

The logo consists of the letters 'DR' in white, set against a red diamond shape with a white border. The diamond is slightly tilted and has a white arrow-like shape pointing to the right, partially overlapping the 'R'.

DR

Diritto del
Risparmio

The background features a dark, grid-like pattern with various numerical values in white and green. Overlaid on this are several data visualization elements: a line graph with white and green lines, a bar chart with blue bars, and a silhouette of a person standing in the center, looking towards the viewer. The overall aesthetic is technical and data-driven.

DATA ECONOMY, PRIVACY E DIRITTO DEL CONSUMO

di **Lucio Casalini***

Privacy e consumer protection, mai così contigue come nel contesto della cd. data economy, formano qui oggetto di approfondimento, alla luce delle più significative elaborazioni dottrinali e dei più recenti orientamenti giurisprudenziali.

**Approfondimenti
fascicolo 1/2022**

*Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Privato.

ISSN 2785-3004

Data economy, privacy e diritto del consumo*

di Lucio CASALINI

SOMMARIO: 1. Data economy: una premessa. – 2. Evoluzione della disciplina a tutela della privacy. – 2.1. (segue) Alcuni dei principi informatori del GDPR. – 3. Diritto del consumo e pratiche commerciali (s)corrette. – 4. Contiguità tra normativa sulla privacy e disciplina consumeristica. – 5. Il fenomeno della patrimonializzazione dei dati personali. – 5.1. (segue) La sentenza del Consiglio di Stato n. 2631/2021. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Data economy: una premessa.

L'economia digitale si è affermata e plasmata, per circa mezzo secolo, attorno al fattore della produzione più importante del periodo in parola: i *dati*. È comune ormai l'espressione ad essi riferita come “nuovo petrolio”, poiché è evidente nella letteratura giuridica ed economica l'accostabilità tra questi due fondamentali fattori: gli uni dell'economia digitale (cd. *data economy*, qui oggetto di approfondimento), l'altro dell'economia industriale classicamente intesa.

Oggi è incontroverso come i dati assurgano a merce preziosa, propulsore di processi economici e tassello ultimo di quel fenomeno di smaterializzazione della ricchezza che nel secolo scorso ha segnato il definitivo superamento – anche e soprattutto in termini di valore economico – dai beni tangibili (macchine, terreni) a beni intangibili (marchi, brevetti, conoscenza). Un mutamento a cui, tuttavia, non ha corrisposto un'adeguata elaborazione di criteri e strumenti volti a definire in modo condiviso il valore di tali beni e, con specifico riferimento ai dati, resta operazione molto complessa individuare un vero e proprio statuto giuridico che ne governi la titolarità, l'utilizzo e il trattamento (*ownership* e *governance* dei dati), quale che sia il valore economico loro attribuibile.

Inoltre, le regole di governo dei mercati digitali restano tuttora quelle in larga parte consolidate in un sistema economico di tipo industriale e, come tali, ampiamente inadeguate alle nuove sfide digitali. D'altro canto, molte critiche (o addirittura timori) sono stati sollevati attorno ad un sistema economico che, da una parte, apparirebbe improntato alla massima

* Contributo approvato dai *referee*.

efficienza ed economicità e, dall'altra e quale sibillina contropartita, imporrebbe sofisticati meccanismi di “sorveglianza” per il suo esatto funzionamento (Zuboff, 2019).

Se la massimizzazione dei profitti dei maggiori *players* di questi mercati (il riferimento va, inevitabilmente, ai cd. GAFAM, acronimo che raggruppa i giganti dell'hi-tech dal valore complessivo che attualmente sfiora i 5 trilioni di dollari: Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) passa attraverso la raccolta e il trattamento di una enorme massa di informazioni e di dati (sovente inerenti ad attività umane, anche quotidiane, come scelte di consumo e stili di vita), si pone allora chiaramente (al punto da essere auto-evidente) una moltitudine di problemi inerenti alla protezione della persona e dei relativi diritti fondamentali nel contesto digitale. Tra questi, occupa una posizione di preminenza il diritto alla privacy.

2. Evoluzione della disciplina a tutela della privacy.

L'attenzione del legislatore nei confronti dei diritti fondamentali della persona (o della personalità, secondo una differente terminologia) affonda le proprie radici nella storia relativamente recente, quando, al termine dell'esperienza catastrofica delle due guerre mondiali d'inizio novecento, si è inteso risolvere il problema della tutela dei diritti dell'uomo non solo a livello politico e sociale, ma anche giuridico.

L'annichimento dei valori e della dignità dell'uomo (basti solo pensare all'abominio delle persecuzioni razziali) ha generato una forte spinta di segno contrario volta alla formazione e al consolidamento di questa peculiare categoria di diritti inviolabili a presidio della persona. Tanto è avvenuto sia all'interno delle singole legislazioni nazionali (si pensi all'avvento delle Costituzioni, in Italia datato 1948), sia a livello sovranazionale (basti ricordare la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dalle Nazioni Unite nel 1948, e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, adottata a Roma nel 1950 e ratificata dall'Italia con L. 55/848). Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea enuncia testualmente (cfr. art. 8) il principio per cui «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» (cfr. anche art. 16, par. 1, TFUE), con il corollario che «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o un altro fondamento previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accesso ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

Beninteso, in epoca antecedente, risultava arduo concepire l'esistenza di beni meritevoli di protezione che non fossero, da un lato, patrimonialmente valutabili e, dall'altro,

esterni alla persona e pertanto appropriabili (cfr. art. 810 c.c.). I diritti in esame si caratterizzano, invece, per essere non patrimoniali e mirano a difendere beni non solo immateriali, ma anche intrinseci alla persona, al punto che oggi la stessa non può essere concepita a prescindere dal godimento di questi diritti.

Nel nostro ordinamento, è appena il caso di rammentare il dettato dell'art 2 Cost., ai sensi del quale «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Tale norma fondamentale è posta a presidio di qualsivoglia interesse funzionalmente collegato alla realizzazione della personalità dell'individuo ed è per questo che, secondo parte della dottrina, i padri costituenti si sono espressi in termini di “riconoscimento”, evidentemente di interessi e non già di diritti in senso tecnico che preesisterebbero alla legge, la quale di volta in volta si limiterebbe a tipizzarli (Gazzoni, 2021).

In questo contesto, la dottrina ha giustamente osservato come il diritto alla riservatezza (o *privacy*) rappresenti una delle «richieste di protezione più acute emerse nella società contemporanea» (Barbera Fusaro, 2020), in quanto particolarmente minacciato dallo sviluppo ineluttabile delle nuove tecnologie. Questo ha fatto emergere prepotentemente i caratteri di un diritto sempre più finalizzato a rendere possibile non soltanto la libera costruzione della personalità e l'autonomo strutturarsi dell'identità, ma anche la proiezione nella sfera privata dei principi fondamentali della democrazia (Rodotà, 2015).

Per queste ragioni, negli ultimi anni, il diritto alla *privacy* è stato oggetto di fondamentali interventi legislativi, nazionali ed europei, che ne hanno modificato la fisionomia. Vale la pena qui accennare alle tre tappe fondamentali che hanno scandito la regolamentazione in Italia, per poi soffermarsi su alcuni dei principi informativi del regime attualmente vigente. Ebbene, dapprima si è avuta l'adozione della legge n. 675/1996, in attuazione della Convenzione di Strasburgo del 1981 e della direttiva 95/46/CE, che ha anche istituito il *Garante per la protezione dei dati personali*, con ampi poteri di controllo, regolamentazione, denuncia e sanzione in ordine al trattamento dei dati personali. In seguito, con il d.lgs. 196/2003 (cd. codice *privacy*) viene abrogata e sostituita la legge 675/1996 e recepita la direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. Da ultimo, il legislatore europeo è intervenuto *in subjecta materia* con l'adozione del regolamento n. 679/2016, noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*), che regola la materia in tutto il territorio dell'UE.

2.1. (*segue*) Alcuni dei principi informatori del GDPR.

La disciplina contenuta nel regolamento è dichiaratamente volta a far sì che il trattamento dei dati personali abbia a svolgersi «nel rispetto della dignità umana, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona» interessata (cfr. art. 1 GDPR).

Anzitutto, è necessario ai fini della seguente trattazione porre nella giusta luce alcune definizioni offerte dal GDPR, in particolare:

- per «dato personale» si intende qualsiasi informazione che riguardi una persona fisica identificata o identificabile, direttamente o indirettamente (art. 4, par. 1 n. 1, GDPR).

- per «interessato» si intende la persona fisica, cui i dati personali si riferiscono (art. 4, par. 1 n. 1, GDPR); la normativa in esame non trova, quindi, applicazione ai dati relativi ad enti, non importa se pubblici o privati, se dotati o meno di personalità giuridica, ecc.

- per «trattamento» si intende qualsiasi operazione o insieme di operazioni, anche con l'ausilio di processi automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione ad uno o più soggetti determinati, la diffusione a favore di soggetti indeterminati o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione di dati personali (art. 4, par. 1 n. 2, GDPR).

Con particolare riferimento ai principi informatori che permeano la materia, divenuta assai articolata e complessa, essi possono essere delineati per linee generali come di seguito.

Anzitutto, l'interessato – non importa se i dati che lo riguardano siano raccolti presso di lui o presso terzi – dev'essere previamente informato, in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, preferibilmente per iscritto, circa le finalità del trattamento cui i dati sono destinati (artt. 12, par. 1, 13 e 14 GDPR): si tratta della c.d. «informativa all'interessato».

Per il trattamento dei dati personali occorre il consenso espresso dell'interessato, che si ritiene validamente prestato solo se: i) a quest'ultimo sia stata previamente resa l'informativa; ii) sia manifestato liberamente, inequivocabilmente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, anche nelle finalità (artt. 4, par. 1 n. 11, 6, par. 1 lett. a, e 7 GDPR): c.d. «consenso al trattamento dati».

L'interessato ha, inoltre, diritto di ottenere da chiunque conferma se lo stesso abbia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e, in caso affermativo, di aver accesso e copia di detti dati, con indicazione delle finalità del trattamento, delle categorie

di dati personali oggetto di trattamento, dei destinatari cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, la fonte da cui gli stessi sono stati raccolti (art. 15 GDPR): c.d. «diritto di accesso». A questo si affiancano: i) il c.d. «diritto di rettifica», senza ingiustificato ritardo, dei dati personali inesatti che riguardano l'interessato, così come l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa (art. 16 GDPR); ii) il c.d. «diritto all'oblio», ovvero il diritto dell'interessato di ottenere, senza ingiustificato ritardo, la cancellazione dei dati personali che lo riguardano, quando non più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati, ovvero quando il consenso che legittima il trattamento venga revocato, sempre che non sussista altro fondamento giuridico per lo stesso (art. 17 GDPR).

Quanto alle modalità di trattamento, i dati personali devono essere: i) trattati secondo «liceità, correttezza e trasparenza»; ii) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità (c.d. «limitazione della finalità»); iii) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (c.d. «minimizzazione dei dati»); iv) esatti e, se necessario, aggiornati; v) conservati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati (c.d. «limitazione della conservazione»); vi) trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali (c.d. «integrità e riservatezza») (cfr. art. 5 GDPR). Per una miglior definizione dei limiti di liceità del trattamento dei dati personali nei singoli settori, dev'essere incoraggiata l'elaborazione di appositi «codici di condotta» (artt. 40 ss. GDPR; art. 2-quater codice *privacy*), il cui rispetto costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali (art. 2-quater, comma 4, codice *privacy*).

Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, devono essere messe in atto misure tecniche ed organizzative adeguate a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio (art. 32 GDPR), così configurando il c.d. «diritto alla sicurezza dei dati personali». Regimi particolari sono, infine, previsti in relazione a trattamenti effettuati in ambiti specifici o in cui si faccia ricorso a particolari strumenti elettronici.

3. Diritto del consumo e pratiche commerciali (s)corrette.

Parallelamente all'evoluzione della disciplina costruita attorno al concetto di privacy, nella legislazione degli ultimi decenni si registra l'emersione di una disciplina in generale applicabile ai contratti stipulati dai consumatori, quale che ne sia il tipo, oltre a specifiche norme regolatrici di determinate figure contrattuali rivolte al pubblico dei consumatori, da cui consegue la possibilità di configurare un vero e proprio «diritto del consumo». Tale locuzione è da preferire a quella di «diritto dei consumatori», secondo l'insegnamento della migliore dottrina, secondo cui l'attributo «consumatore» ha invero una «intonazione più sociologica che giuridica», valendo esso ad «individuare in termini soggettivi l'atto di consumo», più che una «precisa categoria tecnico-giuridica». A tale stregua si deve affermare che consumatore non significa nient'altro dal comune soggetto di diritto, rispetto al quale trovano applicazione certe tutele in relazione alle modalità oggettive del suo operare nel traffico giuridico, con i limiti e per le finalità caratterizzate da un particolare ambito di rilevanza. Perciò l'attenzione finisce con il concentrarsi sulle specifiche finalità perseguite dalle regole poste a tutela del privato (Benedetti, 1998).

La disciplina protettiva di settore ha introdotto appositi strumenti di tutela giurisdizionale a favore dei consumatori, tanto che oggi la tutela del consumatore eccede il regime dell'attività contrattuale del consumatore stesso. Cionondimeno, per molti aspetti si tratta ancora di una disciplina disorganica, proprio a causa della sua incessante evoluzione e nonostante vari tentativi di riordino, il più significativo dei quali è consistito nell'elaborazione di un testo unico, il cd. codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206). In esso, è stato raccolto il materiale normativo adottato negli anni precedenti ed oggi costituisce il plesso normativo più importante, costantemente oggetto di modifiche e integrazioni, anche se non esaurisce l'intera materia.

Il codice del consumo si struttura in sei parti: I. Disposizioni generali (artt. 1-3); II. Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità (artt. 4-32); III. Il rapporto di consumo (artt. 33-101); IV. Sicurezza e qualità (artt. 102-135); V. Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia (artt. 136-141); VI. Disposizioni finali (artt. 142-146). Particolare attenzione è stata dedicata alle modalità con le quali il professionista si avvicina al pubblico dei consumatori. Il Titolo III della Parte II del codice del consumo, nel testo originario, raccoglieva norme introdotte da leggi precedenti, volte a disciplinare la pubblicità e le altre comunicazioni commerciali, reprimendo la pubblicità ingannevole.

L'intero Titolo è stato, poi, ridisegnato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, emanato in attuazione della direttiva 2005/29/CE, il quale si rivolge alla disciplina delle cd. «pratiche commerciali». Secondo la definizione di cui all'art. 18, lett. d), cod. cons., per questo tipo di pratiche deve intendersi «qualsiasi azione, omissione condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

Tale legge vieta le pratiche commerciali scorrette (art. 20), ossia quelle contrarie alla diligenza professionale e idonee a falsare il comportamento economico «del consumatore medio». A questa definizione generale si affianca l'elencazione di condotte tipicamente ritenute scorrette (fermo che anche altre condotte, diverse da quelle enumerate, potranno in concreto essere giudicate scorrette), che si suddividono in due categorie: le pratiche *ingannevoli* (artt. 21-23) e quelle *aggressive* (art. 24-26).

Le prime possono concretizzarsi in azioni o omissioni. Un'azione è ingannevole quando trasmette al consumatore informazioni non rispondenti al vero o comunque, anche se non intrinsecamente false, presentate in modo tale da indurre in errore il consumatore medio (art. 21); un'omissione è ingannevole quando si traduce nella mancata comunicazione al consumatore di informazioni rilevanti per permettere a costui di assumere una decisione consapevole (art. 22).

Le seconde sono quelle che mirano a condizionare il consumatore limitando la sua libertà di scelta e inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso (art. 24). Tali condotte sono le più varie e vengono indicate dagli artt. 25 e 26.

A tutela del consumatore contro queste pratiche vi sono i mezzi individuati dall'art. 27, che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o Autorità «Antitrust») il potere di inibire la prosecuzione della pratica ritenuta scorretta, di adottare misure volte ad eliminarne gli effetti e di applicare rilevanti sanzioni pecuniarie. L'Autorità può agire d'ufficio, ovvero sollecitata da singoli consumatori o da organizzazioni. Restano fermi gli strumenti di tutela attivabili dal consumatore dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 19, comma 2, lett. a). In conclusione, mette conto rilevare come una pratica commerciale scorretta sia suscettibile di recare danno anche al corretto funzionamento del mercato concorrenziale, per l'effetto, ad esempio, di sviamento di clientela che ne può derivare. A

questo riguardo, si rinvia all'art. 27, comma 15, che fa salve le azioni volte a reprimere la concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 c.c.

4. Contiguità tra normativa sulla privacy e disciplina consumeristica.

Se si assume la prospettiva del soggetto calato nel contesto digitale, emerge con tutta evidenza il rapporto di complementarità sussistente tra le due discipline: da un lato, a tutela della privacy e, dall'altro, a tutela del consumatore. Ad esse si affianca, inoltre, la disciplina a tutela della concorrenza (ma questo profilo – in quanto ultroneo ai fini del presente approfondimento – lo lasceremo sullo sfondo).

Infatti, nonostante sul piano formale questi diversi settori abbiano al centro soggetti presi in considerazione distintamente dall'ordinamento, sul piano sostanziale e applicativo non sembrerebbe sussistere alcuna antinomia, tale da limitare le garanzie di tutela. Al contrario, l'intreccio dei diversi piani, già rilevato da attenta dottrina (Resta, 2018), impone obblighi informativi specifici, in relazione ai rispettivi fini: in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore, al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole.

A questo riguardo, come rilevato dalla migliore dottrina, la direttiva 2005/29/CE ha avuto l'indubbio pregio di conferire, in uno, carattere di generalità e unitarietà alla disciplina consumeristica, contribuendo a potenziare quella *vis expansiva* che garantisce uno strumentario di tutele anche in quei rapporti che non trovano una facile collocazione nell'orizzonte ordinamentale, destinato ad allargarsi sempre di più con l'incessante evolvere dell'innovazione tecnologica (Orlando, 2012).

E così, se il diritto delle pratiche commerciali (s)leali si è idealmente (e tradizionalmente) collocato accanto al diritto della concorrenza, come accennato, a presidio del corretto funzionamento del mercato interno, ora è altresì evidente la contiguità tra il diritto del consumo e la disciplina sulla privacy, specialmente in quei peculiari rapporti che nascono e si sviluppano in rete, potenzialmente di durata indeterminata.

Quest'ultimo rilievo non sorprende se si pone mente al fatto che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ha avuto anche il merito di aver posto al centro la *persona* – anche sotto questo profilo in modo non dissimile dalla disciplina sulla privacy – spostando l'asse portante sulle condizioni soggettive di vulnerabilità rilevanti nell'assunzione di decisioni di natura commerciale libere e consapevoli, attraverso la previsione di un obbligo generale di

attenzione posto a carico del professionista (*duty of care*). È di tutta evidenza come ad essere coinvolti siano tanto aspetti della persona in quanto consumatore, tanto aspetti della persona in quanto utente. Coerentemente con questa impostazione, si rinsalda quel binomio che già negli anni '90 la migliore dottrina indicava come costitutivo della tutela dei dati personali, fulcro attorno cui edificare l'intera disciplina: la riservatezza e la trasparenza. Solo così ogni soggetto può essere effettivamente posto nelle condizioni di esercitare quella "sovranità su di sé" che è tipica di ogni società democratica. Diversamente opinando, la tutela della persona risulterebbe del tutto insufficiente se non si garantisse la tutela dei dati della stessa (Rodotà, 1997).

5. Il fenomeno della patrimonializzazione dei dati personali.

Occorre, tuttavia, rilevare come non tutti i dati siano uguali, in particolare quelli raccolti in sede di erogazione dei servizi digitali, che si rivelano di diverso genere. Ad esempio, alcuni servizi intanto possono essere erogati, in quanto siano stati previamente (e necessariamente) forniti alcuni dati dell'utente (si pensi all'indirizzo di domicilio o residenza, qualora si chieda la consegna di un bene acquistato attraverso una piattaforma di e-commerce). Altri dati, invece, vengono richiesti per finalità diverse e ulteriori, come ad esempio per scopi di *marketing* o di profilazione dell'utente.

Ebbene, solo questi ultimi contribuiscono, evidentemente, al fenomeno di patrimonializzazione dei dati, in virtù della loro assimilazione al "corrispettivo" nel rapporto di scambio posto in essere dalle parti. Pertanto, si pone ineludibilmente l'interrogativo centrale nel dibattito, ovvero se possa o meno configurarsi un vero e proprio mercato dei dati. In caso di risposta affermativa, occorrerebbe distinguere tra un mercato "primario" dei dati, in cui sono gli stessi interessati a immettere i dati nei circuiti di circolazione e, in senso assai diverso, un mercato "secondario" dei dati, in cui i titolari del trattamento, una volta raccolti i dati, li fanno a loro volta circolare, ormai sfuggiti al controllo dell'utente.

In dottrina, le posizioni si sono fin da subito polarizzate secondo due modelli contrapposti che possono essere sinteticamente prospettati come di seguito.

Da una parte, vi è il modello personalistico, che fa perno sull'indisponibilità dei diritti fondamentali della persona, entro cui ricondurre i dati personali, che è stato autorevolmente sostenuto in dottrina e che rimarca l'inadeguatezza dell'impostazione che pretende di considerare la disciplina della circolazione delle informazioni e dei dati unicamente nella dimensione proprietaria, trattando delle informazioni come di proprietà esclusiva

dell'interessato, il quale dunque può liberamente negoziarne la cessione. Per questa parte della dottrina, quindi, non è ammissibile l'idea che la persona possa esercitare un diritto di proprietà sui propri dati e ne possa disporre liberamente (Rodotà, 1995; Messinetti, 1998; Alpa, 2017).

Dall'altra, vi è il modello proprietario. Per gli assertori di questo modello e del corollario del potere dispositivo del dato personale, invece, tutto è rimesso ad una scelta economica di mercato e dunque la questione si sposta sulla necessità di porre la persona nelle migliori condizioni per poter scegliere, in termini di libertà e di consapevolezza (Posner, 1977; Litman, 2000).

5.1. (*segue*) La sentenza del Consiglio di Stato n. 2631/2021.

Nel nostro ordinamento, il dibattito ha conosciuto un decisivo contraccolpo proveniente dal formante giurisprudenziale. Il riferimento va, in particolare, ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato destinata a far discutere (Cons. Stato, sez. VI, sent. 29 marzo 2021, n. 2631), giunta in esito ad un articolato iter procedimentale che ha visto contrapporsi Facebook e l'Autorità Antitrust.

Con questa fondamentale pronuncia, il supremo organo della magistratura amministrativa 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 (cfr. AGCM provv. n. 27432 del 29 novembre 2018), già impugnato di fronte al TAR Lazio (cfr. TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260).

Segnatamente, il Consiglio di Stato si sofferma sulle convergenze tra diritto consumeristico e privacy, onde precisare che, «allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche».

Per il Collegio «può quindi confermarsi che, diversamente da quanto ritenuto dalla società appellante, la disciplina della tutela della privacy e il Codice del consumo presentano ambiti operativi differenti e non contrastanti». In questa prospettiva, il Consiglio di Stato aderisce all'orientamento secondo cui, «per pacifica giurisprudenza, l'obbligo di estrema chiarezza gravante sul professionista deve essere da costui assolto sin dal primo contatto,

attraverso il quale debbono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per un'immediata percezione della offerta pubblicizzata» (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019 n. 6984, 15 luglio 2019 n. 4976 e 23 maggio 2019 n. 3347). Come già rilevato dall'AGCM e dal giudice di prime cure, dunque, tale obbligo di chiarezza non risulta, nel caso di specie, rispettato.

Le riflessioni sollecitate dalla pronuncia sono numerose e ne sottendono una, ancor più profonda, attorno all'ormai conclamata tensione tra *data economy*, *privacy* e diritto del consumo (Casalini, 2021).

6. Considerazioni conclusive.

Da quanto emerso dall'analisi di questa fondamentale pronuncia, sembra ulteriormente acuito quel dibattito già sotterraneo negli ultimi anni in ordine al fenomeno della patrimonializzazione dei dati personali, alimentato dalla prassi diffusa consistente nella fornitura di beni o servizi dietro “pagamento” tramite dati personali. Anche dal formante legislativo promanano importanti elementi di novità: le recenti direttive europee nn. 770 e 771 del 2019, infatti, sembrano porsi nel segno di un avvicinamento sempre più marcato tra *consumer* e *data protection* e, d'altra parte, sembrano sovrapporre le due figure di *data subject* e consumatore, le quali finiscono di fatto col coincidere.

Gli stimoli di riflessione sono pertanto molteplici. Tra questi è sufficiente qui rilevare: innanzitutto, la possibile qualificazione del contratto con cui si dispone dei propri dati personali e, conseguentemente, il rapporto tra consenso contrattuale e consenso al trattamento, oltre ai profili di validità del contratto in caso di *data breach*.

Dirimente risulterebbe, poi, una valutazione in ordine all'esistenza di un nesso di corrispettività nel rapporto di scambio servizi/dati personali, atteso che ne escluderebbe in radice la gratuità ed imporrebbe di tutelare la *trasparenza* dell'operazione negoziale.

Da ciò discenderebbe, inoltre, la rilevanza della *vulnerabilità* dell'utente, ignaro del potenziale economico dei propri dati, spesso monetizzati attraverso un processo di aggregazione e produzione, che comporta costi notevolissimi, accessibili solo ad un numero ristretto di imprese, che si assicurano, per tale via, una posizione di assoluto dominio sul mercato digitale. In un orizzonte più ampio, parte della dottrina già denunciava il passaggio da una disciplina di protezione della vulnerabilità decisionale negoziale, ad una disciplina di protezione della vulnerabilità comportamentale, che ha ad oggetto un'attività professionale di influenza sugli stili e i comportamenti di vita delle persone. Il fenomeno assoggettato a

disciplina nasce dal fatto che l'influenza sugli stili di vita delle persone è un'attività praticata dalle aziende di influenza sulle specifiche scelte negoziali dei consumatori (Orlando, 2012).

In conclusione, quanto al rapporto tra i diversi livelli di tutela, emerge chiaramente anche dalla decisione del Consiglio di Stato, analizzata nel presente capitolo, come gli stessi siano in rapporto di complementarità. Pertanto, alla luce della ricostruzione operata dalla giurisprudenza e dalla dottrina che vuole i dati personali non più solo espressione di diritti fondamentali della persona, ma altresì possibile oggetto di scambio, autorizza a sostenere che la patrimonializzazione dei dati personali, quale fenomeno tipico delle nuove economie digitali, impone agli operatori di rispettare quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso all'adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio nel mercato digitale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- Alpa G. (2017). L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione. *Contratto e impresa*, 3
- Barbera A., Fusaro C. (2020). *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Il Mulino
- Benedetti G. (1998). Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. *Riv. dir. proc. civ.*
- Bolognini L. (2021). *Privacy e libero mercato digitale. Convergenza tra regolazioni e tutele individuali nell'economia data-driven*. Milano: Giuffrè
- Casalini L., (2021). Dati personali all'intersezione tra diritto del consumo e tutela della privacy. *Resp. civ. prev.*, 5
- Gazzoni F. (2021), *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI
- Greco F. (2005). *Profili del contratto del consumatore*. Napoli: Jovene
- Irti C. (2021). Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali. Torino: Giappichelli
- Litman J. (2000). Information Privacy/Information Property. *Stanford Law Review*, 52
- Messinetti D. (1998). Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali. *Riv. crit. dir. priv.*
- Nivarra L. (2010). *Diritto privato e capitalismo: regole giuridiche e paradigmi di mercato*. Napoli: Editoriale Scientifica
- Orlando S. (2012). *Le informazioni*. Padova: Cedam
- Parisi A.G. (2020). *Privacy e mercato digitale*. Pisa: Pacini Giuridica
- Perlingeri P. (2021). *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI
- Perlingeri P. (2018). Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato. *Il Foro Napoletano*
- Perugini S. (2015). Le pratiche commerciali scorrette. *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino: Giappichelli
- Posner R.A. (1977). The Right of Privacy. *Georgia Law Review*, 12
- Quarta A., Smorto G. (2020). *Diritto privato dei mercati digitali*. Milano: Le Monnier
- Resta G. (2018). Digital platforms and the law: contested issues. *MediaLams - Rivista di diritto dei media*, 1
- Resta G., Zeno Zencovich V., (2018). Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*
- Rodotà S. (1995). *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino

Rodotà S. (1997). *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. Roma-Bari: Laterza

Rodotà S. (2015). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza

Tobani S. (2019), Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente. *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 3

Torrente A., Schlesinger P. (2021). *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè

Zeno Zencovich V. (2019). Do “Data Markets” Exist? *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2

Zuboff S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for the Future at the New Frontier of Power*. London: Profile Books