

media LAWS

Anticipazioni

Circolazione dei dati tra modelli proprietari e contrattuali

Gisella Pignataro

Abstract

Con il processo di *commodification*, non più limitato ai dati non personali, il problema della concezione proprietaria si ripropone nei sistemi giuridici di *civil law*. Il legislatore europeo, ridimensionato il ruolo della proprietà e del possesso, sviluppa un sistema di rapporti contrattuali basati sull'interesse alla fruizione del bene soddisfatto dall'accesso più che dalla proprietà. In coerenza con il principio di sostenibilità, il contratto si conferma strumento flessibile di uso del dato personale in un sistema che protegge non il dato in sé, ma in quanto proiezione dell'identità personale, garantendo l'evoluzione del diritto senza mettere in crisi le tradizionali categorie civilistiche.

The commodification of data, not limited to non-personal data, raises the question of ownership in civil legal systems. Europe, reduced the role of ownership and possession, develops a system of contractual relationships based on the interest in the use of data, satisfied by access and not by ownership. In line with the principle of sustainability, the contract confirms itself as a flexible tool for the use of personal data in a system that protects not the data itself, but as a projection of personal identity, ensuring the evolution of the legislation and compliance of civil categories.

Sommario

1. Modalità di circolazione del dato personale all'esito della *commodification*. – 2. Governo dei dati e rispetto della persona: la prospettiva europea. – 3. L'accesso ai dati personali come controprestazione e categorie del rapporto contrattuale. – 4. Le proprietà simultanee come modello di scambio dei dati personali nella dottrina francese. – 5. Teoria del doppio dominio a confronto con gli indici interpretativi europei. – 6. Limiti dei modelli proprietari e flessibilità dello strumento contrattuale.

Keywords

Dati personali, circolazione, modelli proprietari, modelli contrattuali, protezione

1. Modalità di circolazione del dato personale all'esito della *commodification*

Il dato personale, isolatamente considerato, non ha alcun valore economico, in quanto informazione tradotta in linguaggio digitale, leggibile dal computer; il suo valore di mercato è effetto della possibilità di aggregazione, rielaborazione e trasformazione in *big data* che, processati tramite metodi statistici e probabilistici, alimentano la capacità di apprendimento automatico della macchina e dunque lo sviluppo dell'intelligenza artificiale. Sulla qualità della conoscenza e minimizzazione degli errori incide infatti la quantità delle informazioni raccolte¹, prodotta dalla circolazione di un'imponente

¹ Il ricorso a metodi statistici e probabilistici cambia le modalità di conoscenza: i *big data*, caratterizzati

massa di dati, cui si affida il progresso dell'economia digitale e le trasformazioni in atto della società. Sono dunque le potenzialità di utilizzo che attribuiscono al dato, privo di valore intrinseco, una valenza patrimoniale e la qualificazione giuridica come bene, a dispetto delle tesi dottrinali, influenzate dalla dogmatica tedesca (§ 90 e 903 BGB)², che escludevano tale qualifica per difetto della materialità. In conformità all'art. 810 c.c., beni sono le cose che possono formare oggetto di diritti, produttive di utilità, qual è la possibilità di sfruttamento economico del dato³; utilità che condivide con altri diritti della personalità⁴, a tacitazione del controverso tema della natura dei dati personali in ragione della duplice dimensione personale ed economica⁵, ma con tratti specifici. La pertinenza all'ambito della conoscenza, più che la natura digitale del bene⁶, implica

dalle cd. 5 V (valore, volume, veridicità, variegata tipologia di dati, raccolti e trasmessi in velocità), minimizza il rischio di errore. Il collegamento tra dati, effettuato non in ragione del nesso causale ma della ricorrenza statistica, non spiega il perché della successione degli eventi, ma attesta con certezza la frequenza con cui un fatto accade: A. Fachechi, *Big data e Internet of Things*, in R. Bocchini (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, 247 s. La *Data Driven Innovation*, ovvero la trasformazione dei dati in innovazione, consente alle imprese e agli organismi pubblici di utilizzare le informazioni acquisite con l'analisi dei dati per sviluppare prodotti e servizi migliori nell'interesse dei consumatori e degli operatori economici in tutti i settori industriali.

² Il requisito è richiamato espressamente dal § 90 BGB: *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*, da cui il problema cruciale per i giuristi di configurare l'oggetto dei diritti della persona, non potendosi considerare tale l'uomo, o concepire un *ius in se ipsum*. A. Gambaro, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo, Milano, 2012, 38 ss.; G. Resta-V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 437; V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in questa *Rivista*, 2, 2018, 33 s.

³ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 122 ss., per il quale «il bene emerge in chiave giuridica in conseguenza della proiezione dinamica del soggetto a realizzare un certo interesse. E l'interesse a sua volta deve essere inteso come tensione del soggetto a creare il bene a far nascere una rilevanza giuridica altrimenti inesistente». La teoria economica, infatti, qualifica i dati beni pubblici, suscettibili di consumo non rivale, non deteriorabili e rinnovabili per natura: V. Zeno-Zencovich-G. Giannone Codiglione, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, in *Concorrenza e Mercato*, 23, 2016, 30 ss.

⁴ P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, f. 6, 1061 ss., che segnala il progressivo ingresso del contratto nel settore dei diritti della personalità: come il diritto patrimoniale d'autore rappresenta lo sfruttamento economico del diritto morale d'autore, analoga duplicazione dei diritti della personalità è configurabile rispetto al diritto all'immagine e allo sfruttamento economico dei dati personali. Ma già S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, II 2001, 632, rilevava «Non v'è un ostacolo concettuale ed assoluto alla circolazione contrattuale delle informazioni che concernono un soggetto; né si può escludere che il dato personale rappresenti un'entità economicamente valutabile, sia che si consideri singolarmente, sia che si prenda in considerazione il «valore aggiunto» di una banca dati, come attesta la direttiva 96/9/CE sulla tutela giuridica *erga omnes* delle banche dati». Si legga altresì G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, ivi, 2002, II, 805; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli 2017, 67; G. D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziazione*, in *Dir. inf. informatica*, 2020, 636; N. Blanc, *Protection des données personnelles: du droit d'auteur comme modèle*, in *Mélanges Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, 123 s.; R. Boffa, *La propriété des données personnelles*, in V. Malabat-A. Zabalza (dir.), *La propriété au XXIe siècle*, Parigi, 2021, 107 ss.

⁵ A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., 27; C. Irti, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 45. Sulla duplice dimensione del dato personale risalente alla direttiva del 24 ottobre 1995 e ripresa dal regolamento (UE) 2016/679, definito «*toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable*» (art. 4) ma contestualmente destinato alla circolazione, V. O. Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015, 46 s.

⁶ Si pensi ai *Non-Fungible Tokens* (acronimo, NFT): caratteristiche funzionali comuni, considerata l'eterogeneità degli ambiti in cui sono attualmente impiegati, sono l'infungibilità, in quanto lo strumento è emesso in un unico esemplare o in una serie limitata; la relazione con il titolare è esclusiva,

la non esclusività del dato, in quanto suscettibile di trasferimenti plurimi, e la disponibilità condivisa. Il godimento del dato, non esigendo la consumazione, può essere oggetto di trattamento non rivale e, a dispetto della tradizionale concezione proprietaria, non impedisce la contestuale disponibilità del bene da parte di più persone⁷; quale elemento della personalità, richiede però di conciliare il rilievo economico del trattamento con i diritti irrinunciabili dell'individuo cui i dati si riferiscono, oggetto del diritto di protezione. La contrapposizione in dottrina tra una concezione proprietaria e una concezione personale del dato rispecchia la difficoltà di qualificazione giuridica del modello di circolazione.

La prima, individua nella proprietà dei dati il miglior strumento di protezione, perché fornisce all'individuo strumenti efficaci di tutela contro la crescente acquisizione di dati personali, compresa la libertà di monetizzazione con il loro trasferimento alle aziende interessate⁸. La concezione personalista sottolinea invece la contraddizione tra l'approccio proprietario e l'inerenza delle informazioni alla persona, che impedisce l'appropriazione del bene, peraltro di scarso valore se individualmente considerato e dunque privo di interesse⁹. Per questa dottrina il paradigma proprietario è del tutto inadeguato sia rispetto al soggetto cui i dati si riferiscono, sia rispetto a chi ne organizza la raccolta, parti di una di una rete di relazioni dove una pluralità di soggetti diversi vantano diritti non esclusivi o doveri sul dato¹⁰. L'opzione personalista, comune alla prevalente dottrina laddove i dati siano elementi costitutivi dell'identità personale¹¹,

e dunque il possesso dell'acquirente esclude il possesso contestuale da parte di altri utenti; è alienabile ma la transazione, conclusa su piattaforma *blockchain*, trasferisce la medesima relazione esclusiva del dante causa con il bene. Per un approfondimento su natura e funzione degli NFT, A. Guaccero-G. Sandrelli, *Non-Fungible Tokens (NFTs)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 6, 2022, 824 ss. Analogamente per le opere dell'ingegno, cui la legge attribuisce la possibilità di rendere esclusiva un'idea, suscettibile di condivisione per natura, tramite il brevetto o la tutela del diritto d'autore.

⁷ In ragione di questo carattere, l'idoneità di godimento plurimo, i dati personali sono stati assimilati ai beni pubblici: P. Gallo, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2017, 42.

⁸ Aderisce alla concezione proprietaria del dato l'orientamento interpretativo liberista, che configura il dato come un bene dotato di un valore e destinato alla circolazione, come tale possibile oggetto di scambio con altri beni o servizi: T. Hemnes, *The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age*, in *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 12, 2012, 1 ss.; P.M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 117 (7), 2004, 2056 ss.; C.D. Tindall, *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2003, 183 ss.; J.E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, in *Stanford Law Review*, 52, 2000, 1373 ss.; H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implication of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, 53 ss.; G. Resta, *I diritti della personalità*, in G. Alpa-G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2006, 361 ss.

⁹ Questa lettura, più garantista, che nel consenso dell'avente diritto individua una scriminante di un comportamento vietato, si preoccupa di tutelare la persona a prescindere dalla sua volontà, per gli effetti sull'identità, consentendo un controllo sul mercato dei dati e dunque sulla loro acquisizione e trattamento: T. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, Parigi, 2020, 48 ss.; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350.

¹⁰ G. Finocchiaro, *Il Regolamento (UE) relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, in *Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*, Quaderno n. 5, Collana Scuola superiore della Magistratura, Roma, 2021, 31 s.

¹¹ Il principio di dignità, che apre la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è tratto essenziale del modello europeo e discreto rispetto ad altri modelli, come quello americano; in quanto valore legittima limitazioni, anche se va coordinato con gli altri diritti, quali la libertà di impresa e la

deve però confrontarsi con la progressiva *commodification* dei dati, ineludibile per l'irruzione dall'intelligenza artificiale con il conseguente potenziamento del loro valore economico e della necessità di condivisione.

In quanto risorsa del mercato digitale, il processo di *commodification* ha interessato tutti i dati e non soltanto quelli non personali¹², se la direttiva europea sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali assimila al prezzo i dati personali che il consumatore comunica o si impegna a comunicare come controprestazione di un servizio digitale¹³. Nell'economia dei dati l'effetto è una disponibilità non limitata al diritto di accesso, se è la possibilità di riutilizzare i dati raccolti il tratto qualificante dell'intera operazione economica¹⁴. Resta la peculiarità, a dispetto delle tradizionali libertà comunitarie di circolazione (beni, servizi, capitali e persone), del necessario bilanciamento tra la circolazione condivisa e non lineare tipica dei beni digitali¹⁵ e il rispetto della natura personale dei dati.

La destinazione alla circolazione, già libera per i dati non personali¹⁶, viene estesa dalla

proprietà, anch'essi contemplati dalla Carta. Includendo i vari aspetti della persona, compresi gli aspetti relativi all'integrità fisica, alla salute, alle propensioni culturali o di consumo, si moltiplicano i rischi di discriminazione: S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti quali vincoli*, Roma-Bari, 2014, 31 s.; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 394 ss. che sottolinea le peculiarità di una tutela dinamica tramite poteri di intervento, a dispetto della tutela statica della riservatezza che si esaurisce nell'esclusione dell'interferenza altrui nella propria sfera privata.

¹² S. Dusollier, *Du commun de l'intelligence artificielle*, in *Mélanges Michel Vivant*, Parigi, 2020, 113 s. che sottolinea la trasformazione del dato in prodotto destinato al mercato.

¹³ Direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, attuata in Italia con d. lgs. 4 novembre 2021, n. 173, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. L'art. 3, c. 1, sancisce «La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo».

La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti». Sul tema, P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1054 ss.; J. Rochfeld, *Le «contrat de fourniture de contenus numériques»: la reconnaissance de l'économie spécifique «contenus contre données»*, Parigi, 2017, 15; S. Vergnolle, *L'effectivité du droit de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, Parigi, 2020, 343 s. Contra, G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 599 ss.

¹⁴ «Il possesso è il potere di disporre, non la disponibilità materiale» afferma G. Finocchiaro, *Il Regolamento (UE) relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, cit., 32.

¹⁵ L'espressione è di V.L. Benabou, *Une cinquième liberté de circulation numérique? Est-ce possible? Est-ce utile?*, in *RTD eur.*, 2021, 282 s.

¹⁶ Art. 4, regolamento (UE) 2018/1807 del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea impedisce la localizzazione dei dati a livello nazionale, in risposta al considerando 2, secondo cui «Le catene del valore dei dati sono il risultato di diverse attività relative ai dati: la creazione e la raccolta; l'aggregazione e l'organizzazione; il trattamento; l'analisi, la commercializzazione e la distribuzione; l'utilizzo e il riutilizzo. Il funzionamento efficace ed efficiente del trattamento di dati costituisce un elemento fondamentale di qualsiasi catena del valore dei dati. Eppure, tale trattamento di dati efficace ed efficiente e l'evoluzione dell'economia dei dati nell'Unione sono compromessi principalmente da due tipi di ostacoli relativi alla mobilità dei dati e al mercato interno: gli obblighi in materia di localizzazione dei dati posti in essere dalle autorità

direttiva europea ai dati personali, sottratti dal legislatore europeo a restrizioni a livello nazionale¹⁷ nell'intento di abbattere i muri normativi che frammentano il mercato digitale. Il libero flusso nel mercato unico dipende però anche dalla capacità di attenuare il timore di un trattamento illimitato dei propri dati personali, esigenza soddisfatta con l'indisponibilità della libertà gestione riservata all'individuo cui i dati si riferiscono: la facoltà di revoca *ad nutum* del consenso è garantita dal regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) e ablativa della liceità del successivo utilizzo; le tutele tipizzate per i contratti del consumatore sono estensibili alle tipologie negoziali di disposizione dei dati personali¹⁸. Il diritto di cancellazione non è però capace di garantire lo *ius excludendi alios*, insito nell'assolutezza del diritto fondamentale della persona, una volta immesso il dato personale in rete. La difficoltà o impossibilità di rimozione del dato dalla rete ha reso necessaria la codificazione del diritto all'oblio o alla deindicizzazione da parte dei motori di ricerca¹⁹ quale misura cautelare preventiva, analoga alla funzione dell'inibitoria e del risarcimento in forma specifica nella tutela diritti della persona, adattata alla condivisione del dato come strumento di esercizio del diritto.

Il bilanciamento normativo tra esigenze contrapposte ripropone il tema dell'incidenza del diritto europeo sulle tradizionali categorie civilistiche, sia rispetto alla proprietà

degli Stati membri e pratiche di “*vendor lock-in*” nel settore privato», queste ultime osteggiate dal diritto alla portabilità dei dati (art. 6).

¹⁷ Secondo le Linee guida del 29 maggio 2019, art. 3.2, della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio (*Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union*), se uno Stato membro impone obblighi di localizzazione dei dati personali per ragioni diverse dalla protezione dei dati personali, questi dovranno essere valutati sulla base delle disposizioni relative alle libertà fondamentali e delle deroghe consentite a tali libertà previste nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea e nel diritto dell'UE pertinente, come la direttiva sui servizi (2006/123/CE) e la direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE).

¹⁸ C. Irti, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, cit., 114.

¹⁹ Sulla codificazione ha influito l'interpretazione giurisprudenziale della CGUE, C-131/12, *Google Spain* (2014), in *Foro it.*, 2014, IV, c. 295 ss., che ha qualificato il gestore di un motore di ricerca su Internet responsabile del trattamento dei dati personali che appaiono su pagine web pubblicate da terzi; l'interessato può rivolgersi direttamente al gestore oppure, qualora il gestore non dia seguito alla domanda, rivolgersi alle autorità competenti per ottenere la soppressione di tale link dall'elenco di risultati, in presenza delle condizioni oggetto delle Linee guida pubblicate il 26 novembre 2014 dal Gruppo di lavoro “Articolo 29”, organismo indipendente con funzioni consultive, oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati. Per successive specifiche, CEDU, 28 giugno 2018, *M.L. e W.W. v. Germania* – ricc. 60798/10 e 65599/10, in *Guida al dir.*, 2018, 24, che ha inserito il diritto all'oblio nell'ambito del diritto alla tutela della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, da bilanciare con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU, prevalente se il contenuto delle informazioni online sia di interesse pubblico e i media abbiano agito in conformità all'etica e deontologia professionale; CGUE, C-507/17, *Google v. CNIL* (2018), in *Dir. inf. informatica*, 2, 2020, 228 ss., secondo cui il gestore di un motore di ricerca non è obbligato a effettuare la deindicizzazione in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma soltanto nelle versioni del motore di ricerca corrispondenti agli Stati membri e scoraggiare gli utenti Internet dall'accedere ai link contenuti nelle versioni extra UE del motore da uno degli Stati membri. Spetta comunque alle Autorità nazionali operare il bilanciamento tra il diritto individuale alla protezione dei dati personali e il diritto alla libertà d'informazione per poi richiedere, se necessario, la deindicizzazione su tutte le sue versioni; Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Foro it.*, I, 2019, c. 3071 ss., sulla necessità di valutare l'interesse pubblico, concreto e attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone protagoniste delle vicende di cui si richiede l'oblio, distinguendo in base alla notorietà o ruolo pubblico rivestito la sussistenza o meno dell'interesse alla memoria della collettività. In tema di diritto all'oblio, G. M. Riccio, *Il difficile equilibrio tra diritto all'oblio e diritto di critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 549 ss.

con l'introduzione di un modello proprietario incentrato sulle utilità del bene più che sul concetto di appropriazione, sia rispetto all'autonomia negoziale cui aggiungerebbe un'ulteriore evoluzione recessiva²⁰. La necessità di adattamento del diritto al rapido sviluppo tecnologico è un fatto come la conformità delle soluzioni ai valori e obiettivi europei; quanto ogni revisione, necessaria, si traduca in crisi o piuttosto suggerisca una prospettiva evolutiva delle tradizionali categorie civilistiche è da accertare in una triplice prospettiva: la configurazione di una *new property*, l'equiparazione alla proprietà intellettuale oppure l'accesso ai dati nel contesto di un rapporto contrattuale.

2. Governo dei dati e rispetto della persona: la prospettiva europea

Il recente Data Governance Act (DGA)²¹, nel regolamentare il riutilizzo dei dati protetti detenuti da enti pubblici al fine di rafforzare lo sviluppo del mercato interno digitale senza frontiere e di un'economia antropocentrica dei dati affidabile e sicura, distingue diversi *stakeholder* che partecipano alla condivisione dei dati personali: l'interessato, cui i dati si riferiscono; il titolare dei dati, legittimato a concedere l'accesso; l'utente, che acquisisce il diritto di utilizzare i dati a fini commerciali e non; l'intermediario che offre un servizio di condivisione dei dati tra interessati o titolari e utenti. La strategia della legislazione europea sui dati personali mira a contemperare gli interessi dei cittadini europei e delle imprese, mentre la protezione dei dati con pratiche di mercato sicure e affidabili è funzionale allo sviluppo del mercato unico dei dati²². A fronte della codificata poliforme modalità di utilizzo del bene, la qualificazione giuridica della titolarità delle differenti situazioni soggettive attive si sottrae alle categorie tipizzate dei diritti reali proprie dei beni materiali. In quanto beni destinati alla circolazione, in conformità alle scelte del legislatore europeo, i dati rappresentano per natura una risorsa non individuale ma collettiva, in quanto idonea a creare ricchezza per la collettività tramite la possibilità di riutilizzo diffuso e diversificato. In questa prospettiva, la qualificazione giuridica del diritto sui dati personali come diritto della personalità non recepisce la sua specificità, effetto della duplice ed equipollente dimensione personale ed economica. Nell'impostazione concettuale classica, i diritti della personalità condividono con i di-

²⁰ Sulla discutibile crisi delle categorie civilistiche, A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2021, 653 s.

²¹ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

²² Per favorire lo sviluppo dell'economia dei dati e realizzare un mercato unico, il legislatore europeo, oltre alla direttiva (UE) 2019/770, cit. e al regolamento (UE) 2018/1807, cit., ha adottato la direttiva (UE) 2019/1024 (*Open Data*), del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico; il regolamento (UE) 2019/881 (*Cybersecurity Act*), del 17 aprile 2019, relativa all'ENISA (Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza) e alla certificazione della cybersicurezza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, per rafforzare la fiducia nelle soluzioni digitali e il corretto funzionamento del mercato interno tramite il raggiungimento di un elevato livello di sicurezza digitale.

ritti proprietari il carattere dell'assolutezza²³, che li rende opponibili *erga omnes*, mentre il carattere non patrimoniale, che li diversificava, risulta ribaltato nell'economia dei dati e con esso gli attributi tipici di tali diritti: necessari, indisponibili, intrasmissibili²⁴. La finezza della teoria dualista, che distingue il diritto della persona dal suo sfruttamento economico²⁵, applicata ai dati amplia i contenuti dell'uso lucrativo senza implicitamente autorizzare la libera circolazione di un diritto della persona. Nel mercato unico digitale europeo è palese la difficoltà di qualificare i dati personali con ricorso alla categoria dei diritti della persona: nel processo di decostruzione dei concetti consolidati nei diritti nazionali e creazione di nuovi modelli destinati a circolare tra i sistemi da armonizzare secondo il rapporto osmotico di sviluppo del diritto europeo, l'informazione è un bene che, se ha ad oggetto un aspetto della persona idoneo ad identificarla, non è tutelato in sé ma in relazione al suo contenuto²⁶.

Indicativa in tal senso è la modalità di tutela del dato. La protezione dei diritti della persona si avvale di regole di ordine pubblico che limitano la disponibilità del diritto da parte dello stesso titolare e, se la lesione è causata da terzi, la sanzione è affidata agli istituti della responsabilità civile e penale. L'atipicità dell'illecito civile, descritto con una clausola generale, ha semplificato l'inclusione nel suo ambito di tutela dei diritti non tipizzati, come la privacy, a dispetto degli ordinamenti in cui l'illecito civile è tipico²⁷. Mentre nella dimensione privata l'interesse viene tutelato dal divieto di ingerenza nella sfera personale dell'individuo, nella sua dimensione pubblica la disciplina delle modalità di trattamento dei dati personali segna plasticamente l'emersione di un diverso interesse coerente con la natura di bene destinato alla circolazione e viene introdotta una differente modalità di tutela: non un divieto ma la gestione legittima del dato personale, concetto estraneo anche al modello proprietario. In altri termini, il legislatore europeo opta per un modello di tutela flessibile che sul piano tecnico privilegia l'assetto proprietario del dato personale, in quanto diritto opponibile *erga omnes*, mentre sul piano ideologico vuole conciliare essere e avere²⁸, ma con tratti di originalità rispetto a ciascuna categoria concettuale.

A dispetto del diritto di proprietà e dei diritti della personalità, costruiti giuridicamente

²³ Il carattere esprime l'immediatezza del rapporto tra soggetto e oggetto, dove l'interesse del soggetto titolare del diritto viene soddisfatto mediante un potere immediato sulla res: W. Dross, *Une approche structurale de la propriété*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, 419 ss.

²⁴ Il diritto al trattamento dei dati è dunque un diritto fondamentale della persona ma condizionato e bilanciato, perciò diverso dagli altri diritti della personalità costruiti come diritti assoluti, inalienabili e indisponibili: G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., 599 ss.

²⁵ G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit., 805; J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, Parigi, 2013, 545 s.

²⁶ G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., 599 ss.; A. Gentili, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 761.

²⁷ L'atipicità dell'illecito civile accomuna il sistema giuridico italiano e francese, a dispetto della tipicità adottata dai sistemi tedesco (§ 823 I BGB) e inglese dove, prima dello *Human Rights Act* del 1998, i giudici hanno sempre negato un *right to privacy* di portata generale: *Kaye v. Robertson* [1991] FSR 62, CA.

²⁸ «En caricaturant un peu (mais à peine), on peut dire que les droits de la personnalité ne peuvent s'émanciper de la responsabilité qu'en se jetant dans les bras de la propriété. D'où une relation passablement ambiguë (pour ne pas dire schizophrénique) avec la propriété, qui apparaît à la fois comme un modèle technique (droit subjectif opposable erga omnes) et un contre-modèle idéologique (l'avoir et l'être)»: F. Masson, *Quel «modèle propriétaire» pour les données personnelles?*, in *RTD civ.*, 2022, 777 ss.

sull'esclusività del godimento a protezione della sfera individuale e sul potere dispositivo con effetti traslativi in relazione allo sfruttamento economico del bene, il diritto di accesso ai dati personali può prescindere dal consenso e comunque non conferisce mai un pieno potere di gestione. Può prescindere dal consenso, se rappresenta una delle possibili condizioni di liceità del trattamento dei dati²⁹; ne limita la gestione perché, anche in presenza di un consenso, il titolare o il responsabile del trattamento dei dati non è mai libero di gestirli a piacimento, se le finalità dichiarate rappresentano un limite intrinseco funzionale³⁰. Il regime delle responsabilità, modulato secondo il principio della *data protection by design e by default*, fa gravare su costoro l'obbligo di adottare già in fase di progettazione le tecnologie idonee a garantire la privacy e la sicurezza degli utenti (*data protection by design*) nonché l'utilizzo di tecniche per un approccio selettivo dei dati, limitato ai soli necessari per migliorare il servizio e la sicurezza del prodotto (*data protection by default*), mentre il soggetto cui i dati si riferiscono non ne perde mai la titolarità, che legittima il potere di controllo sul loro corretto trattamento³¹. Privilegiare il momento della prevenzione sul profilo rimediabile connota la rilevanza dell'interesse protetto.

Nell'accezione proprietaria l'equiparazione al diritto d'autore, addotto a modello di sfruttamento economico di un diritto della personalità³², sembrerebbe non pertinente sia per tipologia di tutela, costruita sul modello della proprietà esclusiva a dispetto della destinazione del dato alla circolazione anche in difetto del consenso, sia nei presupposti, non rientrando l'originalità tra i requisiti di rilevanza del dato³³. Peraltro, l'esclusività del diritto d'autore ha titolo nella normativa, strumentale all'interesse del titolare; in quanto bene immateriale, per natura sarebbe suscettibile di trasferimento plurimo e di godimento condiviso.

Indifferente alle costruzioni dogmatiche civilistiche il pragmatico legislatore europeo,

²⁹ Art. 6, par. 1, regolamento (UE) 2016/679. Sull'impossibilità di ipotizzare un consenso per il trattamento di dati anche sensibili nei veicoli a guida autonoma, G. Pignataro, *Self driving cars, gestione del rischio e accountability: la funzione preventiva della responsabilità civile nella legislazione europea*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2024, 26 ss.

³⁰ Art. 5, par. 1, regolamento (UE) 2016/679, che alla finalità riconosce un ruolo condizionante i contenuti e i tempi di conservazione dei dati raccolti.

³¹ A ciò si aggiunga la responsabilità dell'Internet Service Provider (ISP) come modificata dal *Digital Service Act* (regolamento (UE) 2022/2065), del 19 ottobre 2022, con cui il legislatore europeo mira a stabilire le condizioni per lo sviluppo e l'espansione di servizi digitali innovativi nel mercato interno. Il ravvicinamento delle misure nazionali di regolamentazione a livello dell'Unione in materia di obblighi per i prestatori di servizi intermediari risulta necessario per evitare la frammentazione del mercato interno e garantire la certezza del diritto, così da ridurre l'incertezza per gli sviluppatori e promuovere l'interoperabilità (considerando 4). A tal fine la normativa prevede l'applicazione delle norme ai prestatori di servizi intermediari indipendentemente dal luogo di stabilimento o dalla ubicazione, nella misura in cui offrono servizi nell'Unione tramite un collegamento sostanziale (considerando 7 e 8). Pur escludendo il ruolo di controllori della rete (art. 8), il Regolamento li considera co-protagonisti nel governo della rete accanto alle autorità istituzionali per il contrasto alla diffusione di contenuti illegali e la trasparenza su condizioni e modalità di rimozione e blocco di tali contenuti. La sinergia tra istituzioni e fornitori di servizi è affidata anche a codici di condotta per contrastare o attenuare gli effetti negativi di rischi sistemici, secondo un sistema di tutela multilivello che si affida alla legislazione, all'autodisciplina e alle condotte prudenziali di operatori ed utenti.

³² Cfr. nt. 4.

³³ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 7 éd., LGDJ, 2022.

nel valorizzare l'uso sul potere di disposizione dell'informazione, moltiplica i possibili *stakeholders* e la titolarità di diritti specifici e correlati alle diverse utilità della medesima *res*³⁴, I diritti sono fruibili in modalità sincronica o diacronica a seconda della possibilità di utilizzo contestuale o in successione cronologica da più utenti potenziali, espressione di una proprietà dinamica, non statica. Si conferma dunque il *trend* favorevole alla frammentazione degli statuti proprietari, tratto tipico del modello proprietario inglese improntato ai meccanismi distributivi tipici del sistema feudale³⁵ ed esteso ai sistemi di *civil law* con il temperamento dell'equivalenza concettuale romanistica tra proprietà e dominio, in coerenza con la nuova funzione sociale della proprietà nel processo europeo verso un'economia sostenibile³⁶.

La declinazione anglofona della proprietà, con il suo ampio spettro applicativo correlato a diritti legali di controllo³⁷, ispira un interesse nuovo, più sostenibile, privo dei requisiti di esclusività e di assolutezza tipica dello statuto proprietario dello *ius Quiritium*, senza alterare il principio di tipicità dei diritti reali³⁸. La stessa Costituzione italiana ha legittimato limiti interni in ragione della funzione sociale³⁹, nonostante la nozione codicistica, assoluta e unitaria, derivata dal modello francese⁴⁰; la gestione corretta con-

³⁴ Descrive il fenomeno come “proprietà simultanee”, F. Masson, *Quel «modèle propriétaire» pour les données personnelles ?*, cit., pur considerando improprio il termine proprietà, per il rischio di confusione con il modello tradizionale di proprietà esclusiva. Preferibile è parlare di diritti reali simultanei del diritto medievale, che li descrive come diritto soggettivo sulla *res*, a dispetto degli *iura in re aliena* del diritto romano rappresentativi di un diritto su un bene appartenente ad altri. Per l'A., l'espressione più felice sarebbe *saisine*, se non esprimesse un concetto giuridico legato alla successione ereditaria nel possesso: *la saisine désigne la situation de celui qui est posé sur la chose, qui exerce sur elle une mainmise dans un rapport très concret. Être en saisine, c'est avoir la maîtrise de la chose et plus précisément de ses utilités, dont on peut user ou tirer des fruits.*

³⁵ M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1987, 18 ss.: la titolarità atiene non tanto al bene quanto all'interesse sul bene, per cui i diritti di proprietà risultano scomponibili a seconda delle esigenze pratiche.

³⁶ G. Pignataro, *Economia sostenibile e nuova funzione sociale della proprietà*, in *Comp. dir. civ.*, 3, 2023, 889 ss.; G. Leray, *L'immeuble et la protection de la nature*, LGDJ, 2018, spec. 269 ss.; F. G. Trebulle, *La propriété à l'épreuve du patrimoine commun*, in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, 668-673 con riferimento al diritto ambientale.

³⁷ J. Sylvestre Bergé-S. Grumbach-V. Zeno-Zencovich, *The 'DataspHERE', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 5(2), 2018, 156: la tradizione di *common law* concepisce il diritto di proprietà non solo come relazione diretta con la *res*, ma include tutte le relazioni giuridiche aventi un valore economico, ovvero le utilità, concetto che ha semplificato l'adattamento al nuovo contesto economico dove la ricchezza si è spostata dai beni ai servizi, dalla proprietà all'accesso.

³⁸ E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1091 ss. Per l'A. la tipicità dei diritti reali, ad onta delle molteplici rivisitazioni critiche sulla sua utilità e attualità, continua a costituire un criterio ordinatore difficilmente superabile, perché un numero eccessivo di diritti reali di nuovo e incerto contenuto non favorisce la sicurezza delle contrattazioni e condiziona l'alienazione dei beni.

³⁹ G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., 599 ss.

⁴⁰ In sede di redazione del *Code civil*, l'opzione per il numero chiuso dei diritti reali mirava a scongiurare il rischio di proliferazione dei diritti reali atipici e la ricostituzione del pluralismo delle situazioni di appartenenza che aveva connotato l'*ancien régime*. U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. Gambaro-U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, vol. 2, Milano 2012, 69 ss. Ampie discussioni in dottrina aveva suscitato Cass. civ., 31 ottobre 2012, in *Rec. Dalloz*, 2012 e in *Sem. Jur.*, éd. gén., 2012, 2352, con nota di F.X. Testu, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*: riformando la pronuncia della Cour d'Appello che negava la costituzione negoziale di un diritto reale tipico (in sede di vendita di un immobile, la parte venditrice si era riservata un diritto di godimento e l'occupazione esclusiva di

forma tale interesse nuovo.

Ridimensionato il ruolo della proprietà e del possesso, il legislatore europeo sviluppa un sistema di rapporti contrattuali basati sull'interesse alla fruizione del bene soddisfatto dall'accesso più che dalla proprietà, un modello di consumo alternativo al consumo proprietario con cui si realizza il principio di sostenibilità e il contratto come strumento flessibile di definizione del consumo proprietario⁴¹. Un modello esteso anche ai dati: obiettivo della strategia europea per i dati è la creazione di un mercato unico, aperto ed equo, ove regole di accesso corrette e chiare consentono la circolazione dei dati nel rispetto dei valori europei condivisi in tema di protezione dei dati personali, del consumatore e della concorrenza⁴². In attuazione di questa visione, il recente *Data Act* garantisce agli utenti, se legittimati, l'accesso tempestivo ai dati generati dall'uso di un prodotto o servizio e aspira a migliorare l'interoperabilità dei dati e dei meccanismi di condivisione nell'Unione, senza che diventino un *asset* patrimoniale dell'impresa titolare del trattamento⁴³.

3. L'accesso ai dati personali come controprestazione e categorie del rapporto contrattuale.

Il legislatore europeo ha prospettato di recente l'armonizzazione dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali con una direttiva che equipara il prezzo alla comunicazione o impegno a comunicare i dati personali del consumatore quale controprestazione⁴⁴. Alcun problema concettuale pone lo scambio tra contenuto o servizio digitale e corresponsione del controvalore economico: siamo in presenza di una compravendita, la cui disciplina contrattuale viene rafforzata dall'apparato rimediabile introdotto dalla direttiva europea, che si caratterizza per forte flessibilità e capacità di adattamento alla varietà dei sistemi giuridici piuttosto che ricorrere ad architetture

un locale, subordinando l'eventuale richiesta di restituzione alla messa a disposizione a titolo gratuito di altra porzione di immobile con medesimo volume e caratteristiche), la Cassazione riconosce alla fondazione venditrice un diritto reale che attribuisce il godimento speciale del bene (*droit réel de jouissance spéciale* contenuto in un progetto di riforma del diritto dei beni, costruito come diritto temporaneo dai contenuti vaghi che riconosce ai privati ampia autonomia, salvo il rispetto delle norme di ordine pubblico). Ma il successivo ridimensionamento con la necessità di porre un termine finale sancisce un divieto di perpetuità e impedisce di fatto ai privati di costituire diritti che limitano la proprietà a tempo indeterminato: J.-F. Barbièri, *Affaire Maison de la poésie: confortement du «droit réel de jouissance spéciale»?*, in *Recueil Dalloz*, 2023, 1300 ss. sul definitivo rigetto del ricorso da Cass. civ., 6 aprile 2023.

⁴¹ G. Pignataro, *Pacchetti turistici su digital platforms: la sharing economy*, in *Comp. dir. civ.*, 2, 2020, 427 ss.; A. Cocco, *I rapporti contrattuali nell'economia della condivisione*, Napoli, 2020, *passim*.

⁴² La Comunicazione della Commissione europea COM(2020) 66 final, del 19 febbraio 2020, *Una strategia europea in materia di dati*, promuove come strumenti di governance la disponibilità e il controllo dei dati tramite nuovi intermediari nonché la creazione di uno spazio sicuro al servizio di cittadini e imprese.

⁴³ Regolamento (EU) 2023/2854, 13 dicembre 2023, sull'accesso e uso equo dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828. Il regolamento, entrato in vigore l'11 gennaio 2024, sarà applicabile dal settembre 2025.

⁴⁴ Direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, cit.; sul modello commerciale basato sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi, G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la «consumerizzazione» della privacy*, in *Dir. inf. informatica*, 2017, 418 ss.

concettuali di difficile raccordo con gli ordinamenti nazionali.

Laddove invece oggetto della fattispecie contrattuale è lo scambio tra prestazioni funzionali a distinte forme di appropriazione - da un lato l'accesso non traslativo ai dati personali⁴⁵ e dall'altro la disponibilità di un bene o servizio digitale - non è più configurabile una vendita, ma neppure la somministrazione o la permuta di beni o servizi digitali in difetto di una controprestazione in denaro o del trasferimento della titolarità dei dati⁴⁶. Per i gestori delle piattaforme i dati personali, in quanto *res extra commercium*, non possono essere venduti, scambiati o ridotti a interesse economico; la patrimonializzazione sarebbe mera conseguenza della volontaria trasmissione dei dati dagli utenti alla piattaforma, che successivamente ne trae profitto con la profilazione. L'assenza di sinallagma sarebbe confermata dalla circostanza che gli utenti sono liberi di scegliere tipologia e quantità di dati da condividere, come di cancellarli in ogni momento⁴⁷.

Non rientra nei compiti del legislatore europeo scrivere o riscrivere la fattispecie contrattuale: il suo obiettivo è riuscire a far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico⁴⁸. Spetta alla dottrina verificare la coerenza

⁴⁵ S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., 631 ss.; C. F. Grosso, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; *contra*, P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1071, per il quale «se il contratto ha ad oggetto un diritto di carattere patrimoniale, ne consegue altresì che non si tratta di un mero consenso autorizzativo, ma piuttosto di un vero e proprio consenso negoziale che ha ad oggetto il diritto in questione, vale a dire il diritto allo sfruttamento economico dei dati personali».

⁴⁶ Sulla controversa natura autorizzatoria o anche negoziale, G. Alpa-G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, I, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino 2006, *passim*, spec. 629 ss.; F. Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 1, 2019, 34 ss.; Id., *La compravendita di dati personali?*, in *Diritto di Internet*, II, 2020, 521 ss.; Id., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim*; P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf. informatica*, 2018, 689 ss.; Id., *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, 95 ss.; A. Vivarelli, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, 184 ss.; A. C. Di Landro, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020; C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

⁴⁷ La tesi è addotta da Facebook in sede di impugnazione del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, delibera 29 novembre 2018, n. 27432, prima al TAR Lazio - Roma, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260, poi dinanzi al Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2632, che conferma il carattere ingannevole della condotta di Facebook nello sfruttamento dei dati degli utenti, inconsapevoli dell'uso successivo delle informazioni che li riguardano. Sulla controversia, A. Fonsi, *Commercio dei dati e tutela del consumatore: il Consiglio di Stato rigetta il ricorso di Facebook su una sanzione dell'AGCM*, in questa rivista, 20 aprile 2021.

⁴⁸ Il carattere rimediabile del diritto privato europeo è necessitato dalla mancanza di un ordinamento giuridico completo e dalla conseguente funzione integrativa degli ordinamenti dei singoli Stati membri in funzione della loro armonizzazione nei settori di competenza europea. I numerosi tentativi di introduzione di una disciplina organica sono sistematicamente naufragati, al punto che la Commissione europea ha cessato di esercitare una spinta su progetti di codificazione civile. Da ultimo, si pensi all'iniziativa dello *Study Group on a European Civil Code*, che nel 2008 ha prodotto un *Draft Common Frame of Reference* (DCFR): nonostante la vasta attenzione, la sua adozione è stata ostacolata dalla difficoltà degli Stati di rinunciare al proprio patrimonio giuridico, componente essenziale dell'identità culturale della nazione. Anche il tentativo di ripiegare con una proposta di regolamento in tema di vendite mobiliari, la *Common European Sales Law* (CESL), non ha avuto esito e la proposta è stata ritirata per l'ostilità di diversi Stati membri, nonostante la progressiva riduzione delle aspettative da strumento soltanto opzionale alla limitazione del campo di applicazione ai soli contratti a distanza.

con le categorie civilistiche. In tale prospettiva, la qualificazione della natura del consenso è oggetto di due tesi contrapposte: negoziale per taluni, autorizzativa per altri. La natura negoziale deriva dall'essere finalizzato ad un effetto traslativo e comporta applicazione delle *property rules*, che presuppongono l'esistenza di un mercato, la natura di merce dei dati, la loro utilizzabilità come corrispettivo del servizio. La qualificazione non indebolirebbe la tutela degli interessi fondamentali della persona se è garantita la libertà di autodeterminazione, rafforzata dalla costante revocabilità del consenso⁴⁹. Per converso, la natura autorizzativa esclude effetti traslativi: l'effetto del consenso non è costitutivo, ma integrativo della fattispecie di trattamento di dati altrui, rimuove un limite e conferisce il solo potere di trattare i dati necessari in relazione al rapporto⁵⁰. La concreta coesistenza di entrambi i caratteri porta altri ad ipotizzare un contratto a causa mista, assimilabile alla commercializzazione del diritto patrimoniale d'autore o allo sfruttamento economico dell'immagine, dove però la controprestazione non è rappresentata da un corrispettivo monetario ma dal consenso al trattamento dei dati personali, peraltro revocabile *ad nutum*⁵¹.

Indiscussa è la liceità dello scambio, che prescinde dalla congruità dei valori scambiati, essendo meritevole di tutela un negozio che consente di valorizzare risorse altrimenti non utilizzate, oltre a concorrere alla creazione di nuova ricchezza. La difficoltà di coordinamento tra GDPR, disciplina del contratto e tutela del consumatore⁵² viene in genere risolta in ragione del rapporto di specialità tra normative che codificano principi non antitetici in tema di capacità di agire⁵³ o arricchiscono di svariati attributi il requi-

⁴⁹ G. Resta-V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 431 ss., G. D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf. informatica*, 2020, 634 ss.

⁵⁰ F. Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali*, cit., 42.

⁵¹ P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1064 s. L'A. in particolare ritiene che «la disciplina del contratto deve essere ricostruita facendo riferimento ad un complesso di norme piuttosto eterogenee ed articolate, quali in particolare il GDPR, il codice del consumo, nonché la Dir. UE 2019/770 in materia di fornitura di beni o servizi digitali, la quale tra l'altro contempla espressamente lo scambio tra il consenso al trattamento dei dati personali e la fornitura di beni o servizi digitali (art. 3, comma 1°)». Sulla coesistenza di entrambe le tesi, A. Gentili, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022, 701 ss.

⁵² Non ha senso ritenere che GDPR e contratto operino su piano separati, distinguendo il consenso al trattamento di dati personali dal consenso perfezionativo del contratto, per applicare a ciascuno il regime specifico in ordine a presupposti, validità, effetti (in tal senso D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 365 ss.): il collegamento negoziale comporterebbe comunque la caducazione *ex nunc* di entrambi i negozi in ipotesi di revoca del consenso al trattamento dei dati. Per G. Resta-V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 434 s., il rapporto è configurato dal legislatore come strutturalmente precario. Infatti, «Dall'esercizio del potere di revoca, che non è subordinato alla prova di un idoneo motivo giustificativo e produce efficacia *ex nunc*, discende naturalmente la caducazione del contratto «a valle» — lo si costruisca dogmaticamente come un negozio «di secondo grado», collegato al consenso quale atto unilaterale a contenuto non patrimoniale, o come un'operazione unitaria — rispetto al quale il consenso operava come specifica base negoziale. Del pari, l'esercizio da parte del consumatore della facoltà di risoluzione del contratto nelle ipotesi previste dagli artt. 13 e 16 della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuti digitali sembrerebbe implicare una revoca tacita del consenso all'(ulteriore) trattamento dei dati personali». Aderisce alla tesi P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1067 e ripresa spec. 1075. Sul carattere accidentato dell'interferenza tra GDPR e diritto consumeristico, S. Pagliantini, *L'interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, in *Giur. it.*, 2023, 2212 ss.

⁵³ Privilegia la normativa del GDPR, che riconosce al quattordicenne la capacità di esprimere un valido

Circolazione dei dati tra modelli proprietari e contrattuali

sito essenziale del consenso negoziale (specifico, informato, inequivocabile, libero⁵⁴), ciascuno funzionale alla consapevolezza degli effetti dell'accesso ai dati quale controprestazione e al riequilibrio delle evidenti asimmetrie di potere negoziale tra le parti⁵⁵. Il problema è se il consenso al trattamento dei dati personali quale controprestazione, e dunque con finalità diverse da quelle necessarie all'esecuzione del contratto, possa considerarsi libero, per poter escludere l'illegittimità del trattamento. Il nesso sinallagmatico con l'accesso al bene o al servizio digitale coarta il consenso, perché la negazione impedirebbe la soddisfazione dell'interesse contrattuale. Il ricorso al consenso autorizzatorio informato nei rapporti asimmetrici, ove è evidente lo squilibrio, è per lo stesso legislatore europeo insufficiente a proteggere l'interessato. La volontà è libera se l'interessato ha la possibilità di operare una scelta effettiva ed esercitare il controllo sui propri dati. Pertanto, posto che la natura personale della controprestazione non implica la gratuità del rapporto, la liceità dipende dal concorso di altre circostanze idonee a suffragare la libertà della scelta, negata dall'assenza di concorrenza, la non fungibilità del servizio, lo stato di bisogno del contraente, l'iniustizia delle condizioni, lo squilibrio in contrasto con la buona fede, la captazione del consenso mediante pratiche scorrette,

consenso al trattamento dei dati personali, S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., 633 ss., in quanto indicativa di una capacità di discernimento che validerebbe anche il rapporto negoziale di scambio tra il consenso e i beni e servizi digitali in quanto si verte in materia di interessi strettamente connessi alla persona e ai suoi diritti fondamentali. Nessuno peraltro invoca il regime di annullabilità per i contratti quotidianamente posti in essere dal minore per acquistare beni o procurarsi servizi di modesta entità economica.

⁵⁴ Libero non è soltanto il consenso non viziato o informato, condizioni necessarie ma non sufficienti sul piano normativo per la validità dell'atto; per effetto della specificità del regolamento europeo, la libertà presuppone che il consenso non sia condizionato come quando l'esecuzione del contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia subordinata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto: art. 7, par. 4, GDPR. Contro l'idea che un consenso remunerato sia per definizione un consenso non libero (in tal senso, P. Voigt-A. Von Dem Bussche, *The EU General data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Cham, 2017, 96) oppongono argomenti di natura sistematica e testuale G. Resta-V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 431 s.: a dispetto del corpo o delle sue parti, la cui circolazione non può essere fonte di lucro per espressa disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nulla è stabilito con riguardo ai dati personali, da cui si evince che la gratuità non è requisito necessario per la validità dello scambio servizi contro dati; la conferma testuale è all'art. 7 GDPR, che non introduce un divieto di disposizione, ma fissa un parametro di valutazione.

⁵⁵ Sui dati come mezzo di pagamento nella letteratura italiana A. Gentili, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, cit., 701 ss.; P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1072 ss.; A. Addante, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, 889 ss. *Contra*, G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., 599 ss., per il quale il consenso potrebbe costituire la premessa per poter concludere il contratto, un requisito per acquisire i dati lecitamente, ma non il corrispettivo del servizio, che è reso gratuitamente. Infatti, se il titolare dei dati o gli altri soggetti che li trattano non rispettano il regolamento (UE) 2016/679, i rimedi a disposizione dell'interessato non sono di diritto contrattuale, ma di responsabilità extracontrattuale per la violazione delle regole sui dati personali; analogamente, F. G. Viterbo, *Oltre il valore economico dei dati personali, tra autonomia negoziale e gestione aziendale*, in *Annali SISDIC*, 2023, 316 ss., che in questa tipologia di operazione economica identifica un rapporto negoziale complesso, articolato sulla base di un contratto di fornitura di contenuto digitale o servizio digitale predisposto da un professionista, e un procedimento con cui il consumatore è invitato a fornire i dati personali e a consentirne il trattamento per una o più finalità diverse dalla mera esecuzione del contratto. Nella letteratura straniera, S. Lohsse-R. Schultze-D. Staudenmayer (eds.), *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, 2020.

la non negoziabilità delle condizioni generali di contratto⁵⁶. Circostanze utili a valutare la liceità del trattamento nel rispetto della normativa di derivazione comunitaria (GDPR e consumeristica).

In applicazione delle regole contrattuali, se il consenso rappresenta il corrispettivo nello scambio tra dati personali e beni o servizi digitali⁵⁷, la veridicità e l'esattezza dei dati rientra tra gli obblighi del consumatore⁵⁸, con conseguente obbligo di aggiornamento nei rapporti di durata; in difetto, potrebbero rilevare diversi profili di invalidità per incapacità o vizi del consenso, nonché la risoluzione del contratto per aver consegnato *aliud pro alio*, ovvero un bene radicalmente diverso da quello negoziato. Quale prestazione rappresenta il valore dei contenuti digitali oggetto di scambio, la cui entità rileva sia in relazione ai danni da perdita dei dati dell'utente sia sul piano fiscale in quanto reddito. Maggiori difficoltà ha incontrato la qualifica degli effetti dello scambio, soggetti al potere di revoca *ad nutum* del consenso quale diritto irrinunciabile garantito dal GDPR (art. 7, par. 3), seppure con efficacia *ex nunc*. In effetti il suo esercizio rende strutturalmente precaria la durata del rapporto contrattuale non lo scambio, in quanto non inficia la liceità del trattamento effettuato anteriormente⁵⁹: non costituisce inadempimento, in quanto potere strumentale all'esercizio di un diritto, peraltro di un diritto della personalità; non legittima diritti risarcitori a meno che abbiano titolo in un diverso comportamento⁶⁰; non fa sorgere obblighi restitutori di beni o servizi digitali, la cui fruibilità potrebbe al massimo essere successivamente ostacolata. Più complesso è il problema se l'accesso ai dati personali sia attributivo di *property rights*, come suggerito nel sistema francese, dalla cui soluzione dipende il regime di circolazione e accesso alle informazioni.

4. Le proprietà simultanee come modello di scambio dei dati personali nella dottrina francese

La difficoltà di applicare ai dati personali il modello di proprietà esclusiva ha indotto la dottrina francese a suggerire il ricorso al diverso modello della proprietà simultanea che risale all'*ancien régime*. I dati si prestano a diventare oggetto di differenti tipologie di diritti, che hanno titolo nella legge o in contratti e in esso trovano limiti di tutela o obblighi associati, senza necessariamente identificare un unico proprietario. I rapporti tra

⁵⁶ G. Resta-V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 432 ss.; P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1077 ss. Sulla liceità del trattamento dei dati personali nello scambio tra servizi digitali e consenso al trattamento purché si tratti di un bene o servizio fungibile, Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, 530, con nota di S. Thobani, *Operazioni di tying e libertà del consenso*.

⁵⁷ E. Tosi, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra GDPR e nuovo codice del consumo*, in *Dir. inf. informatica*, 2, 2023, 189 ss.

⁵⁸ G. Resta-V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 438 s.; P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1082.

⁵⁹ A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., 120.

⁶⁰ P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., 1089: l'A. ipotizza un comportamento contraddittorio (*nemo potest contra factum proprium venire*) o l'abuso del diritto di revoca.

titolare del dato e interessato al suo utilizzo possono essere descritti in base alla teoria del doppio dominio, secondo il modello delle proprietà simultanee.

La teoria nasce nel Medioevo per regolare i rapporti tra signore e vassallo nel sistema feudale: entrambi hanno un dominio sul bene, ma il signore ha una titolarità definita dominio diretto o superiore⁶¹, mentre il vassallo ha un dominio utile⁶². In questo schema astratto i contenuti del diritto e le prerogative individuali possono variare, per adattarsi alle specificità locali, salvo riconoscere al signore il diritto di interrompere il godimento al vassallo, una sorta di facoltà di esproprio dei diritti di natura economica acquisiti dal vassallo.

Applicato il modello ai dati personali, l'interessato può in ogni momento impedire il futuro accesso ai dati, non diversamente dall'esproprio medievale per il recupero del possesso della terra, diritto imprescrittibile e non trasferibile⁶³. I titolari del trattamento vantano soltanto domini utili subordinati al controllo del titolare dei dati, tramite diritti tipizzati dal legislatore europeo che costituiscono il contenuto del dominio diretto (diritto di informazione, accesso, rettifica, cancellazione, portabilità, opposizione). La coesistenza tra dominio diretto e dominio utile rende variabile il contenuto, definito dal sistema giuridico⁶⁴.

A dispetto della proprietà tradizionale, le prerogative del dominio diretto non si possono qualificare diritti assoluti, in quanto recessivi in presenza di motivi legittimi e imperativi che privilegiano il trattamento sull'interesse della persona⁶⁵; di regola, però, l'interessato può esercitare diritti, compresa la revoca del consenso, nei confronti di qualsiasi titolare di un dominio utile, e in particolare il diritto alla protezione dei dati di natura personale, ma finché restano tali. Quando cessano di essere personali a seguito dell'anonimizzazione, cessa la facoltà di revoca.

Analoghe peculiarità differenziano il dominio utile medievale dalla concezione pro-

⁶¹ Il termine dominio designava i diversi diritti ripartiti tra più individui sulla stessa terra nel sistema feudale, mentre il termine proprietà era indicativo dell'appropriazione individuale: L. Pfister, *Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens*, in *Revue générale de droit*, 38, 2008, 333.

⁶² D. Heirbaut, *Should we reintroduce Duplex Dominium?*, in *European Review of Private Law*, 2003, 312 ss.: «old *Ius Commune* is nowadays considered to be a possible source of inspiration for a future common European Law. But apart from the Law of Obligations, there are few examples of such a new legal order. However, the feudal system of land tenure existed everywhere in Europe, and thus, became part of the *Ius Commune*. The basic idea of this feudal system was that of divided property. Both the feudal lord and the feudatory were owners of the tenure, both with different rights, though. This theory was quite flexible and was thus applied to any kind of property. Alas, this idea of divided property disappeared with the demise of the feudal system at around 1800. However, the author is of the opinion that a revival of this idea could prove beneficial for the law. The possibility to combine several variants of property within Europe into a common concept would, beyond doubt, amount to a great improvement in the law of an ever-tighter Europe».

⁶³ J.-P. Levy-A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Parigi, 2010, 295.

⁶⁴ «Le contenu du domaine éminent ne peut être défini a priori: il l'est uniquement par le système juridique, et on peut imaginer des domaines éminents composés de prérogatives très fortes ou au contraire beaucoup plus réduites, selon les choix politiques opérés»: F. Masson, *Quel «modèle propriétaire» pour les données personnelles?*, cit.

⁶⁵ Sul diritto di opposizione l'art. 21, par. 1, regolamento (UE) 2016/679 consente all'interessato di impedire il trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. e) o f), compresa la profilazione, e il titolare del trattamento deve astenersi dal trattare ulteriormente i dati personali «salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria».

prietaria ottocentesca, che ascriveva ai caratteri di assolutezza ed esclusività l'emancipazione dall'accezione pregressa. Il ritorno al concetto medievale consente alla dottrina francese di individuare la cornice giuridica per conciliare l'obbligo personale con il diritto reale nel rispetto della legislazione europea: benché non si pronunci sulla natura dei diritti sui dati dei titolari del trattamento, ne descrive accuratamente gli obblighi sia rispetto alla facoltà di revoca del consenso, sia rispetto alla protezione attiva e preventiva dei dati (*data protection by design e by default*). Nella disciplina sul trattamento dei dati personali si ritrovano dunque i tratti qualificanti del dominio utile: la natura economica del diritto e la presenza di obblighi verso il titolare del dominio diretto. L'accesso ai dati non gli conferisce un diritto assoluto, ma strumentale alla finalità dichiarata della raccolta dati; di regola ha fondamento nel consenso prestato dall'interessato allo sfruttamento dei dati, spesso come controprestazione di un servizio digitale⁶⁶, ma non mancano ipotesi di liceità del trattamento anche in difetto del consenso dell'interessato; non attribuisce il diritto in esclusiva, nel senso che il dato può essere oggetto di trattamento non rivale, in quanto la condivisione non lede le prerogative dell'utente, salvo ricorso alla tutela penale in caso di violazione del sistema di trattamento⁶⁷; consente la coesistenza di più domini utili sugli stessi dati personali analogamente ai beni comuni. In questa prospettiva, i dati personali non sono oggetto di proprietà in senso tradizionale, ma di una forma di appropriazione complessa, priva dei caratteri di esclusività e assolutezza, nel cui paradigma le prerogative dipendono dalle finalità del dominio e possono includere obblighi anche positivi. La teoria del doppio dominio francese offrirebbe peraltro un duplice vantaggio: consentire la convergenza delle forme di protezione nei diversi sistemi giuridici e conciliare i due principali caratteri del diritto dei dati personali, la necessaria tutela delle persone e la valenza economica dei dati. Sul piano concettuale la teoria avrebbe un precedente storico nello *jus commune* europeo, sviluppatosi in Europa durante il feudalesimo e accreditato dal diritto accademico medievale, oggi coerente con la tutela regolamentare uniformata dei dati. In difetto di competenza nella definizione dei regimi patrimoniali, l'Europa identificherebbe nella teoria del *dual estate* la cornice giuridica per lo sviluppo di un diritto unificato in materia di dati personali⁶⁸. La teoria del doppio dominio consentirebbe altresì di ipotizzare una convergenza sul piano disciplinare con il sistema americano, altro player occidentale ove operano peraltro i principali attori del mercato.

⁶⁶ Direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, cit.

⁶⁷ Crim. 7 nov. 2018, n° 17-82.459, in *RSC*, 2019, 119, con nota di E. Dreyer, *Vol de données légitime ou tentative d'extorsion?*, ha sancito che la riproduzione non autorizzata dei dati è furto («Un salarié démissionne. Après son départ, son employeur découvre le transfert, depuis son ordinateur vers une clef USB, de 190 fichiers informatiques comportant des informations stratégiques et confidentielles relatives aux clients de la société, aux prospects et aux prix pratiqués. L'objectif poursuivi par le salarié démissionnaire semble avoir été de disposer d'un moyen de pression sur la société qui l'employait pour obtenir le versement de commissions et de primes qu'il estimait lui être dues. Il est sommé de restituer ces documents mais il s'en abstient. Il est alors cité devant le tribunal correctionnel comme ayant soustrait frauduleusement des données informatiques secrètes et déclaré coupable de ce délit»). Il tema aveva sollevato dubbi interpretativi rispetto al principio di legalità, in quanto la riproduzione non implica la sottrazione del bene, ma la sua natura digitale ha indotto la Corte a ragionare indipendentemente dal modello proprietario. Operata la dissociazione, ha potuto qualificare furto la condotta anche in assenza di appropriazione con il carattere dell'esclusività.

⁶⁸ F. Masson, *Quel «modèle propriétaire» pour les données personnelles?*, cit.

Il diritto di proprietà americano ha ereditato dal *common law* inglese il carattere dematerializzato del diritto espresso nel concetto di appartenenza e la valorizzazione delle singole utilità del bene oggetto di titolarità⁶⁹. Nella *real estate* si parla di *bundle of rights*, termine legale con cui si sintetizzano i diritti normalmente insiti nel diritto di proprietà, che possono essere negozialmente esclusi, limitati o regolamentati, precisando consensualmente le modalità di esercizio: il diritto di possedere, controllare, godere, disporre ed escludere il possesso di altri in qualsiasi modo legale. I diritti inclusi possono variare a seconda della legislazione locale o subire delle restrizioni⁷⁰.

Le palesi affinità tra la teoria del doppio dominio e il *bundle of rights* consentirebbero per questa dottrina di prospettare una convergenza nella disciplina di protezione⁷¹, che invece l'approccio personalistico precluderebbe in ragione delle rilevanti differenze che connotano il concetto di *privacy* e i diritti della personalità nei due continenti, oltre ad offrire una base giuridica per conciliare la protezione personale con il valore economico dei dati. Se è indubbio che teoria del doppio dominio e *bundle of rights* rappresentano un'ipotesi di modello proprietario applicabile ai dati, la valorizzazione del potere di gestione nella normativa europea, confermata nel recente *Artificial Intelligence Act*, sembrerebbe privilegiare una diversa soluzione.

5. Teoria del doppio dominio a confronto con gli indici interpretativi europei

Con il potere di gestione dei dati personali il legislatore europeo concilia obiettivi in

⁶⁹ F. Orsi, *Revisiter la propriété pour construire les communs*, in B. Coriat (dir.), *Le retour des communs, Les liens qui libèrent*, 2015, 53 ss.; T. W. Merrill-H. E. Smith, *Property Law*, Oxford, 2010, 4 ss.

⁷⁰ Con un interessante *case* è stato definito lo standard di limiti oltre i quali i tribunali considerano la proprietà privata svuotata del suo valore: *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992): a David Lucas, proprietario di un terreno fronte mare nella Carolina del Sud, vengono negati i diritti edificatori in ragione della scelta politica dello Stato di preservare il territorio e consentire al pubblico l'accesso alla spiaggia. Lo Stato non ha risarcito Lucas per il danno subito finché il caso non è stato presentato alla Corte Suprema. Dalla decisione si evince il principio che il contenuto della proprietà immobiliare è più ampio del semplice possesso materiale del bene immobile. Il giudice Scalia in particolare «identified two common situations in which courts typically find that a taking has occurred. These are when the government has caused a physical incursion onto private property and when the government has acted in a way that removes all economic or productive use from the land. He found that there was an exception to the second category when the activity on the land constitutes a nuisance that causes harm to the general public. Some of the Court's earlier decisions had applied a test for these types of takings that investigated whether the state regulation advanced a legitimate government interest related to land use. However, Scalia felt that it was time to depart from this style of analysis. He argued that the state could justify virtually any land use regulation under the theory that it would further the public good or combat a public harm, since there is a virtually infinite range of ways in which the public good may be compromised, depending on the perspective of whoever is evaluating it. As a result, he proposed a stricter standard in which compensation would be required for the deprivation of all economically beneficial use of property unless the public harm consisted of something that already was illegal under property law on nuisances. He remanded the case to the state court so that the state could have an opportunity to identify a pre-existing law that Lucas would violate if he developed his property».

⁷¹ P. M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 117(7), 2004, 2094 ss. L'A. denomina il modello «*hybrid inalienability*», perché consente agli individui di condividere o anche di porre limiti sul futuro utilizzo delle informazioni personali. Aggiunge «*The proposed hybrid inalienability follows personal information through downstream transfers and limits the negative effects that result from "one-shot" permission to all personal data trades*».

origine antitetici: la natura irrinunciabile della protezione per l'inerenza alla persona cui i dati si riferiscono e il ruolo di risorsa fondamentale per lo sviluppo del mercato digitale. Garantire al titolare dei dati la conservazione del potere di gestione rappresenta, nella prospettiva europea, il punto di incontro tra l'interesse allo sviluppo del mercato e la fiducia dei cittadini nei beni e servizi digitali con un livello di protezione efficace e uniformato⁷². La tutela sul modello proprietario tradizionale avrebbe ostacolato lo sviluppo dell'economia digitale, con la conseguente difficoltà pratica di convergenza tra i due obiettivi, a dispetto della proprietà intesa come potere di controllo. Il diritto di accesso e il diritto alla portabilità dei dati⁷³ rappresentano un potente strumento di protezione individuale senza impedire la concorrenza e una più libera circolazione dei dati, seppur potenziale.

Tra le varie soluzioni interpretative, il modello europeo esclude la soluzione liberale di qualificare i dati come *new properties*, liberamente negoziabili sul mercato, modulata su esigenze pratiche quali la riduzione dei costi transattivi per le imprese, lo sviluppo tecnologico e l'incremento di servizi adeguati alle esigenze dei consumatori. L'opzione garantista reclama equilibrio tra l'esigenza di riservare all'individuo la definizione e gestione dell'identità personale e lo sviluppo del mercato unico digitale, che dalla libera circolazione dei dati trae la linfa vitale.

Tre sono le direttrici della normativa europea: la rigorosa descrizione dei requisiti per una scelta consapevole e la conservazione del potere di controllo, per impedire la perdita della disponibilità del dato; la protezione in termini proprietari del solo lavoro intellettuale di selezione, aggregazione, catalogazione, sistemazione dei dati, tale da conferire al prodotto il carattere dell'originalità nell'interesse dell'impresa; l'integrazione del rapporto obbligatorio costituito con la circolazione dei dati secondo i canoni di reciprocità dei diritti e obblighi, protetti dal regime di responsabilità secondo il dinamico principio di *accountability*. Il principio non si limita a individuare il responsabile della mancata adozione delle misure di sicurezza, ma dell'omessa protezione esigibile

⁷² Si legga il considerando 7, regolamento (UE) 2016/679: «Tale evoluzione richiede un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno. È opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che li riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche». La perdita di fiducia è infatti anche conseguenza del divario tra i livelli di protezione nei diversi Stati dell'Unione nell'applicazione della direttiva: «Sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE» (considerando 9).

⁷³ Il diritto di accesso non è assimilabile alla proprietà, perché non è esclusivo e viene concesso, non trasferito; il diritto alla portabilità dei dati consente di all'utente di ottenere dall'*account* i propri dati personali in formato leggibile da qualsiasi dispositivo elettronico, per poi trasferirli verso un altro operatore a titolo gratuito e senza impedimenti.

Circolazione dei dati tra modelli proprietari e contrattuali

dei dati, secondo la logica preventiva e di gestione del rischio⁷⁴. Si ribadisce che spetta al titolare e ai responsabili dei dati la valutazione dell'impatto della propria attività sulla protezione dei dati personali in relazione alle caratteristiche specifiche, nonché la scelta delle misure tecniche e organizzative adeguate alla prevenzione dei rischi ai diritti e alle libertà degli interessati (*data protection by design*) e per impostazione predefinita (*data protection by default*). In applicazione del principio di effettività della tutela la Corte di Giustizia, superato il limite del concetto fisico di territorialità e i limiti di efficacia della normativa europea nello spazio immateriale della rete, ha adottato il parametro del *targeting*, ovvero del luogo in cui si trova il destinatario dei beni e servizi o dell'attività di monitoraggio, per attribuire all'Autorità di controllo locale giurisdizione e competenza, a dispetto dell'organizzazione tecnica e giuridica con cui veniva frammentata e delocalizzata l'attività per sottrarsi alla normativa europea⁷⁵.

Con la teoria del doppio dominio la dottrina francese ricerca un istituto capace di conciliare le due dimensioni, differenziando la tipologia di poteri esercitabili in una logica proprietaria: la gestione dei dati nel dominio utile nel rispetto della finalità economica; il controllo e i rimedi a protezione del diritto fondamentale della persona di cui all'art. 8 della Carta europea, fino alla revoca del consenso nel dominio diretto⁷⁶. Pacifica è l'affinità funzionale con la *real property* inglese, dove però la specifica del contenuto è nell'atto unilaterale di attribuzione con cui si trasferisce non il bene, ma i benefici indicati nell'atto di investitura. Il concetto di *estate* è costruito sul *property interest* che il soggetto vuole soddisfare, per cui nell'atto di attribuzione viene indicata con precisione la specifica utilità trasferita sul bene che diventa oggetto di titolarità individuale⁷⁷. Nei sistemi di *civil law*, invece, ogni patto limitativo dell'effetto traslativo pone un problema di opponibilità a terzi, a dispetto del sistema inglese dove l'utilità acquisita non pone problemi di opponibilità, in quanto indicata nel negozio traslativo⁷⁸.

⁷⁴ F. Ciardiello-A Di Liddo, *Privacy accountability and penaltis for IoT firms*, in *Risk Analysis*, 42(8), 2020, 1788 ss.

⁷⁵ P. Stanzione, *Introduzione*, in P. Stanzione (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, 3. Il principio, poi consacrato nel regolamento, è stato sancito da CGUE, C-210/16, 3 giugno 2018, in occasione della questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 95/46/CE nella controversia tra l'Autorità di vigilanza regionale indipendente per la protezione dei dati dello Schleswig-Holstein e una società privata specializzata nel settore della formazione.

⁷⁶ T. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, cit., 15, considerata la tendenza all'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Carta europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo.

⁷⁷ Ciò spiega la multiforme tipologia di *estates*, inizialmente ricondotti ciascuno ad un tipo ma in seguito, poiché la varietà facilitava la ripartizione della ricchezza, ha fornito materiale per lo sviluppo di una tecnica giuridica che ha surrogato molte funzioni del contratto romanistico: A. Gambaro, *Proprietà in diritto comparato*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1997, 507 s. Precisa l'autore che «mentre nei sistemi romanistici si lavora sul contratto calibrando quindi il titolo alle necessità della singola fattispecie, nella tradizione di *common law* tale funzione è assolta dalla definizione dei *property interest* che vengono attribuiti. Ad esempio: se Tizio vuole trasferire a Caio la proprietà dell'immobile X a condizione che Caio utilizzi detto immobile per riunioni culturali, il giurista romanista tende a tradurre questo desiderio delle parti in un contratto traslativo risolutivamente condizionato. Verificandosi il fatto condizionante, verrà meno l'efficacia del contratto, ossia del titolo in base al quale l'immobile X appartiene a Caio. I giuristi di *common law*, hanno preferito invece considerare condizionato il diritto attribuito, definendolo quindi mediante l'inserimento nel suo modo di essere del fatto condizionante».

⁷⁸ A. Gambaro, ivi, 508: «ove la condizione inerisca al contratto essa avrà effetti relativi alle parti, con la conseguenza che diviene necessario costruire un sistema di pubblicità atto a raccogliere simili patti onde

Un problema sollevato dalla dottrina in tema di proprietà simultanee è se il dominio utile rientra nell'art. 17 della Carta europea a tutela della proprietà materiale e intellettuale e nel Protocollo addizionale n. 1 della CEDU, con conseguente necessità di bilanciamento tra diritti fondamentali. Tra le possibili interpretazioni, la meno convincente per la dottrina francese riconosce al dominio utile una natura giuridica diversa dalla proprietà, con conseguente inapplicabilità dell'art. 17 e dell'art. 1, Protocollo addizionale. L'accezione ampia della nozione di bene accolta dalla Corte di Strasburgo lascia presumere invero un approccio analogo della Corte europea di Giustizia in conformità al principio di interpretazione coerente⁷⁹, con conseguente difficoltà di esclusione della tutela reale. Più sottile è distinguere i poteri esercitabili nei rapporti interni, tra i legittimati alla cogestione dei dati, e i poteri nella relazione con i terzi che non vantano diritti reali sul dato. Ai rapporti interni si applicherebbe l'art. 8 della Carta di Nizza, mentre l'art. 17 tutelerebbe il diritto nei confronti dei terzi, recessivo soltanto in funzione di tutela di un interesse generale⁸⁰.

Sui limiti del diritto di accesso nei confronti dei terzi destinatari dei dati si è espressa di recente la Corte di giustizia europea con riferimento non tanto ai contenuti dell'obbligazione di trasparenza in relazione ai destinatari dei dati personali quanto all'individuazione della parte cui spetta decidere quali informazioni debbano essere comunicate⁸¹. Con l'occasione la Corte interviene a salvaguardia dell'effetto utile della norma che utilizza i termini «destinatari» e «categorie di destinatari» in successione, senza poter dedurre un ordine di priorità: se la finalità del diritto di accesso è verificare che i dati circolati siano esatti e trattati lecitamente, per avvalersi degli strumenti di protezione in

permettere a Tizio di opporli agli eventuali terzi aventi causa da Caio, o ai suoi creditori. Viceversa, ove condizionato sia il diritto in sé, non si porrà il problema dell'opponibilità dei patti concernenti il titolo perché si applicherà, sempre tendenzialmente, la regola per cui né gli aventi causa da, né i creditori di Caio potranno vantare sull'immobile X diritti maggiori del suo».

⁷⁹ Art. 52, par. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁸⁰ F. Masson, *Quel «modèle propriétaire» pour les données personnelles?*, cit.

⁸¹ CGUE, C-154/21, *RW v. Österreichische Post* (2023). RW si è rivolto all'Österreichische Post per ottenere, l'accesso ai dati personali che lo riguardavano e, in caso di comunicazione dei dati a terzi, l'identità di tali destinatari ex art. 15 del RGPD. In risposta alla richiesta, l'Österreichische Post si limita ad affermare che utilizza dati nell'ambito della sua attività di editore di elenchi telefonici e che fornisce tali dati personali a partner commerciali a fini di marketing; rinvia inoltre a un sito Internet per informazioni più dettagliate e per le altre finalità del trattamento dei dati, senza comunicare a RW l'identità dei destinatari. RW agisce in sede giurisdizionale chiedendo ai giudici austriaci di ingiungere di fornirgli l'identità del destinatario o dei destinatari dei suoi dati personali comunicati a terzi. Nelle pronunce di merito i giudici respingono il ricorso, in quanto l'art.15, par. 1, lettera c), RGPD accorda al titolare del trattamento la possibilità di indicare all'interessato soltanto le categorie di destinatari, non nominativamente; la Cassazione invece solleva dubbi interpretativi, perché dalla disposizione non emerge con chiarezza se conceda all'interessato il diritto di accesso alle informazioni sui nominativi o se riconosce al titolare un potere discrezionale di scelta sui contenuti dell'informazione. La *ratio legis* della disposizione deporrebbe a favore del riconoscimento di tale potere all'interessato; una diversa interpretazione, infatti, comprometterebbe gravemente l'effettività degli strumenti di tutela a disposizione dell'istante per proteggere i suoi dati, perché difficilmente sarebbe fornita una tale informazione se il titolare del trattamento potesse scegliere. Sospende pertanto il procedimento per sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale.

caso contrario, l'interessato deve poter conoscere l'identità dei destinatari⁸². Il diritto di accesso, tuttavia, non è affatto un diritto assoluto per la Corte ma, in ragione della sua funzione sociale, va temperato con gli altri diritti fondamentali, potendo il responsabile del trattamento limitare l'informazione alla categoria di destinatari, specie se è impossibile conoscerne l'identità, ovvero rigettare la richiesta se manifestamente infondata o eccessiva, salvo l'onere della prova di tali caratteri. L'equilibrio nei rapporti interni resta dunque affidato ai canoni di correttezza che vincolano il responsabile del trattamento dei dati sulla garanzia di trasparenza delle informazioni⁸³, canoni che si legittimano nell'ambito di un rapporto obbligatorio e non esigibili nel modello proprietario, dove la relazione cessa con l'effetto traslativo del diritto seppur conformato, a dispetto della specificità del dato e della sua duplice ed equipollente dimensione personale ed economica.

6. Limiti dei modelli proprietari e flessibilità dello strumento contrattuale

La condivisione di un bene tra più soggetti e la diversificazione dei poteri esercitabili in relazione alla pluralità di utilità ad esso riconducibili non è estranea al nostro ordinamento, ma i contenuti hanno necessariamente titolo in un atto negoziale che impedisce ai privati la proliferazione degli statuti proprietari. A dispetto dei poteri pubblici conformativi o della funzione sociale, costitutivi di limiti interni alla proprietà, le modalità di godimento negoziate hanno efficacia personale e non sono opponibili a terzi. Diversamente per i dati, dove l'opponibilità dei poteri di controllo e di gestione deriva dal formante legale modulato sull'interesse a favorire la loro circolazione, ma con riferimento ai soli dati personali.

Nell'attuale economia dei dati sembra invero superata la consueta distinzione per categorie⁸⁴ alla base della contrapposizione tra dati personali indisponibili e dati non personali negoziabili e compatibili con una concezione proprietaria, se si considerano le modalità operative dell'intelligenza artificiale e delle tecniche di profilazione. La quantità e qualità di dati raccolti dalle macchine ormai non consente di stabilirne *ex ante* la natura, spesso correlata al contesto, alle tecnologie di analisi o allo scopo per cui vengono processati⁸⁵, come conferma il ricorso a *big data* e ad algoritmi correlati alle

⁸² Per la Corte «l'articolo 19, seconda frase, del RGPD conferisce espressamente all'interessato il diritto di essere informato dei destinatari concreti dei dati che lo riguardano da parte del titolare del trattamento, nell'ambito dell'obbligo di quest'ultimo di informare tutti i destinatari dell'esercizio dei diritti di cui l'interessato dispone ai sensi dell'articolo 16, dell'articolo 17, paragrafo 1, e dell'articolo 18 del RGPD»; pertanto le informazioni fornite all'interessato in sede di accesso devono essere le più esatte possibili. In particolare, «tale diritto di accesso implica la possibilità per l'interessato di ottenere dal titolare del trattamento le informazioni sui destinatari specifici ai quali i dati sono stati o saranno comunicati o, alternativamente, di scegliere di limitarsi a richiedere informazioni riguardanti le categorie di destinatari».

⁸³ C. Saillant, *L'identité des destinataires de données personnelles incluse dans l'exercice du droit d'accès prévu par le RGPD*, in *Dalloz actualité*, 10 febbraio 2023.

⁸⁴ H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, cit., 53 ss.

⁸⁵ Le tecniche psicometriche consentono di derivare da dati non personali informazioni non soltanto personali, ma sensibili, come l'orientamento politico, comportamenti o atteggiamenti come

finalità più che alla distinzione tra tipologie di dato. Con lo sviluppo dell'*Internet of Things* la sola interazione dell'oggetto *smart* produce informazioni suscettibili di svariate modalità di utilizzo: i sistemi di intelligenza artificiale e i modelli predittivi sono capaci di raccogliere, trattare, catalogare e aggregare le informazioni, ma anche di generare nuove informazioni e in progressione geometrica, se si pensa alla trasmissione di dati non necessari per il servizio ma utili al migliore dialogo tra app e dispositivo o per un funzionamento più sicuro⁸⁶. Il rischio di concentrazione di dati in società private e di posizione dominante nel mercato è conseguenziale al punto da auspicare la possibilità di richiedere ai fornitori dei servizi digitali di costruire i loro sistemi in modo da identificare e distinguere i dati personali da quelli non personali, distinzione talvolta difficile se non impossibile se presenti in un unico file⁸⁷.

In contrasto con la logica proprietaria, lo sviluppo del mercato unico digitale invita a mutare la prospettiva e a considerare i dati come un bene pubblico cui tutte le aziende devono essere in grado di attingere con il riconoscimento di un generale diritto di accesso, significativo per migliorare la circolazione e un costante flusso di dati, promuovere l'innovazione e rafforzare il potere concorrenziale tra le imprese europee, che concorre allo sviluppo sostenibile. Compito delle aziende non è vendere i dati, ma

l'uso di sostanze stupefacenti, caratteristiche della personalità in funzione predittiva; analogamente per applicazioni in grado di raccogliere emozioni o informazioni intime, come con l'amico virtuale nella convinzione del carattere anonimo e confidenziale del rapporto, per non parlare dei sistemi di riconoscimento delle emozioni capaci di raccogliere informazioni costantemente aggiornate e di incidere sull'autodeterminazione: D. Marcello, *Circolazione dei dati del minore tra autonomia e controllo. Norme e prassi nel mercato digitale europeo*, Napoli, 2023, 96 s. Nel contesto dei *big data* è poi praticamente impossibile rintracciare e controllare i dati una volta combinati con altri dati. Limiti pone il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, approvato dal Parlamento il 13 marzo 2024, che prescrive obblighi di trasparenza e include sistemi di categorizzazione o di identificazione biometrica tra le pratiche vietate.

⁸⁶ I Robot aspirapolvere raccolgono una marea di dati durante il funzionamento: per evitare di scontrarsi con eventuali ostacoli, procedono alla mappatura dell'ambiente in cui operano tramite sofisticati sensori o anche telecamere, perché il miglioramento delle funzioni delle *machine learning* dipende dalla quantità delle informazioni acquisite.

⁸⁷ Le modalità di acquisizione facilitano la presenza di dati misti, atti all'identificazione indiretta della persona tramite l'impiego dei *big data*, che rappresentano una significativa quota dei dati utilizzati nell'economia digitale e che, per la capacità identificativa, sono assimilati nella regolamentazione ai dati personali. La categoria è ampia, la cui esemplificazione è puramente indicativa: un documento fiscale di un'impresa, che contiene il nome e il numero di telefono dell'amministratore delegato; l'insieme dei dati di una banca, che comprendono informazioni sui clienti e dettagli delle transazioni, come servizi di pagamento (carte di credito e di debito), applicazioni di *partner relationship management* e contratti di prestito, documenti che includono dati misti relativi sia a persone fisiche che giuridiche; dati statistici di un istituto di ricerca resi anonimi e dati non trattati inizialmente raccolti, come le risposte dei singoli intervistati alle domande di un'indagine statistica; una banca dati di conoscenze di un'impresa riguardante i problemi IT e le loro soluzioni basate sulle singole relazioni degli incidenti informatici; dati relativi all'Internet delle cose, dove alcuni dati consentono di fare ipotesi sulle persone identificabili (ad es. presenza a un particolare indirizzo e modelli di utilizzo); analisi dei dati del registro operativo delle attrezzature di produzione nell'industria manifatturiera. Analoga natura hanno i servizi di gestione delle relazioni con i clienti utilizzati da alcune banche (*customer relationship management*), forniti da soggetti terzi che richiedono di rendere disponibili i dati dei clienti nell'ambiente. I dati del servizio comprendono tutte le informazioni necessarie per gestire efficacemente le interazioni con i clienti, come il loro indirizzo postale ed e.mail, il numero di telefono, i prodotti e i servizi che acquistano e le relazioni sulle vendite, tra cui i dati aggregati. Questi dati possono quindi includere sia dati personali che non personali dei clienti: COM(2019) 250 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, denominata *Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union*.

fornire servizi sulla base di quei dati⁸⁸.

In altri termini, la libera circolazione dei dati nel mercato unico digitale va bilanciata da un lato con l'interesse dei singoli alla protezione dei propri dati personali per cui l'accesso ai terzi può essere concesso soltanto in conformità al GDPR e, dall'altro, con l'interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti commerciali connessi alla proprietà non del dato, ma di un bene diverso, effetto della rielaborazione o anonimizzazione del dato che, per la sua originalità, è suscettibile di acquisizione a titolo originario.

In questo contesto la teoria del doppio dominio risponde all'esigenza di scambio dei dati, personali e non, quale risorsa collettiva e riutilizzabile nell'obiettivo di creare ricchezza, distinto dal concetto di proprietà esclusiva. Il dominio utile ne consente infatti l'appropriazione non esclusiva, in quanto non funzionale all'accumulo di risorse nell'interesse individuale del proprietario, ma idoneo a generare beni e benefici collettivi. Inoltre, è strutturalmente vincolato alla protezione delle persone: la revoca del consenso, la portabilità o l'esercizio del diritto di opposizione con l'obbligo di cancellazione dei dati personali esprimono un potere estraneo al modello liberale di scambio di risorse e costitutivo di diritti sul bene oggetto di scambio⁸⁹. Diritti che però risulterebbero definiti *ex ante*, mentre il controllo sui dati personali implica una relazione che non si esaurisce con l'effetto traslativo, se è la possibilità di riutilizzare i dati raccolti il tratto qualificante dell'intera operazione economica. Il modello contrattuale è più coerente anche con un potere di vigilanza su eventuali utilizzazioni secondarie del dato. Sulla necessità di recupero dei modelli proprietari precedenti la teorizzazione della proprietà esclusiva per qualificare il modello di circolazione dei dati personali nel progetto di mercato vincolato europeo, a dispetto del libero mercato autoregolamentato americano⁹⁰ o del mercato autoritario cinese sotto il controllo statale⁹¹, è pertanto lecito

⁸⁸ H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity - Implications for Contract Law*, in *ssrn.com*, 3 s.: il *provider*, raccolti e analizzati i dati, offre un servizio che rende accessibile alla controparte, che si limita a usufruirne; se invece i dati vengono ceduti e considerati come bene oggetto di scambio, il loro effettivo utilizzo e le correlate utilità sono usufruite dal destinatario e non dal fornitore del servizio; F. Thouvenin-A. Tamò-Larrieux, *Data Ownership and Data Access Rights. Meaningful Tools for Promoting the European Digital Single Market?*, Cambridge, 2021: per gli Autori il principale ostacolo a tale riconoscimento, il rischio di sottrarre l'incentivo alla raccolta, archiviazione e cura dei dati, potrebbe esser risolto con ricorso a licenze obbligatorie dietro pagamento di un canone adeguato e la rigorosa tutela dei segreti commerciali tramite normative settoriali e diritti di accesso specifici.

⁸⁹ F. Masson, *Quel «modèle propriétaire» pour les données personnelles?*, cit.

⁹⁰ *Computer Software Copyright Act of 1980*; J. Sylvestre Bergé-S. Grumbach-V. Zeno-Zencovich, *The 'Datasphere', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, cit., 159. La protezione delle attività creative e commerciali con tecnologie digitali ha consentito alle imprese l'appropriazione dei dati raccolti con poche limitazioni e costi ridotti.

⁹¹ L'attenzione in Cina al tema del controllo dei dati, della configurazione di diritti di appartenenza e quindi dell'adattamento del paradigma proprietario alle nuove entità immateriali in quanto *asset* protagonista dell'economia digitale, è stato sollecitato dall'insorgere di controversie tra le maggiori *big tech* cinesi ed ha avviato un processo di regolamentazione, allo stato ancora sperimentale e su base locale, nella città di Shenzhen, zona economica speciale creata come laboratorio delle principali riforme e indicata come zona pilota per l'introduzione di un sistema di diritti di proprietà dei dati. Anche in Cina si registra la contrapposizione in dottrina tra l'accezione proprietaria dei dati, propensa ad applicare lo schema dei diritti di uso applicati alla terra e connessi alle specifiche utilità - trasferibili - ricavabili da un bene di esclusiva proprietà pubblica, e la tesi del *bundle of rights* (Wang Liming, *On data rights and interests: from the perspective of bundle of rights*, in *Zhengzhu yu falv* (Political science and law), 7, 2022, 99 ss., il padre delle

dubitare. La concezione proprietaria dei dati mal si concilia con i suoi riflessi identitari e rischia la reificazione della persona. Conclusione non contraddetta dalla disciplina della banca dati, attributiva di diritti di proprietà *sui generis*: bene giuridico non è l'informazione in sé, ma il servizio che acquista autonomia con lo svolgimento dell'attività professionale, al pari del *copyright* a tutela della paternità dell'opera, non oscurata dalla circolazione del bene⁹². La cessione del dato personale è sempre e soltanto in uso, mai traslativa⁹³.

Già con il libero accesso ai dati non personali, di cui al regolamento (UE) 2018/1897, scompare l'accezione proprietaria di utilizzo⁹⁴ per contrastare l'assalto ai dati grezzi generati dalle macchine e dai processi con tecnologie emergenti e la loro privatizzazione secondo il tradizionale schema proprietario con una discutibile equiparazione tra potere di controllo e acquisto a titolo originario. Il valore di scambio e non più di uso dell'informazione negoziata nel mercato globale produceva l'anomalia di un bene immateriale oggetto di diritti esclusivi non supportati da una previsione legislativa, in contrasto con il principio di tipicità dei diritti reali⁹⁵. Per difetto di originalità non

più importanti riforme civilistiche cinesi degli ultimi decenni). Il più recente documento pubblicato nel 2022, *Opinions of the central committee of the communist party of China and the State council on building a data fundamental regime to better exploit the value of the data factor*, individua tre tipologie di dati che dovranno essere oggetto di discipline differenziate: i dati pubblici, i dati delle imprese, i dati personali. Per i dati pubblici, generati da enti pubblici, si prospettano regole specifiche e restrizioni nella circolazione; per i dati delle imprese e personali la disciplina deve promuoverne la circolazione e la condivisione dei benefici economici, salvo il rispetto dei meccanismi di autorizzazione all'uso dei dati che contengono informazioni personali. La legittima acquisizione dei dati implica il diritto a utilizzare e cedere a terzi il diritto di uso, come la possibilità di impedire accessi o utilizzi impropri dei dati detenuti, tutelati dai rimedi della responsabilità civile, o di creare servizi derivati dai dati e negoziabili sul mercato: M. Timoteo, *Alla ricerca di un diritto di proprietà sui dati: la via cinese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2023, 1157 ss.

⁹² Sull'importanza dell'interesse morale del dato secondo il modello europeo, P. Samuelson, *Privacy As Intellectual Property?*, in *Stanford Law Review*, 52(5), 1125 ss., una eccezione nel panorama americano; J. Rothman, *The Inalienable Right of Publicity*, in *Georgetown Law Journal*, 101, 2012, 185; J. Ritter-A. Mayer, *Regulating Data As Property: A New Construct For Moving Forward*, in *Duke Law and Technology Review*, 16, 2018, 221 ss., che inquadrano il trattamento nel copyright, ma ne valorizzano la paternità morale.

⁹³ G. Resta, *I diritti della personalità*, cit., 361 ss.

⁹⁴ Considerando 11, regolamento (UE) 2018/1897: «Per istituire un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione e creare il fondamento per lo sviluppo dell'economia dei dati e il rafforzamento della competitività dell'industria dell'Unione, è necessario stabilire regole giuridiche chiare, complete e prevedibili per il trattamento di dati diversi dai dati personali nel mercato interno. Un approccio basato sui principi che preveda la cooperazione tra gli Stati membri e l'autoregolamentazione dovrebbe garantire un quadro normativo sufficientemente flessibile da poter tener conto dell'evoluzione delle esigenze degli utenti, dei fornitori di servizi e delle autorità nazionali nell'Unione. Onde evitare il rischio di sovrapposizioni con i meccanismi esistenti e, di conseguenza, oneri maggiori sia per gli Stati membri che per le imprese, è opportuno non introdurre norme tecniche dettagliate». Il Regolamento mira a realizzare gli obiettivi elencati dalla Commissione europea: migliorare l'accesso ai dati anonimi generati da macchine; facilitare e incentivare la condivisione dei dati; tutelare gli investimenti e i patrimoni acquisiti; evitare la divulgazione di dati riservati; ridurre al minimo gli effetti di *lock-in*. Sulla necessità di una tutela dei beni immateriali indipendente dalle situazioni di appartenenza, E. Battelli, *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Giust. civ.*, 1, 2022, 49 ss.

⁹⁵ A. Quarta-G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 257; V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, cit., La privatizzazione implica la possibilità di ostacolare la circolazione dei dati tramite lo strumento contrattuale o con soluzioni tecniche, come criptare l'informazione, che diventa accessibile soltanto a chi dispone delle chiavi di decodifica.

è applicabile la normativa in tema di proprietà intellettuale⁹⁶; in assenza di rilevanti investimenti per il suo funzionamento, non rientra nella disciplina sulla banca dati costitutiva del diritto *sui generis*, limitato nel tempo, di vietare l'estrazione e/o il reimpiego dei contenuti o di parte di essi⁹⁷; non rappresenta capitale intellettuale dell'impresa, tutelabile quale segreto commerciale⁹⁸, perché un dato acquisibile simultaneamente da più soggetti non è segreto. Gli schemi proprietari non sono dunque applicabili né al dato messo in circolazione in modo disaggregato e riutilizzato, né ai beni digitalizzati, strutturalmente proiettati alla condivisione⁹⁹. Diversamente per le idee innovative su come utilizzare i dati tramite *software* o sistemi di intelligenza artificiale, capaci di estrarre dai dati informazioni utili alla fruizione di servizi o prodotti.

A maggior ragione, per i dati personali la tutela non può essere reipersecutoria, ma improntata a regole di responsabilità negoziali¹⁰⁰, scollegate dal paradigma dominicale o dallo schema possessorio; diversamente, si esporrebbe il dato personale al rischio di privatizzazione e alla gestione secondo le regole del mercato, che può rendere scarsa una risorsa potenzialmente illimitata. La circolazione del dato personale invero non può essere impedita, ma è assistita da un rigoroso sistema di protezione; può aver luogo anche contro la volontà del titolare, purché nel rispetto della sua identità. La tutela riguarda non il dato in sé, ma in quanto proiezione della persona¹⁰¹.

⁹⁶ Nonostante l'elasticità della nozione "opera protetta", capace di includere varie forme espressive, non implica alcun impegno intellettuale la raccolta di dati con processi automatizzati o tramite sensori dell'*Internet of Things*: T. J. Farkas, *Data Created by the Internet of Things: The New Gold without Ownership*, in *Revista de la Propriedad Immaterial*, 2017, 8 s.; M.L. Montagnani, *Dati e proprietà intellettuale in Europa: dalla "proprietà" all'"accesso"*, in *Dir. economia*, 2020, 549. Contra, A. Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, 111 ss.

⁹⁷ Art. 7, direttiva 96/9/CE, relativa alla tutela giuridica delle banche dati, in G.U. L. 77, 27 marzo 1996, 20, diritto suscettibile di deroghe (art. 9) e soggetto a termine finale dopo quindici anni dal completamento (art. 10) funzionale alla protezione dell'investimento iniziale. Sull'inapplicabilità di tale regime giuridico, G. Di Filippo, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, in *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., 50 s.

⁹⁸ Art. 4, direttiva (UE) 2016/943, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, attuata con d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63, in G.U., 7 giugno 2018, n. 130. Sul riferimento al segreto commerciale, G. Malgieri, *"Ownership" of Customer (Big) Data in the European Union: Quasi-Property as Comparative Solution?* in *Journal of Internet Law*, 20(5), 2016; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 339 ss.

⁹⁹ Sulla difficoltà di qualificazione giuridica secondo i tradizionali schemi proprietari, come la titolarità di un diritto reale come del possesso nell'ambito del contratto atipico di licenza d'uso, G. Pignataro, *Economia sostenibile e nuova funzione sociale della proprietà*, cit., 922 s. e la bibliografia ivi indicata.

¹⁰⁰ Sull'implementazione della *data protection* con strumenti tutela negoziale, S. Sica-V. D'Antonio, *La commodification dei dati personali nella data driven society*, in P. Stanzone (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., 147, che consentirebbero di applicare la disciplina dei vizi del consenso, alterazione del sinallagma contrattuale, nonché la normativa in tema di tutela del consumatore e delle clausole abusive; analogamente, A. Stazi-F. Corrado, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf. informatica*, 2, 2019, 442 ss.: inquadrare lo scambio di dati nell'ambito di un contratto mediante il quale viene fornito un servizio evita i problemi connessi al concetto di proprietà tradizionale, tanto più che il valore economico dei dati è insito nella possibilità di elaborarli.

¹⁰¹ G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., 599 ss. L'Autore sottolinea come la stessa identità può essere mutevole nel tempo: il nome si può cambiare, come può cambiare l'immagine, la psiche, l'orientamento politico, religioso e culturale, ed ora anche il sesso fisico o il *gender*.

L'accesso al dato attribuisce un diritto soggettivo di uso, limitato dalla finalità del trattamento e soggetto alla facoltà di recesso ad *nutum*; la liceità di trattamento dei dati è definita da una serie di clausole generali il cui significato elastico e indeterminato, seppur definito dall'interprete, non mette in crisi la categoria del diritto soggettivo o frustra l'affidamento del beneficiario; l'esercizio del diritto soggettivo di uso può essere più o meno esteso ma non fino all'abuso. Con i sistemi di intelligenza artificiale, specie in presenza di decisioni assunte con l'utilizzo di algoritmi, la trasparenza va declinata in relazione alla connaturata opacità dei sistemi, a salvaguardia della dimensione antropocentrica della regolamentazione europea. Un limite funzionale è rappresentato dalla solidarietà, quale particolare aspetto dell'obbligo di agire secondo correttezza nei rapporti contrattuali, da leggere non come ulteriore evoluzione recessiva dell'autonomia negoziale, ma come limite etico¹⁰². La clausola impone al titolare del trattamento di salvaguardare gli interessi dell'altro contraente al mantenimento della riservatezza. In questo contesto, obbligo accessorio è salvaguardare la personalità dell'individuo che ha consentito l'uso dei propri dati, obbligo che ha titolo nel canone di correttezza e buona fede integrativo di ogni rapporto obbligatorio, cui si conforma l'esigibilità delle condotte, la credibilità dei dati e ogni problema connesso alla promozione della circolazione con il trasferimento di dati a terzi.

In altri termini, il superamento della logica proprietaria consente di evitare che l'uso dei dati e il loro trattamento attraverso algoritmi legittimi posizioni dominanti con la concentrazione di poteri in chi è in grado di sfruttare in modo massiccio le informazioni, rischio di abuso o finalità non etiche. Obiettivo del diritto privato europeo, come in passato della Carta costituzionale, è concorrere all'evoluzione del diritto ma nel rispetto della sua cornice valoriale e delle categorie civilistiche.

La scienza biologica è riuscita persino a cambiare il colore della pelle, così come cambia lo stato di salute. Forse gli unici dati immodificabili sono il dato genetico, l'iride, le impronte digitali, e il dato etnico, che peraltro può apparire solo come dato originario, se la persona si assimila perfettamente in un contesto diverso e perdere i connotati con cui era originariamente classificata.

¹⁰² Si pensi al delicato utilizzo dei dati in modelli predittivi di definizione degli algoritmi e ai rischi connessi se si rivelano deboli o fuorvianti: una previsione sbagliata di malattie gravi, la gestione automatica di operazioni finanziarie, informazioni discriminatorie, provvedimenti limitativi della libertà personale.