



EDITORIALE – 27 NOVEMBRE 2019

# Circolazione dei dati personali e autonomia privata

di Raffaella Messinetti  
Professore ordinario di Diritto privato  
Sapienza – Università di Roma

# Circolazione dei dati personali e autonomia privata<sup>\*</sup>

**di Raffaella Messinetti**

Professore ordinario di Diritto privato  
Sapienza – Università di Roma

**Sommario:** 1. La circolazione dei dati personali nella c.d. infosfera. – 2. I modelli circolatori. L'autodeterminazione informativa. – 3. La circolazione mercantile. – 4. La chiusura del sistema circolatorio. Giudizio di bilanciamento. – 5. Diritto di trattare dati personali altrui e autonomia dell'impresa.

## 1. La circolazione dei dati personali nella c.d. infosfera

La più diffusa definizione della società contemporanea è – come è noto – quella di società dell'informazione. È stato osservato che in questa descrizione non vi sarebbe alcunché di originale e distintivo perché «ogni età è stata un'età dell'informazione» e «i sistemi di comunicazione hanno sempre foggato gli eventi»<sup>(1)</sup>. Secondo un'altra interpretazione se, per un verso, l'espressione «storia» può essere considerata un sinonimo di età dell'informazione<sup>(2)</sup>, per l'altro, le caratteristiche della società contemporanea come società dell'informazione sarebbero invece inedite; correlate a un'idea «rivoluzionaria» già inverata in larga parte nella prassi: «ciò che è reale è informazionale e ciò che è informazionale è reale»<sup>(3)</sup>. Questa corrispondenza definirebbe un connotato fondamentale della contemporaneità; l'effetto di una nuova rivoluzione scientifica (la quarta) nella storia dell'umanità. In questa narrazione l'espressione rivoluzione risalta in una doppia comunicazione: segnalare, da un lato, che per la prima volta nella storia «il progresso e il benessere dell'umanità sono non soltanto collegati a, ma soprattutto dipendenti dall'efficace ed efficiente gestione del ciclo di vita dell'informazione»<sup>(4)</sup>; dall'altro, che è in atto una radicale trasformazione del modo in cui gli esseri umani vedono e pensano se stessi e il mondo in cui vivono, a partire da una nuova dimensione della vita: il *world wide web*.

---

\* Il tema ha sollecitato, tra l'altro, le riflessioni raccolte in un saggio pubblicato nel volume collettaneo *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Nadia Zorzi, Milano, 2019, p. 137.

(1) DARNTON, *L'età dell'informazione. Una guida non convenzionale al Settecento*, Milano, 2007, p. 41 ss.

(2) FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, p. 3.

(3) FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., p. 45 ss.

(4) FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., p. 3.

L'artefice di questa “grande trasformazione” è la tecnica <sup>(5)</sup>: le ICT, specificamente, starebbero operando come agenti capaci di ri-creare e re-interpretare la realtà in modo autoreferenziale. Con altre parole: le ICT sarebbero non meri strumenti di comunicazione ma agenti di ri-concettualizzazione della nostra ontologia in termini conformi al loro codice: quello informazionale <sup>(6)</sup>. «*Infor*» e «infosfera» sono le nuove parole coniate per adeguare la comunicazione alla nuova realtà e denotare la natura informazionale sia dell'essere umano sia dell'ambiente digitale; un ambiente che l'uomo abita insieme ad altri agenti informativi, senza occuparne il centro <sup>(7)</sup>.

È evidente, in questa prospettiva, che la circolazione delle informazioni individui il modo stesso del funzionamento del mondo e che, di conseguenza, la libera circolazione delle informazioni costituisca la condizione “naturale” dell'infosfera; una condizione necessaria al funzionamento e alla riproduzione della società digitale.

Questa “evidenza” si trova riprodotta nel sistema del GDPR, conformando un aspetto cruciale del contesto ermeneutico in cui il discorso precettivo del legislatore europeo trova compimento.

Nell'impianto del GDPR la libera circolazione delle informazioni personali risulta funzionale alla realizzazione di una multiforme varietà di interessi dell'individuo e della collettività, di natura sia pubblicistica sia privatistica. Una pluralità che il sintagma «libera circolazione delle informazioni personali» riassume lasciando tipologicamente indistinta <sup>(8)</sup>; con altre parole: l'espressione suddetta non comunica di per sé quali siano gli interessi che, in concreto, possono entrare in conflitto con la sfera giuridica del titolare dei dati personali. Ciò manifesta un connotato distintivo della libera circolazione dei

---

<sup>(5)</sup> Come è stato osservato da HEIDEGGER, *Saggi e discorsi*, Milano, 1991, p. 19 ss., il dominio della tecnica è una delle forme con cui la contemporaneità presenta il proprio carattere originale. A differenza di quanto avveniva nell'età classica, dove la tecnica (*techné*) operava in stretto connubio con la creatività (*poiesis*) dell'individuo, nell'età contemporanea, l'apparato tecnologico (*Gestell*) si connota per il metodo impositivo. La civiltà della tecnica non si limita più a produrre strumenti di lavoro, ma diviene essa stessa metodologia di lavoro: il criterio discriminante si slega dall'azione individuale per isolarsi a mera efficacia impositiva. Di qui, il passo al dominio dell'economia come fenomeno dell'apparato tecnologico è breve: basando la propria capacità di affermazione su quell'astratto universale che è il numero e avendo così l'economia ridotto a entità misurabile ogni bene esistente o producibile, il luogo dove l'apparato tecnico-economico trova la sua sintesi - il mercato - diviene fulcro della metodologia impositiva: del *Gestell*. L'affermazione di Marx per cui il dominio del capitalismo avrebbe trovato un'estensione prima inimmaginabile grazie all'apparato economico ha trovato tardiva ragione. La letteratura sul tema è sterminata: in relazione ai profili accolti per questa riflessione, d'obbligo il rinvio a SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 2008; IRTI e SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

<sup>(6)</sup> FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009, p. 185 ss.

<sup>(7)</sup> Nella costruzione di Luciano Floridi è questo il senso nucleare della «IV rivoluzione» come rivoluzione della percezione che l'uomo ha di sé.

<sup>(8)</sup> Precisa giustamente BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, p. 57 - 58, che l'espressione «libera circolazione dei dati personali» non va intesa in senso letterale ma come sineddoche, comprensiva di tutte le operazioni di trattamento; il riferimento linguistico al momento circolatorio vuole sottolinearne «la dimensione ritenuta più significativa per il soddisfacimento degli obiettivi europei, in funzione sia del processo di integrazione affrontato dall'UE, sia della realizzazione del mercato unico».

dati quale obiettivo strategico del GDPR: non è un fine ma un mezzo per l'unico fine: il mercato <sup>(9)</sup>. È - questo - un carattere comune a tutte le libertà costituenti i “pilastri” dell'Unione Europea.

Come la letteratura scientifica- non soltanto giuridica - ha conclusivamente spiegato, questa peculiare relazione funzionale è espressione del codice costitutivo della modernità e della sua perdurante validità: l'egemonia dell'economia e della sua ragione tecnica e strumentale. Con altre parole: il primato dei mezzi sui fini; «l'obiettivo di soddisfare il maggior numero possibile di bisogni economici della maggioranza possibile di cittadini tramite lo sviluppo della tecnica» <sup>(10)</sup> e l'illusione tecnologica che la «produzione per la produzione» porta con sé: che la crescita infinita e indefinita dei mezzi consenta la realizzazione di tutti gli scopi <sup>(11)</sup>.

Restringendo l'attenzione al piano dei rapporti inter-privati, risalta subito che la libera circolazione delle informazioni personali intercetta principi fondamentali del diritto comunitario individuando contesti essenziali per lo sviluppo e l'esplicazione della personalità dell'uomo: quello della libertà di espressione del proprio pensiero e di informazione e quello delle libertà economiche ne sono chiaro esempio. Quest'ultimo è - a mio avviso - il contesto in cui ricercare il senso di un nuovo potere soggettivo che il diritto europeo avrebbe coniato: il diritto al trattamento dei dati personali altrui <sup>(12)</sup>. Come è stato già osservato dalla letteratura scientifica più recente, una posizione logicamente implicata dal diritto fondamentale alla protezione dei propri dati personali avrebbe ora conseguito, in virtù del GDPR, una configurazione puntuale e definita nella grammatica delle forme giuridiche della protezione degli interessi <sup>(13)</sup>. Sarebbe - questa - la risposta del diritto europeo alle domande di tutela che provengono dalla “nuova” prassi del mondo vitale profondamente modificata per effetto delle ICT. Il diritto europeo avrebbe, da un lato, assecondato una innovazione tecnologica della prassi economica: l'inserimento delle informazioni costituite dai dati personali all'interno dell'organizzazione produttiva; dall'altro lato, avrebbe fatto proprio un obiettivo essenziale all'economia di mercato nel tempo della globalizzazione: favorire lo sviluppo dell'economia digitale.

---

<sup>(9)</sup> P. BARCELLONA, *Il capitale come puro spirito. Un fantasma si aggira per il mondo*, Roma, 1990, p. 18 - 19.

<sup>(10)</sup> P. BARCELLONA, *Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, p. 195.

<sup>(11)</sup> Secondo POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 1974, p. 54, con la rivoluzione industriale si è diffuso un «credo completamente materialista»; l'idea che «tutti i problemi umani potessero essere risolti per mezzo di una quantità illimitata di beni materiali»; ANDERS, *L'uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Torino, 1992, II, p. 338 ss. Sulla funzione totalizzante del mercato, decisiva e insuperata per il pensiero giuridico è l'opera di P. BARCELLONA, con particolare riferimento a: *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987; ID., *L'egoismo maturo e la follia del capitale*, Torino, 1988, ID., *Il capitale come puro spirito*, cit.; ID., *Il declino dello stato*, cit.; ID., *L'individuo e la comunità*, Roma, 2000.

<sup>(12)</sup> L'attenta riflessione di BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali*, cit., si propone l'obiettivo di colmare una lacuna nella letteratura giuridica: la mancanza di una indagine sistematica sul «diritto a trattare dati personali altrui».

<sup>(13)</sup> BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali altrui*, cit., p. 57 ss.

Alla base di questa operazione del diritto europeo vi è la presa d'atto di un nuovo dato della realtà: la natura «informazionale» dell'identità individuale <sup>(14)</sup>. La scienza giuridica ha rilevato da tempo la complessità dei processi di costruzione della identità personale nella società della comunicazione digitale; processi «separati dall'individuo», consegnati alla potenza computazionale dell'apparato tecnologico e al suo codice statistico-informatico: è la macchina che ricompone l'identità della persona «frantumata» nella molteplicità dei suoi dati reperibili nei vari luoghi della comunicazione sociale. In questa stessa prospettiva, la natura informazionale dell'individuo presuppone chiaramente un fenomeno di “oggettivazione informatica” dell'identità funzionale alla inclusione dell'individuo nell'apparato tecnologico che «avvolge» il mondo. Con altre parole: la riduzione dell'uomo a dati operazionali/ *input* per la macchina - cioè la sua processabilità - è condizione necessaria sia del riconoscimento dell'uomo da parte del sistema sia del funzionamento del sistema. La libera circolazione dei dati personali, in questo contesto, si manifesta *medium* coniato dal diritto per assecondare la transizione ad un nuovo ordine della società dell'informazione: il governo statistico della realtà.

La rivoluzione antropologica ed epistemologica che le ICT avrebbero realizzato disvelando la natura informazione dell'identità dell'uomo, ridimensionandone, di conseguenza, la posizione nell'universo digitale <sup>(15)</sup>, definisce così, nell'attualità, il compimento (approdo) di un processo storico radicato nella modernità: l'istituzione della tecnica quale soggetto forte dell'ordine sociale contemporaneo e la riduzione dell'uomo a materia prima del processo tecnologico <sup>(16)</sup>.

È questo lo scenario in cui riflettere sull'operazione strategica realizzata dal diritto europeo coniato il diritto al trattamento dei dati personali altrui. Qui risulta chiaro che, assecondando i processi economici e tecnologici, il diritto europeo non ha segnato nessuna vera discontinuità né nella linea della sua storia, né in quella del diritto privato espresso dalla produzione culturale della modernità occidentale: ha soltanto regolato l'evoluzione del sistema per adeguarlo alla nuova complessità della digitalizzazione del mondo e della globalizzazione dell'economia <sup>(17)</sup>. Con altre parole: il diritto ha apportato gli aggiornamenti necessari alla riproduzione della sua ragione tecnica fondamentale: l'autonomia dell'economia e la sua egemonia sulle altre sfere della vita sociale <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> FLORIDI, *Infosfera*, cit., p. 185 ss.

<sup>(15)</sup> FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., p. 99 ss.

<sup>(16)</sup> ANDERS, *L'uomo è antiquato*, cit., in particolare, p. 99 ss.

<sup>(17)</sup> M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di SALVI, Torino, 2012, p. 155 ss.

<sup>(18)</sup> L'analisi più chiara del nesso tra la separazione della politica dall'economia e la subordinazione di tutta la società ai bisogni del mercato è ancora quella di POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., ID., *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, Milano, 2013. Per le declinazioni di questi fenomeni nel diritto privato, fondamentali e insuperate le opere di P. BARCELLONA citate *retro*, in nota 11, e di GALGANO, con particolare riferimento a: *Lex mercatoria*, V ed., Bologna, 2010; ID., *Nazioni senza ricchezza e ricchezza senza nazioni*, Bologna, 1993, ID., *La globalizzazione nello*

Questo il *medium* dell'operazione: riaffermare il valore dell'autonomia privata come principio fondamentale di conformazione e organizzazione del sistema, ma ri-declinarne il senso nel linguaggio della globalizzazione e della sua strategia di semplificazione del mondo (il mercato unico) nonché della rivoluzione informatica e del suo codice di accesso al mondo (l'informazione) <sup>(19)</sup>.

## 2. I modelli circolatori. L'autodeterminazione informativa

Come abbiamo visto, nel modello informazionale della realtà coniato dalle ICT la libera circolazione delle informazioni costituisce una condizione tanto naturale quanto necessaria del funzionamento del mondo. È questa la prospettiva che dà il senso dell'operazione realizzata con l'art. 6 GDPR: la definizione di una pluralità di condizioni di liceità/possibilità giuridica del trattamento di dati personali altrui diverse e indipendenti dal consenso - come autodeterminazione informativa - del soggetto titolare dei dati personali, nonché la sostanziale residualità di quest'ultimo anche sul piano delle relazioni tra privati.

Per dipanare le fila di questa interpretazione, occorre partire dalla comunicazione affidata dal legislatore europeo all'espressione «condizioni di liceità» del trattamento dei dati personali. Questo sintagma non costituisce una novità per l'interprete, essendo già presente nella dir. 95/46 CE. Invero, la individuazione della tecnologia giuridica implicata dall'espressione è stata oggetto di un dibattito tanto acceso quanto noto; ci sarà sufficiente richiamarne qualche tratto per realizzare due obiettivi: comprendere il modo in cui il diritto europeo "vede" il problema del conflitto tra l'istanza rivolta alla circolazione delle informazioni e quella contrapposta; verificare l'equivalenza funzionale che - almeno a prima vista - allinea il consenso dell'interessato agli altri presupposti di liceità del trattamento di dati personali altrui.

Un'autorevole dottrina ha sostenuto che il riferimento a «condizioni di liceità» evocherebbe una ragione tecnica specifica e la sua funzionalità sistemica: "relativizzare" il divieto di interferenze lesive negli spazi di autodeterminazione dell'identità personale <sup>(20)</sup>. Questa prospettiva non soltanto delinea nettamente il

---

*specchio del diritto*, cit., ID., *Trattato di diritto civile*, 3ª ed. curata e aggiornata da Zorzi Galgano, Milano, 2014; F. CORRADO - A. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. Inf.*, 2019, p. 443.

<sup>(19)</sup> P. BARCELLONA, *Il declino dello stato*, cit., p. 235: «Non è fantascientifica l'ipotesi che il codice informatico (e il processo di auto innovazione determinato dall'applicazione della tecnica alla tecnica) possa risolversi in un divieto di accesso di tutto ciò che non è riconducibile al programma cibernetico, così come non è un mero futuribile l'ipotesi che il criterio di giustizia si risolva in un'analisi dei costi e benefici e, in definitiva, in un calcolo statistico delle convenienze economiche».

<sup>(20)</sup> D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss., p. 351: «L'originaria forma di potere reattivo, che tutela la persona nella forma della riservatezza, si struttura su una regola che è finalizzata a precludere indeterminatamente l'accesso alla conoscenza dei dati personali e alla trasmissione di essa ad altri soggetti. Il consenso dell'interessato costruisce e conforma la propria sfera di identità in modo da relativizzare l'operatività del dovere di rispetto (*neminem laedere*). Ossia, fa in modo che tale forma di dovere non operi nei confronti dei soggetti (o del soggetto) in favore dei quali si è espressa l'efficacia autorizzativa del consenso. Nel linguaggio normativo, l'effetto autorizzativo di un'azione significa che, secondo la

campo degli interessi rilevanti: la dimensione dell'esistenzialità dell'uomo, dell'esplicazione e dispiegamento della sua personalità; ma soprattutto evidenzia la natura essenzialmente comunicativa del tipo di problema che la persona prospetta sul piano del diritto <sup>(21)</sup>. Sono questi, infatti, i due profili essenziali alla comprensione del senso che la persona incorpora nell'ordine giuridico della realtà. Il primo: la personalità dell'uomo (secondo la norma dell'art. 2 Cost.) si attua nella dimensione della libertà e si svolge in virtù di un potere generale e fondamentale: autodeterminare il proprio modo di essere sia nella privatezza delle scelte esistenziali sia nei contesti della relazionalità sociale; il secondo: la persona si manifesta nel sistema normativo esprimendo una logica propria e autonoma, nel cui ambito il tipo di problema che essa pone al diritto si configura così: proteggere la dimensione dell'esistenzialità da qualunque forma di intromissione non autorizzata <sup>(22)</sup>. Il c.d. diritto alla *privacy* - nelle sue due «anime» <sup>(23)</sup> - emerge chiaramente come riferimento fondamentale per rispondere alla domanda del sistema giuridico: come tutelare la persona umana nella società dell'informazione <sup>(24)</sup>?

La sua significatività si fa più forte nel tempo della rivoluzione informatica, alla stregua della natura informazionale che la persona umana ha assunto nella società tecnologica della contemporaneità. Se ne manifesta il carattere «autofondativo»: se «noi siamo le nostre informazioni», «tutto ciò che è fatto alle nostre informazioni è fatto a noi e non a ciò che possediamo» <sup>(25)</sup>.

---

valutazione in termini di lecito/illecito o permesso/vietato, l'azione prima vietata diviene poi permessa. Il che comporta che la sfera di ciò che è consentito si colleghi a un potere di controllo del soggetto che ha la finalità di valutare a posteriori la corrispondenza dell'azione alla sua identità personale».

<sup>(21)</sup> D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*, cit., p. 185: «La struttura cognitiva della persona, in quanto valore normativo, è data dal modello dell'identità. Sotto questo riguardo, i significati proposizionali del termine identità, ben analizzati, individuano un contesto formale, nel quale solo la prassi linguistica fa sorgere la supposizione che essi indicano l'oggetto della tutela e, in questa prospettiva, anche differenti possibili oggetti. In realtà, il senso comunicativo proprio della suddetta espressione trascende ogni riferimento al tipo di situazione oggetto della tutela, ma riproduce piuttosto la forza di negazione (insita nel dovere giuridico di rispetto) di ogni comportamento altrui aggressivo e, come tale, innovativo nella dimensione della logica dell'identità».

<sup>(22)</sup> D. MESSINETTI, voce *Personalità* (diritti della), in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 359 ss.

<sup>(23)</sup> RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 19 ss.

<sup>(24)</sup> D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 364: «Il termine riservatezza, a ben guardare, non individua uno specifico interesse sostanziale; è, al contrario, un elemento formale (e perciò permanente) che individua il modo di proporsi all'esterno della persona. Tale elemento fondamentale si riassume in dispositivi di coercizione contro ogni violazione e aggressione nei confronti della sfera di identità, nella forma che viene definita dallo stesso soggetto. Linguisticamente il termine identità include l'idea di immutabilità e, conseguentemente, di riservatezza. Si può dire che, in quanto elemento formale, la riservatezza esprime, relativamente alla persona, lo stesso valore che, riguardo ai beni, rappresenta nella comunicazione giuridica il concetto di esclusività». Sul tema vedi, in epoca più recente, M.F. RUSSO, *Diritti fondamentali della persona, utilità sociale e benessere collettivo*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2017; A. GAMBINO, *Dignità umana e mercato digitale*, in *Il mercato unico digitale* a cura di Contaldi, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2017.

<sup>(25)</sup> FLORIDI, *Infosfera*, cit., p. 148. Questa ricostruzione offre rimedio all'inidoneità del modello proprietario a comprendere e gestire la relazione tra l'individuo e i dati personali che lo riguardano. Un *deficit* – questo – che si manifesta con riguardo sia al tema del controllo della persona sulla propria identità, sia a quello dello sfruttamento

Diviene più chiaro - con altre parole - che la *privacy* è strumento di tutela dell'identità personale. Si individua così anche un vincolo logico per definire una prima conclusione del nostro discorso: la lettura del conflitto *ex art. 6* non può non essere coerente con «la natura informazionale dei nostri sé e delle nostre relazioni come *inforz*<sup>(26)</sup>». Possiamo dire, perciò, che all'istanza circolatoria si contrappone quella di *privacy* quale fondamentale tecnologia giuridica di tutela della identità personale nella società della comunicazione<sup>(27)</sup>.

La riflessione sul modello funzionale dei presupposti di liceità del trattamento sottolinea, in una prospettiva parzialmente diversa, come ad essere «rimosso (relativamente)» dai presupposti medesimi sarebbe il nucleo del divieto più generale, posto a tutela dell'individuo e della sua posizione di libertà: quello di interferire nella sfera giuridica altrui senza il consenso dell'interessato<sup>(28)</sup>. È - questo - il principio essenziale che ha conformato l'identità del diritto (privato) della modernità, segnandone la rivoluzionaria discontinuità con il passato per tutelare l'individuo - e la sua "nuova" posizione nel mondo - dal potere arbitrario. Si tratta di un riferimento non occasionale: la regolazione della circolazione giuridica delle informazioni è disciplina giuridica dei rapporti di potere che si istituiscono nella società digitale<sup>(29)</sup>. Da questo profilo viene offerto un nuovo indizio del ridimensionamento del ruolo del consenso nella fenomenologia della circolazione giuridica dei dati personali<sup>(30)</sup>. Infatti, come vedremo in seguito, al

---

economico dei dati in virtù di un fatto: la irriducibilità allo schema proprietario dei processi comunicativi in cui le funzionalità dei dati personali trovano necessaria espressione nella società dell'informazione digitale.

Questo discorso, nel primo profilo, fa eco a un assunto largamente condiviso nella letteratura giuridica non solo italiana: il modello dominicale è disfunzionale rispetto alle esigenze di formalizzazione giuridica degli interessi esistenziali della persona umana. È una questione largamente esplorata dalla dottrina, che riguarda non tanto la incommensurabilità dell'essere e la sua inconvertibilità quantitativa e monetaria, quanto piuttosto le domande che la persona rivolge al diritto e perciò le modalità con cui interpella le sue logiche e le sue categorie. Riferimento fondamentale è l'opera di D. MESSINETTI, *Personalità* (diritti della), cit., p. 359 ss. All'esito di un'analisi teoretica tuttora insuperata, l'illustre autore ha disvelato un problema più radicale: l'inidoneità (non meramente del diritto di proprietà ma) della categoria del diritto soggettivo ad ordinare la dimensione dell'esistenzialità in cui si esprime il *proprium* della persona umana come valore normativo. Ciò ha una ragione: il concetto di diritto soggettivo, nella sua struttura formale, viene costruito nel riferimento archetipico alla proprietà e perciò include procedure funzionali alla soluzione dei problemi normativi che attengono all'attribuzione e allo sfruttamento dei beni economici. In particolare, per l'inidoneità del modello proprietario rispetto alle istanze espresse dalle due diverse anime della *privacy*, sono conclusive le riflessioni di Stefano Rodotà - ripetutamente richiamate in queste pagine.

<sup>(26)</sup> FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., p.109.

<sup>(27)</sup> D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 339 ss.

<sup>(28)</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, in particolare p. 197 ss.; *Il declino dello stato*, cit., p. 28 ss.

<sup>(29)</sup> RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, p. 164 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 327 ss.

<sup>(30)</sup> Non potrebbe essere più evidente il contrasto con l'art. 11, comma 1, - ora abrogato - del c.d. Codice della *privacy* italiano, secondo cui: «il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso dell'interessato».

ridimensionamento della volontà del titolare dei dati personali fa da contrappunto il rafforzamento di un potere del titolare del trattamento: il diritto - appunto - di trattare i dati personali altrui.

È sufficiente un rapido sguardo all'insieme delle situazioni descritte dell'art. 6<sup>(31)</sup> per rilevare l'equivalenza funzionale che il regolamento istituisce tra il consenso dell'interessato e gli altri presupposti di liceità del trattamento di dati personali altrui<sup>(32)</sup>. Il primo elemento che si pone in luce è la disomogeneità delle situazioni che costituiscono «base legittima» del trattamento di dati personali altrui. Ciò riguarda non tanto la natura degli interessi in gioco: profilo - questo - in cui le situazioni appaiono tratteggiate dalla disposizione regolamentare in modo astratto; quanto, piuttosto, il tipo di ragionamento e quindi la tecnologia giuridica specificamente implicati nelle diverse ipotesi di prevalenza della ragione circolatoria su quella contrapposta.

Nel nostro discorso è opportuno limitare l'attenzione alle condizioni più rilevanti sul piano dei rapporti interprivati:

a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità (C42, C43);

---

<sup>(31)</sup> «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità (C42, C43); b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (C44); c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (C45); d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (C46); e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (C45, C46); f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (C47-C50).

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti».

<sup>(32)</sup> Il sistema del GDPR conduce a stemperare sul piano pragmatico la portata del dibattito sulla natura giuridica del consenso ed i suoi effetti come presupposto di liceità del trattamento (ma già precedentemente ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Roma, 1998, p. 90). Non si tratta tanto di accettare la debolezza teorica del discorso giuridico europeo (S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 14 - 15), quanto piuttosto di ricostruirlo in virtù di due ragioni cardinali: la non assolutezza dei diritti fondamentali (e quindi anche del diritto all'autodeterminazione informativa) e l'equivalenza funzionale tra il consenso e le altre «condizioni di liceità» del trattamento. I due aspetti sono legati: proprio perché il diritto all'autodeterminazione della persona non è assoluto ma può cedere il passo ad altri interessi fondamentali, prevalenti secondo il criterio di organizzazione normativamente stabilito (il c.d. criterio di gerarchizzazione relativa), la volontà del suo titolare non può costituire l'unica istanza capace di regolare la circolazione dei dati. Detto altrimenti: nelle condizioni in cui a prevalere è un principio altro e diverso dalla tutela della persona/titolare dei dati, è ovvio che il presupposto di liceità del trattamento debba essere altro e diverso dalla volontà della persona/titolare dei dati. Proprio perché il diritto della persona non è assoluto, il divieto di intromissione nella sua sfera può essere rimosso non solo dalla volontà della persona medesima ma anche dalla legge. Il problema allora non è stabilire la natura del consenso ma determinare quale sia, specificamente, la fattispecie in cui il consenso funziona come presupposto esclusivo di liceità del trattamento.

b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (C44;)

f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (C47-C50).

Nella situazione definita dalla lett. a), la possibilità giuridica del trattamento di dati personali altrui è l'esito di una libera scelta del titolare dei dati medesimi: il consenso autorizzativo del titolare dei dati; un atto di esercizio del potere di autodeterminazione della persona rispetto a finalità del trattamento specificamente individuate.

La disposizione in esame prevede espressamente la libera revocabilità del consenso: una caratteristica decisiva per individuare il doppio significato che la manifestazione di volontà del titolare dei dati personali, come autodeterminazione informativa, esprime sia nel "microsistema" dei presupposti di liceità della circolazione giuridica delle informazioni personali incentrato sull'art. 6, sia nell'intero sistema del GDPR. Il primo: nella situazione definita dalla norma in esame, la revocabilità è una prerogativa connaturata alla posizione di libertà che l'individuo riveste rispetto alla sfera esplicativa della sua personalità. Il punto importante è questo: sia il consenso "autorizzativo" sia la sua revoca costituiscono effetti di un medesimo potere della persona: costruire la propria sfera privata e configurare la propria identità attraverso i processi comunicativi della prassi sociale<sup>(33)</sup>. Come si è detto, ad essere chiamato in causa è un aspetto specifico dell'autonomia dei privati: l'autodeterminazione informativa - non l'autonomia contrattuale<sup>(34)</sup>. Nella peculiare situazione presupposta dalla norma in esame, questo potere è, in certo senso, sovrano: la regola della circolazione dei dati personali è frutto di una decisione libera e autoreferenziale del titolare dei dati medesimi.

Il secondo: la libera revocabilità del consenso è chiaro indice del carattere residuale che il consenso autorizzativo esprime, nel contesto complessivo dell'art. 6, quale fondamento di legittimazione del trattamento dei dati personali altrui. Una correlazione - quella tra revocabilità del consenso e residualità del medesimo - evidenziata dall'interpretazione logico-sistematica in virtù del circolo ermeneutico incluso nell'art. 6: il significato della norma *ex* lett. a), per un verso, si definisce nel contesto complessivo dell'art. 6; per l'altro, è esso stesso decisivo per ricostruire la logica del contesto come sistema dei presupposti di liceità della circolazione dei dati personali. Questa la conseguenza: la volontà della persona fisica/titolare dei dati personali è riconosciuta dal diritto come regola esclusiva e conclusiva della circolazione dei dati

<sup>(33)</sup> D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 173 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 339 ss.

<sup>(34)</sup> D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 353 ss.

personali, governandone autonomamente la liceità (la vigenza del divieto di interferire nella sfera espressiva dell'identità personale), ad una condizione: che nella fattispecie concreta non ricorra nessun'altra delle situazioni descritte dall'art. 6. Ciò significa - da un punto di vista sostanziale - che il tipo di situazione considerato dalla lett. a) si caratterizza per l'assenza di ragioni eteronome rispetto al titolare dei dati personali, capaci di opporsi e controbilanciare quelle espresse da quest'ultimo<sup>(35)</sup>.

I due aspetti sono correlati: la residualità del consenso rinvia al carattere non assoluto che il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione informativa riveste nel sistema del diritto europeo; cioè alla sua bilanciabilità con altri principi fondamentali<sup>(36)</sup>. È ovvia conseguenza che questo diritto possa governare da solo ed *ex ante* la liceità del trattamento nella sola misura in cui, nella preelutazione normativa del caso concreto, non entri in conflitto con altri principi fondamentali dell'ordinamento (ciò che accade nell'ipotesi dell'art. 6, lett. a).

Questa affermazione trova gli elementi della sua verifica da due differenti profili: il primo - generale - è la teoria dei diritti fondamentali; il secondo - specifico - è il microsistema istituito dall'art. 6 e la sua logica organizzativa. Il primo rammenta che negli ordinamenti costituzionali e democratici delle società pluraliste la tavola dei valori fondamentali non contiene posizioni assolute<sup>(37)</sup>: capaci, cioè, di prevalere le une sulle altre in modo astratto - prima e al fuori di ponderazioni effettuate sulle peculiari circostanze dei casi concreti.

Dal secondo emerge chiaramente che se la decisione unilaterale della persona è conclusiva nell'ipotesi della lettera a) mentre non lo è in tutte le altre situazioni individuate dall'art. 6, ciò ha un significato univoco: la prima situazione (lett. a) è diversa e non sovrapponibile a nessuna delle altre<sup>(38)</sup>. Diversamente

---

<sup>(35)</sup> D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 354: «Mancando pertanto ogni aspetto di relazionalità, è chiaro che non sussiste il presupposto che è necessario perché si possa riconoscere ai comportamenti soggettivi un contenuto dispositivo di carattere negoziale»

<sup>(36)</sup> BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali*, cit., 61 s., osserva come le condizioni di liceità del consenso funzionino da «meccanismi di selezione (e bilanciamento)» degli interessi che l'ordinamento ha inteso tutelare.

<sup>(37)</sup> Chiarissimi riferimenti in G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 284 s.: «La composizione dei principi non è ordinata da una gerarchia prestabilita in astratto. Se così fosse, la Costituzione sarebbe un testo chiuso, incompatibile con le esigenze di una società pluralista, aperta a sempre nuove combinazioni delle risposte alle domande concrete del vivere comune». Secondo l'illustre autore: «Il diritto costituzionale del pluralismo incorpora un metaprinzipio, inespresso ma implicito, che abbraccia tutti gli altri principi. Lo si può riassumere nell'immagine della "tolleranza tra principi", espressione che è la sintesi di queste due proposizioni: nessun principio può avanzare la pretesa di valere fino al punto di annullare gli altri; tra i principi deve essere cercata e ricercata una formula di composizione o, se non è possibile, almeno di convivenza. Questo metaprinzipio può essere definito la Grundnorm, la norma fondamentale, dello Stato costituzionale pluralista» (p. 281 - 282). ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p.127 ss.

<sup>(38)</sup> Il ridimensionamento del ruolo del titolare dei dati personali nella determinazione delle regole del trattamento è chiaramente evidenziato e ricostruito sia nel diritto positivo sia nella prassi da BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 17 ss. In tema vedi, anche, E. CALZOLAIO, *Il regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: spunti ricostruttivi e profili problematici*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2017, p. 331.

la differenziazione effettuata dall'art. 6 sarebbe insensata, e l'alternativa tra revocabilità e irrevocabilità del consenso in un medesimo contesto situazionale sarebbe contraddittoria. Entrambe queste ipotesi - quella di una differenziazione normativamente inutile e quella della contraddizione tra due diverse e tra loro incompatibili soluzioni normative di uno stesso problema - sono sistematicamente inammissibili.

### 3. La circolazione mercantile

Il *favor* normativo per l'autonomia privata, per la sua funzione di impulso alla macchina economica e alla circolazione della ricchezza è alla radice della disposizione di cui alla lett. b) dell'art. 6, secondo cui il trattamento è lecito se sia «necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso» (C44).

La prima parte della norma individua una ragione capace di giustificare il successo dell'istanza circolatoria dei dati personali - legittimando l'intromissione nella sfera altrui - nel vincolo di necessità che in concreto colleghi il trattamento dei dati alla esecuzione dell'operazione economica programmata con il contratto. Più chiaramente: gli interessi rivolti al trattamento dei dati personali prevalgono su quelli opposti se e nella misura in cui il trattamento dei dati costituisca uno strumento necessario per attuare il programma negoziale.

La ragioni di questa scelta normativa fanno evidente rinvio all'autonomia contrattuale e alla tutela della sua effettività. È univoco, in questo senso, l'effetto pragmatico della prevalenza dell'istanza circolatoria su quelle eventualmente contrapposte, mediato dal vincolo di necessità: proteggere l'esecuzione dell'operazione contrattuale. Il risultato della scelta normativa è, infatti - con altre parole: proteggere in virtù dell'esecuzione la (possibilità di) realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalle parti (il titolare dei dati personali e il titolare del trattamento).

Da questo punto di vista, la coalescenza tra contratto e volontà propone quasi *naturaliter* una lettura della soluzione del problema in esame in termini consensualistici: nella situazione "segnalata" dal vincolo di necessità, il diritto recupera e fa propria la soluzione del conflitto insita nell'atto di autonomia dei privati quale regola autodeterminata proprio per la composizione cooperativa dei propri interessi. Come dire, in certo senso, che la conclusione di un programma negoziale, in virtù della sua precettività, comporta di per sé un sacrificio della *privacy* nella misura richiesta dall'esecuzione del programma medesimo. Il problema fondamentale allora è quello di ricostruire esattamente la regola anche nel suo contenuto implicito secondo vincoli di necessità logica rispetto al significato dell'operazione economica; rispetto cioè alla sua funzione economico-individuale oggettivata nel contenuto dell'accordo.

Differentemente dall'ipotesi della lett. a), in quella in esame il presupposto di liceità del trattamento non è una manifestazione unilaterale della volontà del titolare dei dati - il suo consenso autorizzativo - ma è

l'accordo delle parti. Ne derivano due conseguenze collegate: la vincolatività del programma negoziale preclude *naturaliter* la revocabilità del consenso (che - ovviamente - non sia stata specificamente negoziata); il titolare del trattamento acquisisce stabilmente un potere specifico: processare i dati personali della controparte e trarne profitto <sup>(39)</sup>.

Possiamo trarne una prima conclusione: alle condizioni presupposte dalla norma in esame il problema del conflitto è risolto dal diritto europeo in favore dell'autonomia privata, nella forma dell'autonomia contrattuale, nel suo doppio significato di principio costitutivo del sistema <sup>(40)</sup>. Questo il primo: fatto salvo il rispetto delle regole del gioco, il diritto "vuole" ciò che le parti hanno voluto. Ciò perché l'economia è un «fatto dei privati», nel quale il diritto interviene per garantire, con la sua efficienza, la stabilità del sistema. Sotto questo profilo la norma sanziona - nel senso sopra precisato - la regola costruita dalle parti.

Il secondo significato del principio di autonomia ad essere inverato è il seguente: il carattere privato dei processi di creazione e circolazione della ricchezza, in virtù del calcolo delle convenienze individuali e del libero incontro sul mercato <sup>(41)</sup>. Da questo profilo, il *favor* normativo per l'attuazione del contratto manifesta una scelta coerente con l'identità del sistema e la sua intenzionalità; l'obiettivo finale del GDPR è, infatti, lo sviluppo dell'economia digitale. Perciò la volontà dei privati è richiamata alla coerenza a partire da una scelta politica di favore per la circolazione della ricchezza: è scontato osservare che, nella situazione individuata dal suddetto vincolo di necessità, circolazione della ricchezza e circolazione dei dati personali coincidono.

La condizione di cui stiamo parlando si presta a riflessioni interessanti nell'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto diretto un determinato trattamento di dati personali. L'ipotesi, a prima vista, sembra rientrare logicamente nell'ambito della relazione di necessità di cui alla norma in esame, nel senso - evidente - che, anche in questo caso, il trattamento dei dati è richiesto pur sempre dalla necessità giuridica della «esecuzione del contratto». Tuttavia, questa relazione viene in certo senso riconfigurata secondo la coincidenza tra attività di trattamento e attività di adempimento. Una coincidenza che insiste tanto sul piano della realtà fattuale (dell'attività rilevante nella sua materialità) quanto su quello della realtà giuridica (dell'attività rilevante in quanto dovuta). In questa ipotesi, il centro del problema non è esplicitare i nessi di implicazione funzionale tra «esecuzione del contratto» e trattamento dei dati personali, ma realizzare l'oggetto diretto e immediato dell'accordo negoziale. Con altre parole: il trattamento è non tanto *medium* dell'attività esecutiva, cioè una attività strumentale a quest'ultima; quanto, piuttosto, proprio ciò che è

---

<sup>(39)</sup> BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali*, cit., p. 61 ss.

<sup>(40)</sup> P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, cit., p. 78 ss.; ID., *Diritto privato e società moderna*, p. 319 ss.

<sup>(41)</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 319 ss.

richiesto direttamente dall'oggetto del contratto per realizzarne lo scopo pratico. Per esemplificare: è il caso in cui il titolare dei dati richieda un determinato trattamento dei suoi dati personali per la realizzazione di un suo interesse oppure il caso in cui il titolare dei dati personali si impegni a “subire” un trattamento dei suoi dati in cambio di un corrispettivo.

Vale la pena segnalare, molto rapidamente, due suggestioni che promanano da questa ipotesi. La prima vi rintraccia un obiettivo del diritto europeo coerente con la finalità di sviluppo dell'economia digitale espressa dal legislatore europeo: favorire l'esplicazione di una peculiare “capacità immaginativa” dell'autonomia contrattuale: creare nuove forme di ricchezza - oltre a nuovi schemi per la sua circolazione<sup>(42)</sup>.

La seconda rinvia ad una proposta ricorrente nella letteratura scientifica più recente - soprattutto economicistica: utilizzare lo scambio come strumento “basico” per governare la circolazione giuridica dei dati personali. In questa prospettiva la libera circolazione dei dati personali rinvierebbe *naturaliter* al mercato come luogo del libero scambio; al calcolo delle convenienze individuali come criterio dell'efficiente allocazione delle risorse - anche quelle costituite dai dati personali. Il contratto costituirebbe il *medium* cooperativo capace di restaurare l'asimmetria intrinseca alla circolazione dei dati personali: l'appropriazione unilaterale del loro valore economico da parte del titolare del trattamento<sup>(43)</sup>.

Nella prospettiva della tutela dell'autonomia dei privati è assai significativa la situazione descritta dalla seconda parte dell'enunciato della lett. b), secondo cui il trattamento è lecito se necessario «all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta» del titolare dei dati personali.

Anche in questo caso la prevalenza dell'istanza rivolta al trattamento dei dati personali è segnalata (mediata) dal superamento di un test di necessità; il vincolo che quest'ultimo sperimenta corre però tra trattamento dei dati ed esecuzione di misure precontrattuali.

Differentemente dall'ipotesi precedentemente esaminata, qui non vi è un contratto tra titolare dei dati personali e titolare del trattamento del quale proteggere l'attuazione, ma la «richiesta», da parte del titolare dei dati personali, di misure precontrattuali. Questa espressione («richiesta») - esplicita nell'enunciato linguistico della disposizione normativa - suggerisce che il fatto legittimante il trattamento (l'intromissione nella sfera identitaria altrui) vada individuato nel comportamento comunicativo del titolare dei dati e nella sua sfera di interessi.

Può essere utilmente riprodotto, allora - *mutatis mutandis* - il ragionamento già svolto per il caso dell'esecuzione del contratto, traendone due conseguenze:

---

<sup>(42)</sup> GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 239 ss.

<sup>(43)</sup> NOVOTNY e SPIEKERMANN, *Personal Information Markets and Privacy: A New Model to Solve the Controversy*, in *SSRN - Electronic Journal*, 2012.

1. si profila un collegamento tra l'intromissione nella sfera dell'identità altrui (realizzata con il trattamento) e la volontà del titolare dei dati medesimi. Come dire che la persona fisica - titolare dei dati personali, richiedendo «misure precontrattuali» ha manifestato la volontà implicita di autorizzare il trattamento.

2. la rilevanza della volontà del titolare dei dati personali ha caratteri e *rationes* diversi non solo dall'ipotesi di esecuzione di un contratto ma anche da quella di cui alla lettera *a* (autodeterminazione informativa): il contesto in cui si iscrive il contatto prenegoziale tra titolare dei dati personali e titolare del trattamento è quello di una interazione cooperativa che (non presuppone ma) è orientata alla conclusione di un'operazione economica. Detto altrimenti, non è un contesto autoreferenziale, incentrato unicamente sul titolare dei dati personali. Infatti se, per un verso, non vi è (ancora) un contratto, per l'altro, l'assetto degli interessi in gioco è, dal punto di vista sostanziale, più complesso: comprende sia gli interessi della persona fisica/titolare dei dati (alle misure precontrattuali nonché al controllo dei suoi dati personali) sia quello del titolare del trattamento: eseguire operazioni funzionali alla possibile conclusione di un'operazione economica. Questo è un aspetto importante, individuando un orientamento normativo: il «favore per la circolazione della ricchezza, la più intensa e la più rapida circolazione possibile»<sup>(44)</sup>. Infatti, non si tratta di porre i soggetti economici «nella condizione di concludere vantaggiosi atti di scambio» ma di governare un problema diverso, fondamentale per l'economia contemporanea: porre «l'imprenditore nella condizione di produrre e immettere sul mercato la maggiore quantità possibile di beni: il concetto ispiratore è che quanto più intensa e più rapida è la circolazione dei beni, tanto maggiore è la quantità di beni che l'imprenditore può immettere sul mercato»<sup>(45)</sup>.

Non è un caso che l'ambito della rilevanza giuridica delle attività *lato sensu* preparatorie delle possibilità di scambi si sia allargato. La ragione economica è sistemica: l'autoreferenzialità della produzione implica, da un lato, che la produzione non si interrompa mai; dall'altro, la produzione continua di nuovi bisogni. Come è stato conclusivamente chiarito, il bisogno è divenuto un oggetto del mercato<sup>(46)</sup>.

#### **4. La chiusura del sistema circolatorio. Giudizio di bilanciamento**

Secondo l'art. 6, par. 1, lett. *f*), GDPR, il trattamento di dati personali altrui è lecito quando «è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore» (C47-C50).

---

<sup>(44)</sup> GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 128.

<sup>(45)</sup> GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 128.

<sup>(46)</sup> ANDERS, *L'uomo è antiquato*, cit.

La rilevanza di questa disposizione è direttamente proporzionale alla sua indeterminatezza. È - quest'ultima - una caratteristica che si manifesta con evidenza: nella situazione considerata dalla norma (il presupposto de) la liceità del trattamento dei dati personali altrui dipende da un unico elemento: una istanza circolatoria (un interesse al trattamento e alla circolazione dei dati personali) in concreto prevalente su quella, contrapposta, espressa dal titolare dei dati personali. Differentemente dalle altre norme dell'art. 6 che abbiamo osservato, quella della lett. f) non risolve direttamente il conflitto di interessi (tra libera circolazione dei dati personali e c.d. diritto alla *privacy*) ma fornisce lo strumento per superarlo. Infatti, la prevalenza della libertà di circolazione dei dati e, correlativamente, la limitazione della protezione dei dati personali sono esito di un'operazione di bilanciamento affidata alla "parte" che esprime l'istanza circolatoria (il titolare del trattamento) <sup>(47)</sup>.

Questa operazione è delineata come totalmente "aperta": non solo nel senso - scontato - dell'indeterminatezza del risultato (una alternativa insita *naturaliter* nella necessità del bilanciamento quale tecnica di soluzione del conflitto tra istanze riconducibili a principi di eguale rango gerarchico) ma per l'assenza di qualsiasi indicazione dei criteri della "gerarchizzazione relativa" come «relazione condizionata di priorità tra i principi» <sup>(48)</sup> confliggenti. A ben vedere, non potrebbe essere diversamente: la norma non individua il campo degli interessi suscettibili di collidere con quelli del titolare dei dati personali e quindi limitarli occasionalmente, perciò non può offrire nessun indizio per ricostruire le *rationes* giustificatrici dell'istanza circolatoria dei dati personali. La norma in esame è, in questo senso, "procedurale", nella misura in cui, da un lato, individua solo il *medium* tecnico per governare un conflitto di interessi; dall'altro, il *medium* che individua è una procedura. Nonostante questo carattere sia, a prima vista, scontato, il ruolo della norma non è affatto banale: "chiudere" il sistema della circolazione giuridica delle informazioni personali "aprendo" l'ambito dei presupposti di liceità del trattamento a interessi indefiniti sia per la

---

<sup>(47)</sup> La novità è giustamente messa in evidenza da BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali*, cit. La scelta del diritto europeo asseconda il principio di responsabilizzazione del soggetto - autore del trattamento adottato in vista di un obiettivo: la sicurezza della circolazione giuridica delle informazioni personali. Si ritiene infatti che, nella complessità del nuovo ambiente digitale, questo obiettivo non possa che essere disatteso se resta affidato essenzialmente alle tradizionali tecnologie giuridiche di matrice soggettiva. Si comprende perciò che nella strategia di promozione della circolazione dei dati e quindi di normalizzazione del trattamento dei dati personali altrui, chi ha interesse al trattamento dei dati personali altrui abbia l'onere di valutare *ex ante* la non illiceità della propria azione.

<sup>(48)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 112: «La soluzione della collisione consiste piuttosto nel fatto che, riguardo alle circostanze del caso, si definisce una relazione condizionata di priorità tra i principi. La definizione di questa relazione condizionata consiste nel fatto che, in relazione al caso, sono date condizioni alle quali un principio prevale sull'altro. Ad altre condizioni la questione della priorità può essere risolta in modo opposto». ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 192: «Nella misura in cui le decisioni del bilanciamento sono decisioni giudiziarie, esse sono emanate di regola per la soluzione di casi individuali. Sulla base della decisione del bilanciamento, però, si può sempre formulare una regola secondo la legge di collisione. Il bilanciamento in un caso individuale e la generalizzazione non sono, perciò, nulla di incompatibile».

capacità di esprimere l'istanza circolatoria sia per quella di determinarne la prevalenza nel giudizio di bilanciamento.

In questo contesto, il sintagma «legittimo interesse» correlato alla non prevalenza de «gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali» è chiaro rinvio ai tre passaggi costitutivi essenziali dell'operazione di bilanciamento <sup>(49)</sup>. Il primo: l'istanza rivolta al trattamento dei dati personali altrui deve essere qualificata da un interesse dotato del medesimo rango gerarchico di quello espresso dal titolare dei dati personali. Infatti, la limitazione di un diritto fondamentale è giuridicamente possibile soltanto ad opera di un altro diritto fondamentale o di un interesse super - individuale parimenti fondamentale nell'ordinamento costituzionale di una collettività. Nei sistemi costituzionali e democratici della contemporaneità questa condizione ha una doppia spiegazione: il principio del pluralismo democratico e la natura giuridica dei principi fondamentali. Il primo aspetto: il pluralismo dei valori fondamentali (e dei principi che li traducono sul piano del diritto) esclude che possano darsi valori assoluti <sup>(50)</sup>, cioè capaci di prevalere su altri valori - comprimendoli - al di fuori delle situazioni peculiari costitutive di un'ipotesi concreta di conflitto <sup>(51)</sup>. Il secondo: i principi fondamentali esplicano la loro funzione regolativa quali precetti di ottimizzazione <sup>(52)</sup>: impongono la massima realizzazione del valore protetto nei limiti delle possibilità giuridiche <sup>(53)</sup> e fattuali <sup>(54)</sup> che si diano nella concretezza della collisione e della prassi. Ne consegue con evidenza che ogni principio

---

<sup>(49)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 181 ss.

<sup>(50)</sup> Osserva chiaramente ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 127 - 128: «Si può facilmente argomentare contro la validità di principi assoluti in un ordinamento giuridico che conosce i diritti fondamentali. I principi possono riferirsi a beni collettivi o a diritti individuali. Se un principio si riferisce a beni collettivi ed è assoluto, allora le norme dei diritti fondamentali non possono porgli alcun limite giuridico. Fin dove giunge un principio assoluto, non può esistere nessun diritto fondamentale. Se il principio assoluto concerne diritti individuali, la sua non limitabilità giuridica conduce al fatto che, in caso di collisione, i diritti della totalità degli individui fondati sul principio devono retrocedere di fronte al diritto di ciascuno fondato sullo stesso principio, cosa che implica una contraddizione. Vale, perciò, la massima che principi assoluti o in generale non si accordano con i diritti individuali oppure si accordano solo se i diritti individuali fondati attraverso essi non spettino più che a un solo soggetto giuridico».

<sup>(51)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., in particolare p. 133 ss., p. 621 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 285 - 286; ID., *Diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1999, I, p. 105 ss.

<sup>(52)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 106 ss.

<sup>(53)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 134 - 135: «Il principio di proporzionalità in senso stretto, cioè l'obbligo di bilanciamento, deriva dall'essere relativo alle possibilità giuridiche. Se una norma di diritto fondamentale con carattere di principio collide con un principio concorrente, allora la possibilità giuridica della realizzazione della norma di diritto fondamentale dipende dal principio concorrente. Per giungere alla decisione, è necessario un bilanciamento nel senso della legge di collisione. Poiché l'applicazione di principi validi, se sono applicabili, è obbligatoria e poiché è necessario un bilanciamento per l'applicazione in caso di collisione, il carattere di principio delle norme dei diritti fondamentali implica che, se esse collidono con principi concorrenti, è obbligatorio il bilanciamento. Questo significa che il principio di proporzionalità in senso stretto deriva dal fatto che i principi sono precetti di ottimizzazione relativamente alle possibilità giuridiche».

<sup>(54)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p.134: «I sottoprincipi di necessità e idoneità, al contrario, derivano dal carattere dei principi come precetti di ottimizzazione relativamente alle possibilità fattuali».

fondamentale può limitare ed essere a sua volta limitato da ciascuno degli altri soltanto secondo le possibilità e le caratteristiche fattuali di ogni singola, concreta collisione.

Il secondo passaggio del giudizio di bilanciamento è questo: la prevalenza di un principio è determinata dal maggior peso che questo ha rispetto all'altro nelle circostanze costitutive del caso concreto <sup>(55)</sup>. Bilanciare significa infatti ponderare i due principi, soppesarli rispetto alle circostanze del caso, valutando in che modo e misura ciascuno dei due e le correlazioni reciproche siano interrogati dalle caratteristiche peculiari della situazione concreta. Con le parole di Robert Alexy: «In questa ponderazione si tratta del problema a quale degli interessi astrattamente di ugual rango spetti, nel caso concreto, il peso maggiore» <sup>(56)</sup>.

Il terzo, e ultimo: la prevalenza di un principio e la correlativa limitazione dell'altro sono delimitate dal vincolo di proporzionalità che deve legare la tutela dell'uno al sacrificio dell'altro. Ciò implica una doppia operazione: verificare se la limitazione del principio *prima facie* recessivo costituisca misura necessaria per garantire l'esplicazione dell'altro; verificare se la misura della limitazione (identificata come) necessaria possa ritenersi proporzionata al *quantum* di espansione del principio prevalente <sup>(57)</sup>.

Si delinea così un'operazione di palese complessità che implica valutazioni dai margini non sempre definibili con chiarezza alla stregua del diritto positivo. Ne è esempio il caso del conflitto tra libertà di informazione e diritto alla *privacy*.

L'art. 85, par. 1, GDPR, rinvia al diritto positivo degli Stati membri per «conciliare» la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà di espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione, accademica, artistica o letteraria». L'art. 137, comma 3, <sup>(58)</sup> del Codice in materia di protezione dei dati personali italiano <sup>(59)</sup> identifica il criterio essenziale del bilanciamento tra i principi contrapposti in un peculiare requisito “comunicativo” del dato personale: la sua essenzialità riguardo a fatti di interesse pubblico.

---

<sup>(55)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 109 ss., p. 184 ss.

<sup>(56)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 111.

<sup>(57)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 621 ss. Il principio di idoneità opera come criterio negativo per una finalità: «scartare il mezzo inappropriato»; il principio di necessità «esige che tra due mezzi ugualmente idonei, si scelga il mezzo che interviene nella misura meno intensiva»; si tratta – con altre parole – del «divieto di sacrificio non necessario del diritto fondamentale» (p. 624).

<sup>(58)</sup> «In caso di diffusione o di comunicazione dei dati per le finalità di cui all'art. 136 restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento e all'articolo 1 del presente codice e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico. Possono essere trattati i dati personali relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico».

<sup>(59)</sup> Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al reg. (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la dir. 95/46/CE.

Questa determinazione delle condizioni della «prevalenza relativa» della libertà di informazione sul diritto alla *privacy* si iscrive nel solco - tanto profondo quanto rassicurante - di una consolidata giurisprudenza delle corti europee e della tradizione costituzionale comune agli Stati membri: la ricostruzione del senso della clausola dell'interesse pubblico (o rilevanza sociale) dell'informazione alla stregua del peculiare rapporto che collega la libertà di espressione e informazione e il c.d. diritto del cittadino ad essere informato nella società democratica<sup>(60)</sup>. Proprio in virtù di questo collegamento, il caso del conflitto tra il diritto di informare e il diritto alla *privacy* aiuta a osservare più da vicino la complessità della collisione tra principi pari ordinati<sup>(61)</sup> e individuare perciò sia il “senso” della necessità del giudizio di bilanciamento sia la sua specificità. Il caso evidenzia chiaramente un doppio aspetto: non solo nessuno dei due diritti collidenti esprime di per sé elementi di “gerarchizzazione” relativamente all'altro<sup>(62)</sup> ma la soluzione del conflitto è mediata da un elemento diverso e, almeno a prima vista, “esterno”: il c.d. diritto del cittadino all'informazione. È questo l'elemento richiamato dal criterio dell'interesse pubblico dell'informazione, come «segnalatore sistemico» di un fatto: la notizia è, in virtù del suo contenuto concreto, idonea a promuovere quella dinamica di circolazione delle idee che - proprio mediante opinioni ben formate - è strumentale alla pienezza e all'effettività della partecipazione democratica.

Si evidenzia, cioè, che ad attribuire “peso” maggiore al principio della libertà di informazione è il fatto di intercettare e attivare nel caso concreto una pluralità di valori fondamentali per gli ordinamenti costituzionali e democratici: l'importanza della circolazione dell'informazione per la piena esplicazione della personalità umana; per l'effettività della partecipazione democratica; per la “correttezza” dei processi decisionali individuali e collettivi in cui si esprimono la libertà giuridica e l'autonomia degli individui e dei gruppi. È questo il sistema valoriale riassunto dall'espressione «diritto del cittadino ad essere informato». È innegabile il nesso di questo «diritto» del cittadino con quello di espressione e informazione dell'individuo<sup>(63)</sup>; non a caso è proprio ciò che ne giustifica la prevalenza sul diritto alla *privacy*. Ma questa

---

<sup>(60)</sup> V. ZAGREBELSKY, CHENAL e TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 307 ss.

<sup>(61)</sup> «Se due principi collidono, cosa che, ad esempio, succede se la stessa cosa è vietata da un principio e permessa dall'altro, uno dei due deve soccombere. Questo, però, non significa né che il principio retrocesso sia da dichiarare come invalido, né che, nel principio retrocesso, si debba inserire una clausola di eccezione. Piuttosto, il primo principio prevale sull'altro sotto circostanze determinate. Sotto altre circostanze, però, il problema della priorità può essere risolto in maniera inversa. Si può intendere tutto questo se si afferma che i principi, nei casi concreti, hanno diverso peso, e che ha la priorità il principio con il peso di volta in volta maggiore»: Così ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 109 - 110.

<sup>(62)</sup> Con esemplare chiarezza ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 120: «Dal fatto che un principio sia pertinente in un caso, non segue che ciò che richiede il principio in questo caso sia valido come risultato definitivo. I principi rappresentano ragioni che possono essere abbandonate per via di altre ragioni contrapposte. Non viene deciso dal principio come si deve delineare il rapporto tra ragioni e contro-ragioni. I principi sono privi, perciò, di contenuto di determinazione rispetto ai principi contrapposti e alle possibilità fattuali».

<sup>(63)</sup> Per la Corte EDU: «La libertà della stampa fornisce all'opinione pubblica uno dei migliori mezzi per conoscere e valutare le idee e gli orientamenti della classe dirigente; in termini più generali, il libero gioco del dibattito politico

prevalenza dipende da un fatto che non è solo occasionale ma anche – in certo senso - esterno: l'entrata in gioco di principi e interessi fondamentali che sono diversi da quelli di cui la libertà di espressione, come diritto fondamentale individuale, costituisce formalizzazione. Con altre parole: è innegabile che la valenza democratica dell'informazione<sup>(64)</sup> sia già inclusa nell'orizzonte semantico della libertà di espressione del pensiero come principio fondamentale di una società “aperta”<sup>(65)</sup>; ma è altrettanto chiaro che questa valenza viene attivata soltanto da un'eventualità: che si manifesti, nella concretezza della prassi, un interesse altro e diverso, non facente capo a nessuna delle due “parti” in conflitto (il titolare della libertà di espressione e quello del diritto alla *privacy*): l'interesse del cittadino ad essere informato su fatti - appunto - di interesse pubblico. La sua “esternalità” è chiara: il fatto che una notizia sia o non sia di interesse pubblico, da un lato, non qualifica immediatamente la ragione giuridica (della tutela della) libertà di espressione<sup>(66)</sup>: questa, infatti, quale libertà dei contenuti<sup>(67)</sup> è costruita proprio sull'irrelevanza di questi ultimi<sup>(68)</sup>; ma, dall'altro, giustifica il sacrificio del diritto alla *privacy* nell'ambito di un conflitto che, per la

---

si colloca nel cuore stesso della nozione di società democratica che domina l'intera Convenzione» (è la notissima sent. 8/7/1986, Lingens c. Austria, A-103).

<sup>(64)</sup> Sul binomio democrazia – comunicazione sono stati versati fiumi di inchiostro. Tracce archetipiche si possono rinvenire nel *logos epitafios* di Pericle (THUC., II, 40, 2), dove le idee di trasparenza delle leggi (*nomoi haplois*) e di rendiconto (*euthina*) al popolo adombrano i criteri di discussione delle attuali procedure democratiche. Tra i contemporanei un posto di rilievo fondamentale spetta alla riflessione di HABERMAS, *Fatto e valore*, Milano, 1982.

<sup>(65)</sup> La formula “società aperta” è di conio dell'epistemologo POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1973, al quale deve ricondursi anche il corollario del governo tollerante con i soli tolleranti (idem, vol. 1, p. 360 nota 4). Scontato il riferimento alla Epistola de tolerantia di Locke, apparsa anonima nel 1689, per cui rimando a YOLTON, *The works of John Locke*, London, 1997. Originale ripresa del tema in BOLLINGER, *La società tollerante*, Milano, 1992.

<sup>(66)</sup> Detto altrimenti: la c.d. rilevanza sociale (o interesse pubblico) dell'informazione non penetra nella struttura formale della situazione giuridica che tutela il soggetto che informa. Diversamente verrebbero implicati profili di funzionalizzazione dell'attività informativa (FOIS, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost.*, in *Dir. infor.*, 1985, p. 152 ss.), che potrebbero addirittura configurare la divulgazione di una notizia di interesse pubblico quale obbligo giuridico del giornalista. La funzionalizzazione comporta infatti l'attribuzione al soggetto di poteri destinati a realizzare interessi estranei alla sua sfera e riconducibili a terzi. E' proprio questo legame strumentale che introduce la tecnologia del dovere e quindi la logica del controllo sulla finalizzazione dell'attività – “funzionalizzata”. Una situazione così conformata prospetta evidenti – e insuperabili - problemi di compatibilità con la struttura di una posizione giuridica di libertà (PACE, *Problematica delle libertà costituzionali* Parte speciale, Padova, 1992, p. 423 ss.).

<sup>(67)</sup> È chiaro, in questo senso, l'enunciato dell'art. 21 Cost.it. Infatti, il riferimento testuale alla manifestazione del “proprio pensiero” vuole indicare che l'attività tutelata è la comunicazione e che il punto di riferimento oggettivo è l'idea in sé. Questa precisazione pone in luce un aspetto rilevante per comprendere tutte le ragioni profonde del riconoscimento costituzionale: ad essere tutelata in forza della garanzia della attività comunicativa è la circolazione delle idee in quanto tale (per tutti, PACE E MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Comm. Cost.*, a cura di BRANCA, art. 21, Bologna-Roma, 2006, p. 47 ss.). Ciò ha riflessi determinanti, in primo luogo, sull'identità del sistema perché individua nella connessione con il metodo democratico il modello fondamentale dell'organizzazione dei poteri (DAHL, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Haven and London, 1982). In secondo luogo, sulla ricostruzione del significato della libertà protetta come libertà dei contenuti: tutelare la circolazione delle idee come valore in sé comporta infatti che i contenuti di pensiero che vengono manifestati siano in linea di principio giuridicamente irrilevanti. Detto altrimenti: l'idea viene tutelata in sé, a prescindere dal contenuto che veicola, in quanto espressione della personalità del soggetto e della sua naturale vocazione sociale.

<sup>(68)</sup> La libertà dei contenuti è connessa in modo decisivo al carattere pluralista dell'ordinamento giuridico e alla qualità aperta della società che esso regola: garantisce l'espressione effettiva delle idee e opinioni difformi da quelle

peculiare qualità dei valori in gioco, postula necessariamente una scelta di esclusione. Con altre parole: il ruolo del requisito dell'interesse pubblico dell'informazione si esprime esclusivamente nel contesto procedurale del bilanciamento.

## 5. Diritto di trattare dati personali altrui e autonomia dell'impresa

L'interpretazione dell'art. 6 GDPR, con la ricostruzione della pluralità di norme cui dà origine, ha restituito un doppio significato dell'espressione «diritto al trattamento dei dati personali altrui». Il primo rinvia al modello procedurale e casistico assunto dal diritto europeo per governare i conflitti generati dal mondo vitale, comunicandone un esito interpretativo: la prevalenza dell'istanza circolatoria su quella contrapposta e quindi la liceità dell'intromissione nella sfera dell'identità personale altrui realizzata con il trattamento. In questo profilo, di regola, il «diritto» suddetto si comprende come *posterius* di un'operazione di bilanciamento <sup>(69)</sup> nella quale l'istanza circolatoria si sia concretizzata in un interesse specifico, giuridicamente rilevante, di rango fondamentale e, proprio per questo, capace di collidere con i diritti della persona e occasionalmente limitarli. In questo significato, la situazione nominata come «diritto al trattamento dei dati personali altrui» ha una connotazione in certo senso neutrale e astratta: è incapace, di per sé, di esprimere quale sia l'interesse particolare che propone l'istanza circolatoria e la giustifica sul piano del bilanciamento.

Il secondo significato ricomprende il primo e lo riqualifica in virtù di una posizione giuridica del titolare del trattamento: la competenza a utilizzare i dati personali altrui nella sua organizzazione produttiva e a sfruttarne il valore comunicativo ed economico <sup>(70)</sup>.

Il primo significato (la liceità dell'intromissione nella sfera altrui - funzionale alla circolazione) corrisponde a un dato di realtà che - come abbiamo visto - il diritto assume dalla realtà vitale: la libera circolazione delle informazioni e dei dati personali è la condizione "naturale" del nuovo ambiente digitale in cui si compie larga parte della vita individuale e sociale. Il secondo (il potere soggettivo di appropriarsi della peculiare forma di ricchezza costituita dai dati personali) ne recepisce un altro: la posizione di supremazia dell'impresa sulle persone fisiche /titolari dei dati personali conseguita in virtù di un fatto: l'organizzazione tecnica della produzione e la disponibilità del sapere tecnologico che si esercita su e per mezzo dei dati personali come dati informativi. Questo è un aspetto importante. Il processo di

---

maggiormente condivise all'interno del corpo sociale. Ciò, da un lato, rinvia alla democrazia come metodo e al contraddittorio come sua procedura fondamentale (HABERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000, p. 84 ss.); dall'altro, collega la tutela del dissenso alla promozione della tolleranza quale requisito essenziale ad una società aperta.

<sup>(69)</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 116 s.

<sup>(70)</sup> BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali*, cit., p. 42 ss.; CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, a cura di CUFFARO, RICCIUTO E ZENO ZENCOVICH, Milano, 1998, p. 117 ss.

riconoscimento e formalizzazione giuridica di questo potere presuppone una differenziazione funzionale <sup>(71)</sup>: la rilevanza dei dati personali non come elementi costitutivi della persona ma come informazioni strumentali al successo e all'efficienza del processo produttivo <sup>(72)</sup>. In questo senso il dato informativo costituisce il punto di riferimento oggettivo di interessi che fanno capo non soltanto all'impresa ma anche al sistema, garantendo la riproduzione dell'economia di mercato nel tempo della rivoluzione informatica. Con altre parole: il diritto riconosce e garantisce tanto il valore del dato per l'organizzazione dell'efficienza produttiva, quanto il potere dell'impresa di appropriarsene. Sul piano formale questa operazione include un doppio passaggio; il primo: un processo di "oggettivazione" dell'identità individuale funzionale ad una modalità di appropriazione compatibile con la natura essenzialmente comunicativa del dato <sup>(73)</sup>; il secondo: il riconoscimento e la protezione giuridica di una peculiare capacità "creativa" dell'organizzazione tecnica dell'impresa <sup>(74)</sup>: intercettare e dispiegare le potenzialità narrative - dirette e indirette - dei dati personali come dati informativi <sup>(75)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> Riferimento scontato a LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978; ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990. Originali sviluppi in M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996.

<sup>(72)</sup> D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 364 ss. L'illustre autore non esclude affatto la rilevanza della volontà del titolare dei dati per l'attivazione del processo circolatorio, ma distingue tipologicamente i problemi normativi connessi, da un lato, alla liceità dell'intromissione nella sfera dell'identità personale e, dall'altro, alla produzione di una dinamica circolatoria, evidenziando come la transizione dall'uno all'altro debba essere mediata (tanto dal profilo sistematico quanto da quello teoretico) da una differenziazione funzionale idonea a trasformare la natura giuridica del dato. Di questo aspetto della complessità del sistema (e, di conseguenza, della profondità della ricostruzione offerta dall'A.) non sembra essersi avveduta larga parte della dottrina che lo ha criticato.

<sup>(73)</sup> È il noto problema dell'informazione come bene giuridico; riferimenti scontati a CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Inf. e dir.*, 1983, p. 15 ss.; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 339 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 485 ss. Per un aggiornamento al tempo della digitalizzazione, FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., p. 55 ss.

<sup>(74)</sup> Cenni importanti in D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., p. 361 ss.

<sup>(75)</sup> I due profili da ultimo individuati sono palesemente correlati e fanno rinvio a un problema tanto teorico quanto pratico: la difficoltà di ricondurre i processi comunicativi in cui consiste la funzionalità dei dati al paradigma proprietario come modello di attribuzione efficiente delle risorse e forma privilegiata della tutela giuridica degli interessi rilevanti. Con altre parole: alla proprietà come tecnica della disponibilità che l'uomo ha sul mondo e persino su di sé nella forma del potere individuale su un oggetto. La scienza giuridica ha disvelato come questa idea abbia costituito il nucleo di elaborazione del concetto di diritto soggettivo. Un'idea radicata quale struttura fondamentale del pensiero giuridico in una doppia proiezione: da un lato, come spazio di sovranità della volontà individuale, per costruire il concetto di libertà; dall'altro, come potere esclusivo sull'oggetto, per dare forma al dominio dell'uomo sul mondo e alla sua volontà di potenza. I due aspetti sono strettamente correlati: l'interesse si realizza nel dominio della volontà individuale, in virtù di un potere che è diretto (non richiedendo la mediazione altrui) ed esclusivo (funziona come privata). In entrambi questi profili il paradigma proprietario sembra inadatto a soddisfare un presupposto imprescindibile all'uso produttivo dei dati personali: i dati non parlano da soli, ma in virtù della mediazione complessa di sistemi altamente specializzati: quelli delle ICT. L'utilizzazione del dato in un circuito di produzione di ricchezza implica l'inserimento del dato medesimo all'interno di un apparato tecnologico capace di estrarne, combinarne e ricombinarne le proprietà comunicative primarie e secondarie. Ciò che rinvia non solo alle capacità computazionali dell'IA e alla logica dei c.d. *big data*, ma anche alla capacità imprenditoriale come tale.

In questa prospettiva, il diritto al trattamento dei dati personali - quale potere di trarre profitto dai dati - appare una declinazione “naturale” delle libertà economiche nell’infosfera. In questo nuovo ambiente vitale esse vengono infatti riconfigurate secondo la grammatica della rivoluzione informatica e del suo principio organizzativo fondamentale: la libera circolazione dei dati personali. Il potere “digitale” dell’impresa ne costituisce un esito fondamentale. Ciò rivela, da un lato, una scelta precisa del diritto europeo: il *favor* per l’impresa; dall’altro, l’asimmetria sistemica che ne è conseguenza: la subordinazione dell’individuo al potere dell’impresa nella circolazione giuridica dei dati personali. Non è un dato nuovo, ma radicato negli ordinamenti privatistici della moderna tradizione occidentale che trova nel diritto europeo uno sviluppo tanto coerente quanto potente, iscritto nell’obiettivo fondamentale dell’Unione: il mercato unico liberalizzato; un obiettivo sanzionato sul piano assiologico dall’iscrizione della libertà dell’iniziativa economica nel cuore dell’ordinamento europeo.

Il soggetto primario (protagonista) di questo contesto è *naturaliter* l’impresa (l’organizzazione tecnica della produzione); è infatti l’impresa, con la sua logica, il valore assunto dal diritto europeo come misura a partire dalla quale regolare il mercato garantendo l’autonomia dell’economico <sup>(76)</sup>. È in questa prospettiva, infatti, che il diritto europeo ha riconosciuto all’impresa il potere di governare il mercato: dapprima quello di determinare (con le condizioni generali di contratto) «le forme della circolazione delle risorse e di distribuzione dei rischi dell’investimento a prescindere e oltre il controllo dei legislatori nazionali» <sup>(77)</sup>, ora quello di trarre profitto dai dati personali altrui. Ciò ha un riflesso evidente: la subordinazione del titolare dei dati personali al potere dell’impresa, che ha assunto il controllo del sapere tecnico-statistico e lo ha applicato al processo produttivo. Questa posizione di autonomia dell’impresa, a ben guardare, ha un significato univoco: l’autonomia privata nel tempo della globalizzazione <sup>(78)</sup>.

---

È palese che i modelli lato sensu appropriativi dei dati personali conati dal diritto europeo, per un verso, sono coerenti con la libertà di circolazione dei dati medesimi; per l’altro, perseguono finalità essenziali della strategia di promozione dell’economia digitale:

- a) proteggere l’attività di creazione di nuovo valore realizzata dall’impresa con la raccolta e il trattamento dei dati personali;
- b) assecondare la riorganizzazione tecnologica dell’impresa, del mercato e dell’economia secondo la grammatica della globalizzazione e della rivoluzione informatica;
- c) promuovere la capacità imprenditoriale di intercettare ed estrarre le nuove forme di valore che i dati personali permettono nel tempo dei c.d. big data.

<sup>(76)</sup> Anche per questo aspetto è d’obbligo il riferimento a POLANYI, *La grande trasformazione*, cit. Fondamentali per la riflessione giusprivatistica: P. BARCELLONA, *L’individualismo proprietario*, cit., in particolare, p. 78 ss e GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., in particolare, p. 108 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 43 ss.

<sup>(77)</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 478; GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 221 ss., p. 239 ss.

<sup>(78)</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 414; ID., *Il capitale come puro spirito*, cit; ID., *Il declino dello stato*, cit., p. 197 ss., p. 233 - 234.