essere posti e quali equilibri e bilanciamenti occorre garantire; il *quomodo* si declina più ampiamente nelle forme e negli strumenti giuridici e nello stesso modello di governo della tecnologia in cui ciò può realizzarsi.

2.1 L'*an*: il dato personale può essere considerato quale bene economico?

Sotto il profilo dell'*an*, nell'interpretazione delle norme e nella giurisprudenza possono essere rinvenuti i fondamenti giuridici alla possibilità della valorizzazione economica o meno del dato personale; al riguardo la riflessione deve concentrarsi anche sul correlato aspetto se applicare regole diverse da quelle in materia di protezione dei dati personali rappresenti un ampliamento delle tutele giuridicamente e socialmente auspicabile e necessario.

Lo stesso regolamento europeo 2016/679 si basa sulla dicotomia tra protezione delle persone e circolazione dei dati, richiamata nella stessa denominazione dell'atto[7], oltre che nelle disposizioni e nei considerando, quali l'art. 1 e

[7] Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

i considerando 4, 6[8], 9 e 10: il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma deve essere considerato nella sua funzione sociale e contemperato con altri diritti fondamentali in ossequio alla proporzionalità, tra cui la libertà d'impresa[9]; si stabilisce finanche che la libera circolazione dei dati personali nell'Unione europea «non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali»[10]. In tale ottica lo stesso diritto alla portabilità dei dati, riconosciuto all'interessato, permette di desumere la presenza di un approccio negoziale nella normativa[11].

Sotto tale profilo, come anticipato, seppur il diritto persegua il bilanciamento e l'equilibrio tra le due istanze, si trova nella dimensione digitale inevitabilmente di fronte alla tensione tra protezione/controllo e circolazione/apertura, che emerge nella regolazione europea recente.

La "spinta" verso la circolazione dei dati, istanza presente fin dal regolamento (UE) 2016/679 e su cui costruire anche la prospettiva della valorizzazione economica, emerge nella comunicazione della Commissione europea «*Una strategia europea per i dati*», COM(2020) 66 *final* del 19 febbraio 2020, che si mostra consapevole che debba essere garantita una maggiore circolazione dei dati, nel regolamento (UE) 2022/868 «*Data Governance Act*», volto a promuovere la disponibilità dei dati utilizzabili, rafforzando la fiducia negli intermediari di dati e potenziando i meccanismi di condivisione dei dati in tutta l'Unione europea, interpretando la condivisione come linfa vitale[12], e nel *Data Act*, proposto il 23 febbraio 2022, che abbraccia un approccio *as open as possible and as closed as necessary*.

In tale direzione tesa alla circolazione dei dati, nell'interpretazione del dato personale come bene che può essere valorizzato economicamente, oltre alle richiamate previsioni del regolamento europeo 2016/679 e agli altri atti citati, rileva particolarmente la direttiva 2019/770, recepita dagli artt. 135-octies e seguenti del d.lgs. 206/2005, in cui la prospettiva della commerciabilità dei dati personali esce rafforzata, dal momento che è prevista l'applicazione delle norme a tutela del consumatore anche nel caso in cui, anziché un prezzo, a fronte di un contenuto o servizio digitale il consumatore fornisca o si impegni a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal profes-

[8] Il considerando 6, regolamento (UE) 2016/679 precisa che «la tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali […], garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali»

[9] Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

[10] Art. 1, par. 3, regolamento (UE) 2016/679.

[11] Art. 20, regolamento (UE) 2016/679.

[12] Cfr. A. SOLA, *Primi cenni di regolazione europea nell'economia dei dati*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2021, 190 ss.

sionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto il professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti[13].

La normativa precisa che i dati personali non devono essere intesi propriamente come una controprestazione a favore dell'operatore economico, ma come la prestazione di un consenso al trattamento dei dati personali, da esprimersi secondo la normativa, precisando che i dati personali non possono essere «considerati una merce», ma un diritto fondamentale e riaffermando in ogni caso la prevalenza della normativa in materia di *data protection*[14]. La soluzione di compromesso raggiunta nella versione finale del testo della direttiva, però, pare essenzialmente nominalistica, in quanto, a prescindere dalla qualifica formale dei dati come controprestazione, il caso in cui un servizio viene erogato a fronte del consenso al trattamento resta parificato, a livello di disciplina, a quello in cui è previsto un corrispettivo in denaro[15].

In linea con tale orientamento, a livello normativo rileva anche la direttiva europea 2019/2161, che prende espressamente atto del fatto che i contenuti digitali e i servizi digitali sono spesso forniti online attraverso contratti che prevedono, da parte del consumatore, «la comunicazione di dati personali al professionista» e, in coerenza con le previsioni della direttiva (UE) 2019/770, interviene sulla direttiva 2011/83/UE per estendere le tutele previste per le forniture di servizi digitali in cambio di denaro anche alle ipotesi di contratti di servizi digitali nel cui ambito il consumatore fornisce al professionista dati personali senza pagare alcun prezzo, dal momento che, «data la loro somiglianza e la loro interscambiabilità», i servizi digitali a pagamento e i servizi digitali forniti contro dati personali devono essere soggetti alle stesse norme[16].

Nella strada della valorizzazione economica del dato personale sono significative anche sentenze di organi giurisdizionali, come l'ordinanza emessa dal Tribunale di Bologna in data 10 marzo 2021, che nel rapporto tra la piattaforma Facebook e l'utente ravvisa un rapporto negoziale, in cui, «nonostante l'affermata gratuità del servizio, sussiste per entrambi i contraenti il requisito della patrimonialità della prestazione oggetto dell'obbligazione (art. 1174 c.c.)», dal momento che i dati personali dell'utente rivestono un «manifesto valore economico» e sono «inquadrabili come controprestazione nel rapporto utente-gestore»[17].

[13] Art. 135-octies, c. 4, d.lgs. 206/2005.

[14] Art. 3 e considerando 24, direttiva (UE) 2019/770.

[15] S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 135 ss.

[16] Considerando 31, direttiva (UE) 2161/2019.

[17] Secondo il Tribunale di Bologna «il contratto è fondato su un evidente sinallagma, per cui alla prestazione del servizio da parte del gestore corrisponde il suo interesse ad utilizzare i contenuti, le reti di relazioni e i dati personali dell'utente, a fini di raccolta pubblicitaria». Cfr. L. ALBERTINI, *Re-*

In particolare nell'ottica della commercializzazione del dato personale rileva la vicenda mossa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) *versus* Facebook (provvedimento del 29/11/2018, n. 27432) con le correlate sentenze del TAR Lazio (sentenze del 10/01/2020 nn. 206 e 261) e del Consiglio di Stato (sentenze del 29/03/2021 n. 2630 e n. 2631), dove si rinviene una chiara apertura all'approccio negoziale[18]. Il Consiglio di Stato parla di «messa a disposizione dei dati» e muove verso «l'esigenza di garantire "tutele multilivello"», capaci di ampliare i diritti della persona, protetta nella dimensione informativa in senso stretto dal regolamento europeo 2016/679 e nella dimensione commerciale dalla disciplina consumeristica[19], interpretando di conseguenza le norme sulla *data protection* e quelle a tutela del consumatore in termini di complementarietà e non di esclusione reciproca[20].

L'indisponibilità del diritto fondamentale non significa, infatti, che l'oggetto di tale diritto non sia suscettibile di scambio giuridico a qualsiasi titolo; a ciò si accompagna l'idea di garantire maggiore autonomia di scelta dell'individuo quale componente essenziale della sua dignità come persona: in tal senso l'approccio negoziale integra e rafforza quello tradizionale personalistico. Pertanto, laddove ci sia uno scambio economicamente rilevante, interviene anche la protezione consumeristica in rapporto complementare rispetto alla *data protection*, dal momento che si basa su diversi presupposti di

sponsabilità del social network *per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2021, 278 ss.

[18] Nella vicenda venivano contestate pratiche commerciali scorrette da parte di Facebook, ossia pratiche ingannevoli (in quanto l'utente non sarebbe debitamente informato dell'attività di raccolta e utilizzo dei suoi dati) e aggressive (in quanto l'utente sarebbe indebitamente condizionato a consentire raccolta e utilizzo dei dati, in cambio dell'utilizzo della piattaforma). Il TAR Lazio accoglieva parzialmente il ricorso per quanto afferiva alle pratiche ingannevoli, confermando in parte le sanzioni inflitte, e il Consiglio di Stato confermava la sentenza di primo grado; al riguardo cfr. A. LEONE, *Servizi digitali zero price e diritti dei consumatori*, in *Il Diritto Industriale*, n. 3, 2022, 233 ss.; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2021, 609-620.

[19] Il TAR Lazio ritiene qualificabile la cessione dei dati come «contro-prestazione del servizio offerto dal *social network*, in quanto dotati di valore commerciale». Secondo le parole del Consiglio di Stato si tratta di «un diritto personalissimo […] "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore».

[20] Anche secondo il TAR Lazio le due normative si pongono «in termini di complementarietà, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole».

applicazione e distinti ambiti operativi che possono convivere, in quanto tesi a tutelare interessi giuridici diversi, protetti da normative distinte[21].

Il riconoscimento della negozialità dei dati personali assume la meritoria finalità di portare alla luce e sottrarre il trattamento all'opacità e alla mancanza di trasparenza che oggi caratterizzano i cosiddetti mercati impliciti, in cui i dati personali divengono oggetto di appropriazione e sfruttamento al di fuori di un esplicito rapporto contrattuale [22]; a livello economico, infatti, l'operazione di scambio tra la prestazione e i dati personali già sussiste, ma è problematico il suo inquadramento giuridico[23]. Inoltre la valorizzazione economica del dato personale permette al soggetto una maggiore autonomia di scelta e la possibilità di azionare anche le tutele contrattuali e della disciplina consumeristica, accrescendo e rendendo più articolato il ventaglio di strumenti di protezione a sua disposizione[24].

A frenare la prospettiva della valorizzazione economica dei dati personali, però, oltre alle caratteristiche che connotano il diritto e che creano un argine alla qualifica come bene di scambio (assoluto, indisponibile, imprescrittibile) e allo stretto rapporto tra il dato personale e la persona con la sua identità[25], che non gli permetterebbe di compierne atti di disposizione, è opportuno sottolineare che il diritto alla protezione dei dati personali non ha un contenuto omogeneo e meramente individuale ed è anzi volto in via strumentale a tutelare interessi eterogenei, che vanno oltre quelli dei singoli interessati di volta in volta coinvolti (quali l'esplicazione dell'identità e della personalità), ossia non rappresenta in sé un bene finale da tutelare, ma è strumentale alla tutela

[21] Cfr. A. LEONE, *Servizi digitali zero price e diritti dei consumatori*, cit., 233 ss.; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, cit., 609-620, secondo cui però la stessa disciplina in materia di *data protection* protegge l'intera gamma di diritti, anche quelli di natura economica, tenendo presenti le esigenze di tutela delle prerogative economiche; di conseguenza secondo l'Autore applicare anche le norme a tutela dei consumatori genererebbe attriti tra disposizioni e potenziali duplicazioni di obblighi e sanzioni.

[22] E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, n. 1, 2022, 36.

[23] Cfr. C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2021, 321-333. In merito ai modelli di business relativi alla commercializzazione dei dati cfr. G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e commercializzazione dei dati personali*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, 51-76.

[24] In tal senso E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 29; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2020, 635-674.

[25] Il diritto alla protezione dei dati personali è collocato tra i diritti fondamentali della persona negli atti sovranazionali di riferimento, quali l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 1 della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale 108/1981 ratificata con legge 98/1989, l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

di altri interessi. Tali interessi non sono solo di natura individuale, ma riguardano anche la collettività; il diritto alla protezione dei dati personali tutela interessi individuali, ma è fortemente presente l'esigenza di proteggere anche interessi collettivi[26]. Sotto tale lente, limitare lo sviluppo di un mercato di dati personali può essere interpretato come teso in buona parte alla tutela di interessi collettivi con lo scopo di evitare che la raccolta di una mole di informazioni determini effetti pregiudizievoli per la società con il rischio di classificazione e discriminazione degli individui, alterando gli equilibri disposti dalla normativa europea e, in particolare, dal regolamento 2016/679[27].

Pertanto la preoccupazione relativa alla commercializzazione dei dati personali non sarebbe diretta soltanto a tutelare la parte considerata debole e a riequilibrare la disparità di potere tra titolare e interessato, ma guarderebbe ad una platea più ampia proteggendo non tanto il singolo, ma lo stesso in un'ottica collettiva, tutelando l'esigenza di evitare la commercializzazione della persona come parte della società.

In realtà anche in tal caso la contrapposizione di orientamenti (valorizzazione economica o meno dei dati personali) può essere risolta cercando equilibrio tra i diversi diritti in gioco. Sotto tale profilo l'*an* si gioca su come debba essere interpretato il concetto di indisponibilità: se la circolazione della ricchezza significa circolazione del diritto espressione di tale ricchezza, non è certo il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali che circola, né un diritto proprietario sui dati personali. Il contratto di circolazione del dato costituisce un diritto in capo al titolare del trattamento a godere dei benefici ricavabili dal trattamento del dato, in considerazione della peculiarità del dato personale che consente di essere utilizzato e sfruttato contemporaneamente e in luoghi diversi da una pluralità di soggetti[28].

E allora nel dibattito sull'*an* forse è opportuno prendere in considerazione anche altri diritti fondamentali, che già vedono una tutela differenziata della componente morale e della componente patrimoniale: è il caso della proprietà intellettuale e del diritto d'autore, in cui sono presenti diritti morali e diritti di utilizzazione economica dell'opera, naturalmente con la difficoltà per i dati

[26] S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 144 ss.; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, cit., 609-620.

[27] Questo aspetto, secondo G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674, «oltre a esporre ad abusi derivanti dalla scorretta gestione di dati personali, potrebbe limitare lo sviluppo della persona attraverso il confinamento dello stesso entro profili predeterminati e ad un improprio condizionamento del modello di organizzazione politica, sociale, economica».

[28] In tal senso C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, cit., 321-333.

personali di ricreare una siffatta dicotomia[29]. I dati personali sono espressione di un diritto assoluto, ma nella dimensione digitale contemporanea è innegabile che abbiano assunto una dimensione aggiuntiva, quella patrimoniale, idonea quindi a permeare un rapporto negoziale, che poggia su differenti presupposti di applicazione rispetto a quelli della *data protection*[30].

2.2 Il *quid* e il *quomodo*: a quali condizioni e con quali limiti il dato personale può essere commercializzato?

Nell'aspetto da ultimo esaminato emerge il *quid* ("cosa" possa esprimere valore economico), ossia come scomporre la componente patrimoniale o, per meglio dire, in quali fattispecie permettere che il dato personale possa rivelare questa componente patrimoniale, facendo in modo che il trattamento sia e resti al servizio dell'uomo[31].

L'*an* e il *quid*, di conseguenza, si legano strettamente al *quomodo*: solo se la strada della valorizzazione economica del dato personale consente il rispetto della dignità, lo sviluppo della persona e la sua libertà, allora è possibile percorrerla. Il fine ultimo da perseguire, infatti, è evidentemente la tutela migliore da offrire alla persona[32].

Pertanto la riflessione si sposta sul *quomodo*: con quali strumenti, con quali limiti e a quali condizioni è possibile valorizzare economicamente il dato personale senza rischiare di commercializzare insieme ai suoi dati la persona stessa con esiti imprevedibili che possono nuocere all'individuo e alla stessa società?

Al riguardo le norme in gioco svolgono un ruolo diverso, come emerge peraltro anche nell'esaminato caso di AGCM *versus* Facebook[33]: le norme a tutela dei consumatori possono indicare come lo scambio debba essere attuato, mentre le norme in materia di *data protection* stabiliscono i criteri per verificarne la legittimità sostanziale[34]. La stessa direttiva europea 2019/770 precisa l'applicazione della normativa in materia di *data protection*, prevedendo, in

[29] Anche il diritto all'immagine è oggetto di atti di disposizione. Al riguardo cfr. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674, secondo cui, come in materia di diritto d'autore si distingue tra diritti "morali" e diritti "di sfruttamento economico dell'opera", anche in materia di protezione dei dati personali si potrebbe configurare un diritto morale e uno negoziale con il vantaggio di aumentare e completare le forme di tutela per il soggetto debole del rapporto.

[30] Cfr. A. LEONE, *Servizi digitali zero price e diritti dei consumatori*, cit., 233 ss.

[31] Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

[32] Cfr. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674.

[33] *Supra*, § 2.1.

[34] Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 133 ss.

caso di conflitto tra la direttiva 2019/770 e la normativa in materia di protezione dei dati personali, la prevalenza di quest'ultima[35].

Di conseguenza, ciò si declina in un diverso ambito di applicazione delle norme a tutela dei consumatori e di quelle in materia di *data protection*: le norme a tutela dei consumatori e gli strumenti di regolazione del mercato non sono chiamati a disciplinare nel merito lo scambio e perimetrare lo spazio di liceità del mercato dei dati personali, non sono destinati a indicare se sia lecito scambiare sul mercato i dati personali, ma sono tenuti a indicare come tale scambio debba essere condotto. La disciplina della *data protection* è invece chiamata a regolare il trattamento dei dati personali con effetti nei confronti delle libertà economico-negoziali. In tal senso la prospettiva patrimoniale si aggiunge, ma non deve attrarre, elidere né negare la considerazione della persona nell'ambito del fenomeno disciplinato, ma semplicemente arricchire la sfera delle tutele azionabili anche di quegli strumenti propri del diritto patrimoniale e contrattuale che diversamente non sarebbero accessibili per l'interessato[36]. Pertanto, mentre la disciplina sui dati personali regola in via sostanziale il mercato dei dati stessi, stabilendo se e quando il loro scambio è ammesso, la disciplina a tutela dei consumatori regola le modalità di tale scambio, garantendone la trasparenza e accordando ai consumatori determinati rimedi.

Dunque tutele diverse da quella offerta dalla *data protection*, come quella consumeristica o concorrenziale, derivanti dalla valorizzazione economica del dato personale, dovrebbero essere intese come complementari e andare ad integrare l'insieme di tutele a disposizione del soggetto, rafforzando così la sua posizione; l'individuo è tutelato in modo duplice come persona e come parte debole dell'operazione economica[37]. In tal modo non si assisterebbe a una mercificazione della persona, ma anzi alla sua valorizzazione nei diversi aspetti, compreso quello economico; del resto finora la tutela dell'interessato è rimasta confinata nell'ambito della protezione dei diritti della personalità e questo ampliamento di strumenti può tradursi in un connesso ampliamento di tutele[38].

[35] Art. 3, par. 8, direttiva (UE) 2019/770.

[36] Cfr. V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2020, 659, che riporta l'azione di esatto adempimento, la tutela contrattuale, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e, in genere, la tutela del consumatore.

[37] Sono diversi anche i relativi obblighi informativi, funzionali da una parte al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e, dall'altra, alla corretta informazione da fornire al consumatore perché possa scegliere in modo consapevole; cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 22 ss.

[38] V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 659 ss.

Pertanto, al fine di comprendere la regolazione in via "sostanziale" del mercato dei dati personali occorre avere riguardo non alle norme a tutela dei consumatori, ma alle disposizioni in materia di *data protection*.

In particolare, la disposizione a cui fare riferimento è quella secondo cui il consenso al trattamento dei dati personali deve essere manifestato "liberamente" e consapevole; in merito rileva la sentenza della Corte di Cassazione 2 luglio 2018, n. 17278, che si è espressa in materia[39]. Al riguardo, più che di trasferimento o cessione dei dati si tratta di consenso al trattamento quale condizione di liceità ai sensi dell'art. 6 del regolamento europeo 2016/679, in quanto sono proprio l'"accesso ai dati" e il correlato utilizzo che diventano oggetto di scambio nell'ambito dei contratti per la fornitura di servizi online[40]. Quando in corrispondenza di una data prestazione di un operatore economico viene fornito il consenso al trattamento dei dati personali dell'interessato, l'accesso fornito ai dati personali dell'interessato indica «l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare»[41]. Il consenso quindi ha valore non solo quale strumento a tutela del diritto alla protezione dei dati personali, ma acquisisce altresì un'accezione patrimoniale e negoziale; del resto consenso e contratto sono elementi centrali per il diritto delle obbligazioni[42].

La norma sul consenso e l'interpretazione della stessa sono snodi cruciali per la questione relativa alla valorizzazione economica dei dati personali; di conseguenza la riflessione deve spostarsi su questo profilo: in quali condizioni un consenso informato e consapevole è anche libero?

Nel rispondere a tale interrogativo si riaffaccia la dicotomia di orientamenti, già esaminata in precedenza.

Secondo un consolidato orientamento non è libero il consenso a cui viene subordinato l'accesso a un bene o servizio e, conseguentemente, il trattamento è illecito. L'obiettivo di tale approccio pare essere quello di scoraggiare lo sviluppo di un mercato basato sullo scambio di dati personali. Un simile modello somiglia a quanto previsto per gli atti di disposizione del corpo, rispetto a cui il nostro ordinamento vieta il collegamento sinallagmatico con una controprestazione; gli atti di disposizione del corpo, infatti, sono validi solo se

[39] Nella sentenza n. 17278 del 2018 la Corte di Cassazione sottolinea «l'esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell'interessato, sia sotto il profilo della evidente "asimmetria informativa", sia dal versante della tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive».

[40] Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 46.

[41] V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2020, 653 ss.

[42] Cfr. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674.

posti in essere a titolo gratuito, dal momento che sono considerati come atti aventi contenuto non patrimoniale[43].

In realtà, osservando il fenomeno, il modello adottato per gli atti di disposizione del corpo non si può impiegare anche con riguardo al "mercato" dei dati personali, dal momento che in tale contesto non è presente un netto divieto, proprio in considerazione di quanto previsto proprio dal regolamento europeo 2016/679. Il regolamento fornisce, infatti, indicazioni in merito a che cosa debba intendersi per consenso "libero", dovendosi nella valutazione tenere «nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»[44]. Pertanto non è vietato subordinare l'esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati, ma, affinché il consenso sia libero, l'interessato deve avere una scelta effettiva e mantenere il controllo sui propri dati: l'effettività della scelta dipende dalla possibilità per l'interessato di accedere al servizio anche senza prestare il consenso al trattamento[45]. Di conseguenza rileva ed è necessario valutare se un'alternativa equivalente sussiste anche nel caso in cui un servizio analogo, per il cui accesso non sia richiesto il consenso al trattamento, venga offerto da un altro operatore sul mercato; ipotesi da escludere nel caso di servizi offerti da operatori sostanzialmente monopolistici.

Il consenso è libero se prestato a fronte di un'"alternativa", fornita dal medesimo o da diversi operatori, come chiarisce la Corte di Cassazione nella sentenza n. 17278 del 2018, secondo cui è lecito subordinare l'accesso a un bene o a un servizio alla prestazione del consenso al trattamento purché si tratti di un bene o servizio "fungibile", da intendersi proprio come la possibilità di accedere a servizi analoghi ed esista, dunque, un'alternativa; di conseguenza il condizionamento va ritenuto sussistente se la prestazione offerta sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato[46]. Sicuramente se si tratta di un servizio essenziale per l'interessato, di cui non vi è un equivalente facilmente accessibile, non sarà lecito condizionarne l'erogazione al consenso

[43] Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 29 ss.; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 138 ss.

[44] Art. 7, par. 4, regolamento (UE) 2016/679.

[45] Gruppo di lavoro Articolo 29, riportato da S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 140.

[46] Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278. Cfr. L. ALBERTINI, *Responsabilità del* social network *per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali*, cit., 285.

al trattamento dei dati[47]. Il consenso libero ed informato, inoltre, dovrà essere anche specifico e distinguibile da quello fornito per scopi diversi[48].

A guardare bene la fungibilità e la rinunciabilità del servizio sono critiche nella realtà concreta, dal momento che rinunciando ad alcuni servizi l'utente si troverebbe spesso nella condizione di non acquisire o perdere relazioni sociali, utili per la propria vita; ciò può concretamente tradursi in un'assenza sostanziale di scelta da parte della persona. Del resto la condizione dell'individuo nei rapporti con i colossi tecnologici è costituita da una libertà apparente e non autentica, dal momento che il mancato consenso espone all'indubbio pregiudizio di non fruire delle possibilità offerte dalle piattaforme digitali in termini relazionali, sociali e professionali e, più ampiamente, di non accedere alla propria vita digitale: al riguardo, è particolarmente significativo il considerando 42[49].

In merito è opportuno precisare che tramite il consenso l'interessato non trasferisce la proprietà e il controllo dei propri dati personali, ma, più semplicemente, consente di farne uso con la possibilità di limitare il consenso in alcuni casi unilateralmente o addirittura di revocarlo[50]; nel caso dei dati si tratta, del resto, di beni particolari il cui utilizzo non implica una loro «consumazione»[51]. Il consenso non ha ad oggetto il diritto, personalissimo ed inalienabile, al dato personale, ma l'esercizio dello stesso, secondo le finalità del trattamento, ed è sempre revocabile.

Lo scambio dei dati personali può avvenire a fronte di un prezzo, allorché l'interessato ne autorizzi il trattamento in cambio di un corrispettivo in denaro, oppure, come accade frequentemente, a fronte di un contenuto o di un servizio digitale.

In tale contesto si è sviluppato anche il fenomeno della cosiddetta *infomediation*, dove un'impresa si pone come intermediaria tra il titolare del trattamento e l'interessato, al fine di agire in favore e per conto di quest'ultimo, anche garantendo il pagamento di un prezzo all'interessato, sfruttando anche il diritto alla portabilità dei dati riconosciuto dall'art. 20 del regolamento eu-

[47] Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 142 ss., secondo cui problemi possono invece sorgere nel caso in cui il servizio sia infungibile, ma non "irrinunciabile" (Facebook).

[48] L. ALBERTINI, *Responsabilità del* social network *per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali*, cit., 286 ss.

[49] Secondo il considerando 42, regolamento (UE) 2016/679 «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».

[50] E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 35.

[51] V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 657.

ropeo 2016/679[52]. Il regolamento (UE) 2022/868, *Data Governance Act*, favorisce e incentiva l'intermediazione dei dati e prevede il consenso all'utilizzo di dati personali con l'aiuto di un "intermediario per la condivisione dei dati personali", il cui compito consiste nell'aiutare i singoli individui a esercitare i propri diritti a norma del regolamento sulla protezione dei dati. Il fenomeno tuttavia non è scevro da problematiche e rischi, correlati alla potenziale esaltazione della redditività dei dati personali, incoraggiandone l'utilizzo per fini commerciali e portando a una progressiva erosione e a un potenziale svilimento delle garanzie a tutela degli interessati[53].

Pertanto nei diversi aspetti in cui si snoda la questione relativa alla valorizzazione economica dei dati emerge costantemente la necessità di una peculiare attenzione a raggiungere un saggio equilibrio, evitando che l'ampliamento degli strumenti di protezione della persona possa nascondere rischi di mercificazione della persona stessa.

3. Il valore dei dati e il modello di governo della tecnologia

Sempre sul *quomodo* è opportuno aggiungere qualche notazione finale.

Alla base della complessa riflessione circa la valorizzazione economica dei dati personali sono presenti le scelte valoriali fondamentali del modello europeo di governo della tecnologia che si intende disegnare, che coinvolge il ruolo della persona, gli interessi collettivi, la società, le geometrie di potere, il rapporto tra pubblico e privato. La scelta tra ritenere lecito o meno lo scambio di dati personali contro beni o servizi e come farlo produce effetti che travalicano la disciplina della *data protection* e riguardano anche la disciplina a tutela del consumatore, la tutela della concorrenza e la regolazione dei mercati in relazione alle piattaforme digitali coinvolte[54]; questo aspetto incide più ampiamente sulla *governance* stessa della dimensione digitale.

[52] Sono inquadrabili nel fenomeno dell'*infomediation* Lumeria, Weople e ErnieApp, per la cui analisi si rinvia a F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di* data sharing *dal GDPR al* Data Governance Act, in *Contratto e impresa. Europa*, n. 1, 2021, 215 ss.

[53] Cfr. F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di* data sharing *dal GDPR al* Data Governance Act, cit., 214, che descrive il fenomeno della *infomediation* come quello in cui le *data companies* «si propongono – almeno formalmente – di agire in favore e per conto degli interessati, di cui acquisiscono una mole impressionante di dati, al fine di ottenere, presso fornitori terzi, la produzione di valore economico-monetario, che viene trasferito agli stessi previa decurtazione di una quota, destinata a remunerare i servizi resi dalla data company "infomediaria"». In merito cfr., altresì, D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, n. 1, 2022, 45-56.

[54] Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 21 ss.

Come devono essere regolati tali fenomeni perché le norme possano essere effettive[55]? Quali poteri e quale nuovo modello di *governance* delle autorità coinvolte sono adeguati al mutato contesto in cui il diritto alla protezione dei dati personali disvela anche una componente patrimoniale? Quale orizzonte giuridico di Internet, per dirla con le parole del Maestro Frosini[56], e quale ordinamento giuridico digitale è necessario costruire?

Nel rispondere a questi complessi interrogativi che caratterizzano la fisionomia della futura dimensione digitale vengono in gioco gli strumenti e la forma del diritto.

Nel quadro regolatorio europeo, per quanto attiene agli strumenti giuridici, emerge l'esigenza di una sorta di "convergenza" di discipline normative a tutela della persona nelle sue vesti di interessato, utente, consumatore e cittadino, al fine di proteggerla in modo effettivo ed efficace, che va a sommarsi alla convergenza tra protezione/controllo, da una parte, e circolazione/apertura, dall'altra, oltre a una convergenza anche da un punto di vista soggettivo tra il settore pubblico e quello privato, chiamati a una collaborazione e cooperazione atte a questi fini. Proprio al fine di garantire il diritto del singolo al controllo e al governo dei propri dati con la necessità di una loro circolazione, propedeutica allo sviluppo del mercato, circoscrivendo e limitando al tempo stesso il potere dei colossi digitali, sono stati approvati i recenti regolamenti europei tesi a disciplinare la dimensione digitale[57], come il *Digital Services Act* (regolamento UE 2022/2065), il *Digital Markets Act* (regolamento UE 2022/1925), il *Data Governance Act* (regolamento UE 2022/868), etc.

Sotto il profilo della forma, emerge nel *framework* regolatorio europeo recente e, più in generale, nelle norme che trattano il rapporto tra diritto, diritti e tecnologia, la tensione costante tra certezza e prevedibilità[58], da un lato, e flessibilità e adattabilità, dall'altro, necessarie per garantire efficacia[59]. Questo

[55] Al riguardo lo stesso strumento del consenso nella dimensione digitale mostra i suoi limiti e rischia di non proteggere concretamente l'individuo, che si rivela spesso inconsapevole e non autenticamente libero per i motivi richiamati precedentemente.

[56] V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2000, 271 ss.

[57] Alla base della regolazione in materia, emerge l'esigenza di una regolamentazione del mercato, per evitare l'abuso da parte delle aziende *Big Tech*.

[58] Tale istanza emerge nello stesso cambiamento di approccio dell'Unione europea, che negli ultimi anni per regolare la dimensione digitale sceglie lo strumento del regolamento dotato di maggiore *vis* sugli Stati membri rispetto alla direttiva.

[59] Questa esigenza si traduce nella presenza non solo di norme strettamente intese, ma anche di *soft law*, atti di indirizzo, linee guida, strategie di istituzioni, autorità, organismi fino a forme di *co-regulation* e di *self-regulation*, oltre a meccanismi di flessibilità nelle norme, quali obblighi di valutazione e revisione degli atti, procedure più snelle anche al di fuori del procedimento legislativo e meccanismi come le *regulatory sandboxes*.

aspetto consegue alla necessità di un complesso articolato di regole diverse atte a costruire un diritto complessivamente sostenibile e, a tal fine, tese a garantire certezza del diritto, tutelando i diritti delle persone, ma anche ad assicurare adattabilità allo sviluppo e ai cambiamenti della tecnologia, riuscendo a trovare un virtuoso equilibrio tra interessi diversi grazie a un approccio *multistakeholder*, in cui gli Stati sono chiamati a nuove forme di cooperazione e collaborazione.

In tale contesto, la sfida è proprio quella di trovare un punto di caduta, un ragionevole bilanciamento tra diritti, istanze e interessi diversi, in cui si colloca anche la necessità di equilibrio tra protezione della persona e libera circolazione dei dati, funzionale alla promozione del mercato, valori perseguiti parimenti dalla normativa in materia, che esplicitamente non interpreta la protezione dei dati personali come un valore assoluto, ma considera la sua funzione sociale e l'interesse generale che può limitarla[60]. Il giurista è chiamato ad operare un ragionevole bilanciamento e giungere ad un'interpretazione del sistema normativo che renda possibile conciliare la prospettiva contrattuale con il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali con le sue caratteristiche di indisponibilità, imprescrittibilità ed assolutezza, tutelando l'individuo allo stesso tempo come persona, ma anche come parte di un'operazione economica di scambio dei dati.

In tale quadro di riferimento, nella consapevolezza dei potenziali rischi della valorizzazione economica del dato, è necessario un rafforzamento dello spazio giuridico pubblico a protezione dei diritti e delle libertà della persona evidentemente andato perduto nell'asimmetria contemporanea dei rapporti tra utenti e piattaforme, che passa necessariamente dal ruolo delle autorità indipendenti coinvolte, le uniche capaci ontologicamente di trovare quell'equilibrio tra certezza e flessibilità e creare, di conseguenza, un diritto sostenibile.

Pertanto la riflessione deve concentrarsi sul modello di governo della tecnologia, nel cui contesto rileva anche la natura ambivalente del dato personale, oggetto di un diritto ma anche bene dotato di valore economico, e sulla conseguente ridefinizione delle competenze delle autorità amministrative indipendenti coinvolte, quali Garante per la protezione dei dati personali e AGCM, che esige una stretta collaborazione tra autorità e un'applicazione congiunta della normativa[61]. Tale prospettiva si colloca nella direzione di un approccio orizzontale che scardina i sistemi regolatori verticali, meno adatti

[60] Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

[61] Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 25 ss., secondo cui il Garante per la protezione dei dati personali e l'AGCM sono «consapevoli (certamente più degli individui direttamente interessati) del valore che i dati personali assumono negli ambiti rispettivamente affidati alla loro regolazione».

da sempre al volto orizzontale della rete, ed evita il rischio di autorità che possano far pendere la bilancia sull'uno o sull'altro diritto a protezione del quale la specifica autorità è istituita e conseguentemente si muove, abbracciando invece un approccio olistico conforme alla complessità digitale e all'intreccio tra diritti e interessi diversi. In questa esigenza di *governance* emerge la richiamata necessità di recuperare uno spazio giuridico pubblico[62].

Ai fini di una tutela effettiva ed efficace della dignità e dei diritti fondamentali delle persone, occorre un'intensa attività da parte delle autorità amministrative indipendenti coinvolte, mosse da collaborazione reciproca, nell'ambito del meccanismo di cooperazione disegnato dal regolamento stesso, applicando la tutela offerta dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, ma anche, a seconda dei casi, quella a tutela dei consumatori o quella a tutela della concorrenza[63].

Oltre a questo, a fronte dei potenziali pericoli, con riferimento all'aspetto negoziale può essere opportuno arrivare a una regolazione specifica e a creare nuovi modelli contrattuali o autorizzatori-prescrittivi, al fine di perseguire l'interesse generale di limitarne l'impatto sociale ed economico. Al riguardo, può essere interessante la proposta rappresentata dalla redazione, promozione e adozione di un contratto regolamentato di cessione dei dati personali (altrimenti da considerare come contratto atipico), con clausole predeterminate nelle quali il bilanciamento degli interessi in gioco venga operato *ex ante* dal legislatore, preferibilmente europeo, insieme alle autorità indipendenti coinvolte, ai soggetti collettivi portatori degli interessi in gioco e agli operatori del mercato; un contratto di cessione dei dati personali, infatti, dovrebbe essere frutto di un processo *multistakeholder*, al fine di garantirne solidità ed efficacia.

In tal modo si tutelerebbe il soggetto debole, ma allo stesso tempo si regolerebbe anche il mercato, considerando quindi il soggetto nelle sue vesti di interessato, ma anche di utente/consumatore, avendo effetti benefici anche nel momento della valutazione del giudice circa le condizioni contrattuali stabilite dalle piattaforme digitali. Naturalmente occorrono accorgimenti, quali escludere dalla commercializzazione le categorie particolari di dati personali di cui agli artt. 9 e 10 del regolamento europeo 2016/679 e porre attenzione che l'eventuale beneficio economico riconosciuto dal titolare

[62] Lo stesso regolamento (UE) 2016/679 ha rafforzato i poteri delle autorità garanti; cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 47, che sottolinea come il rafforzamento delle autorità garanti arriva nel regolamento europeo «fino a ricomprendere misure tipiche della regolazione amministrativa dei mercati, quali sono i poteri di dettare le condizioni dei contratti che vengono stipulati nei mercati affidati alle loro cure, così presiedendo ai fenomeni circolatori dei dati personali».

[63] E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 51 ss.

all'interessato non sia proporzionato alla quantità di dati personali, al fine di evitare che l'interessato sia indotto a consentire il trattamento di un numero sempre maggiore di dati, a fronte del beneficio economico conseguibile, rischiando di scivolare verso condizionamenti e mercificazioni[64].

Ad avviso di chi scrive il pericolo sotteso alla valorizzazione economica e alla commerciabilità dei dati personali sta nel fatto che le presunte maggiori tutele richiamate a suo sostegno sono sempre confinate in un rapporto bilaterale, che nella tutela effettiva ha scricchiolato (si pensi al consenso) e che in tale contesto si ripropone applicando le regole contrattuali, sollevare la cui violazione di nuovo è compito rimesso all'utente, soggetto debole. In considerazione del fatto che l'obiettivo è garantire maggiore protezione all'interessato, il rischio è aumentare o meglio diversificare le possibilità di tutela della persona grazie a strumenti contrattuali, ma rimanendo sempre nel rapporto bilaterale e quindi rimettendo sempre in capo ad un soggetto debole le tutele e la possibilità di azionarle. Nel quadro europeo si manifesta una tendenza ad attribuire all'interessato il controllo dei propri dati, con lo scopo di realizzare una sorta di "*data subject empowerment*", rendendolo soggetto attivo e, di conseguenza, maggiormente libero. Ma proprio questa convinzione desta dubbi alla luce delle sorti che ha avuto il consenso a livello concreto.

Forse invece, anche in considerazione del diritto di cui si tratta, dei pericoli della mercificazione e delle ricadute a cascata sull'applicazione di una serie di norme e sul modello di *governance* delle autorità, può essere opportuno riflettere sulla costruzione di un'autodeterminazione collettiva che, consapevole dei valori collettivi in gioco ma anche degli effetti collettivi che ogni operazione singola può avere, immagini forme di negoziazione e tutela collettiva, decidendo *ex ante* ed *ex post* anche al posto del soggetto: ciò è capace di ristabilire uno spazio giuridico pubblico, si concilia con l'autodeterminazione individuale per rafforzarla e permette di evitare rischi di mercificazione della persona. Non bisogna dimenticare, del resto, la dimensione di massa del fenomeno in esame, per cui la liceità del singolo scambio andrà valutata alla luce dei più generali interessi coinvolti. In altri termini, può essere il tempo di un'evoluzione e una maturazione che conducano dalla protezione di interessi individuali alla protezione di un fondamentale interesse collettivo della comunità sociale, considerando che l'autodeterminazione informativa talvolta si trasforma, nella dimensione digitale, da libertà fondamentale in interesse collettivo, esigendo una regolazione in tal senso[65].

[64] E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 48 ss. Diversamente secondo V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 650 ss. è opportuna la scelta di non restringere le possibili variabili in un'astratta previsione schematica o "tipo contrattuale".

[65] F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, cit., 609-620.

Il cambiamento pervasivo determinato dallo sviluppo delle tecnologie e dalla centralità assunta dai dati investe i complessi equilibri consolidati tra diritti e libertà, il bilanciamento tra interessi contrapposti, il rapporto tra poteri e la tenuta dei principi democratici fondamentali, influenzando le direttrici culturali ed etiche del futuro. Fin dall'origine delle tecnologie nel dialogo tra diritto e tecnica la riflessione ha dovuto concentrarsi su un necessario equilibrio fra interessi. In questo scenario si pone una chiara responsabilità pubblica nel garantire effettiva tutela ai diritti e alla persona, affrontando complessi, saggi e necessari bilanciamenti tra diritti e interessi che nella dimensione digitale si intrecciano e confliggono, mossi da tensioni diverse.

Garantire i diritti e le libertà nella dimensione digitale involge la *governance* della tecnologia ed è quanto mai necessario provare a individuare l'"ordinamento giuridico digitale", ossia il modello di governo della tecnologia cui siamo e dovremmo essere indirizzati, capace di tutelare in modo efficace la persona e la società rispetto alla tecnologia: un diritto sostenibile, capace di bilanciare protezione e circolazione, certezza e flessibilità senza impattare negativamente sulla società grazie a un saggio equilibrio tra diritti e interessi, facendo leva su un approccio olistico, al cui centro situare la persona, per far sì come vuole il regolamento europeo che il trattamento dei dati personali sia al servizio dell'uomo[66].

[66] Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.