

La proporzionalità multilivello nel mercato “presidiato” dei dati personali*

Andrea Caravita di Toritto

Abstract

La regolamentazione dello sfruttamento economico di un bene costituzionalmente tutelato da parte di operatori economici – i cosiddetti nuovi poteri privati – è fonte di costante conflitto valoriale che ha trovato soluzione in affermazioni e decisioni, con carattere di politicità, del legislatore e di autorità giudiziarie. In tali ambiti il principio di proporzionalità ha consentito un metodico bilanciamento dei valori in gioco attraverso l'esame dei requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Il contributo intende esaminare come il legislatore abbia chiamato in causa i poteri privati per vagliare la proporzionalità della loro condotta nel contesto del trattamento dei dati personali, rispondendone in termini di accountability. Tale ruolo di responsabilità dei poteri privati nella governance del mercato dei dati personali ha immediate conseguenze sui caratteri dell'autonomia privata degli stessi.

The regulation of the economic exploitation of a constitutionally protected asset by economic operators – so-called private powers – is a source of constant conflict of values, which has been resolved in decisions of political nature by the legislature and judicial authorities. In these contexts, the principle of proportionality has permitted a methodical balancing of values at stake through the examination of the “steps” of suitability, necessity and proportionality in its narrow sense. This essay, therefore, intends to observe how the legislature has drawn in the private powers so that they can examine the proportionality of their conduct in processing personal data, thereby becoming accountable for it. Such a role of responsibility played by private powers in the governance of the personal data market has immediate consequences on the character of their contractual autonomy.

Sommario

1. Introduzione. – 2. Brevi premesse sul principio di proporzionalità. – 3. Il principio di proporzionalità nel mercato dei dati personali. – 4. «La decisione politica nel

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

confitto». – 4.1. La direttiva 95/46 e la legislazione italiana – 4.2. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e il vaglio di proporzionalità. – 4.3. GDPR e la responsabilità del titolare del trattamento. – 5. Mercato, autonomia privata e proporzionalità. – 5.1. Ancora sul mercato dei dati personali. – 5.2. Una possibile chiave di volta: la proporzionalità e l’autonomia privata “presidiata”. – 5.3. Il principio di proporzionalità e la certezza del diritto. – 5.4. Quale autonomia privata? – 6. Brevi cenni conclusivi.

Keywords

poteri privati – principio di proporzionalità – mercato dei dati personali - autonomia privata - privacy

1. Introduzione

Il mercato dei dati personali è oggetto di particolare e intensa attenzione per il conflitto di cui è emblema tra tensione all’iperefficientismo economico e tutela della sfera personale dell’individuo, e per il peso economico che rappresenta (si parla oramai di data driven economy).

Il conflitto è tale da imporre di indossare “occhiali del giurista” che non siano né “occhiali dell’ideologia”¹, offuscati da tesi radicali e anacronistiche, tese a propugnare l’assolutezza e incomprimibilità del diritto alla privacy in senso ampio, né tanto meno “smart glasses”, inebriati dal fascino per lo sviluppo tecnologico, con il rischio di ridurre l’individuo a mero meccanismo per una maggiore efficienza tecnologica di sistema.

Si è quindi ritenuto di esaminare un così impervio terreno – quale il mercato dei dati personali – alla luce del principio di proporzionalità che, seppur di derivazione pubblicistica, ha assunto rilevanza nella regolamentazione dei rapporti fra privati. L’adozione del principio di proporzionalità in ambito privatistico e, in particolare, nel rapporto negoziale fra titolare del trattamento e titolare dei dati, si può infatti ricondurre al più ampio disegno costituito dalle «forme di tutela contro i cosiddetti “poteri privati”» prospettato da autorevole dottrina², che ha constatato «la formazione di “poteri privati” ossia di poteri preminenti (di supremazia) che impongono lo spostamento della “battaglia garantistica” nei rapporti fra privati, al fine di trovare formule operative che realizzino la coesistenza tra l’esercizio di “poteri privati” (di supremazia) e interessi altri su cui quei poteri debbono incidere».

Come vedremo dall’esame della legislazione vigente a livello europeo, gli operatori economici privati che trattano i dati personali sono chiamati al rispetto del principio di proporzionalità. Ciò se da un lato responsabilizza i poteri privati e sottopone la di-

¹ Si prende spunto da autorevole dottrina secondo cui la cultura giuridica italiana tende a «leggere la Costituzione con gli occhiali dell’ideologia»: U. Romagnoli, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 140.

² A. Di Majo, *Le forme di tutela contro i c.d. “poteri privati”*, nota a Cass. civ., sez. un., 12 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. It.*, 1980, I, c., 440.

screzionalità tecnica e decisionale degli stessi alla sussistenza dei requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, dall'altro ne legittima il potere e ruolo. E' possibile osservare che al fine di un continuo sviluppo del mercato dei dati personali, la forma di governance prescelta si concretizza in un'applicazione "multilivello" del principio di proporzionalità: cosicché se al legislatore spetta il bilanciamento e la "decisione politica" nella definizione dell'ordine valoriale di riferimento e il potere giurisdizionale fa da tramite tra l'orientamento politico e gli sviluppi sociali e tecnologici, tendendo verso sempre più raffinate forme di bilanciamento, agli operatori economici è attribuito un ruolo di responsabilità nel governo della complessità, nella valutazione della proporzionalità dell'an e del quomodo del trattamento dei dati personali. Da ciò scaturisce una riflessione su quale autonomia privata residui in capo agli operatori economici.

2. Brevi premesse sul principio di proporzionalità

Ritenendo di sinteticamente ripercorrere i tratti teorici e applicativi del principio di proporzionalità³, va innanzitutto evidenziato che tale principio ha operato come strumento di argine al potere in ambito pubblicistico⁴, idoneo a risolvere, in modo equo e giusto, un eventuale conflitto. Si è inoltre contraddistinto per non essere legato ad un tempo e ad un luogo⁵.

Come si è accennato, il principio trova forma e si declina nella triade dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, o adeguatezza⁶. Accanto a tali principali

³ Per un approfondimento dei "gradini" della proporzionalità negli ordinamenti tedesco e italiano si vedano rispettivamente P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia, 1961; L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gottinga, 1981; D.U., Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, 2013; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Per una panoramica delle variegate applicazioni del principio di proporzionalità si veda A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012.

⁴ In tal senso si veda M. D'Alberti, *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, 279 ss.

⁵ Il principio di proporzionalità si differenzia da altri principi che, invece, sorti in un determinato contesto, sono venuti meno successivamente al cambiamento di fase storica, così A. Cerri, *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei principi nell'esperienza giuridica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, 193 ss. In questo senso, è quasi avvicinabile ad un'*Eternitätsklausel* come pensata da P. Häberle, *Die Verfassungsbewegung in den fünf neuen Bundesländern Deutschlands* 1991 bis 1992. na, 1994.

⁶ La "triade" si è sviluppata nella sua compiutezza in Germania nei "gradini" di "*Geeignetheit*", "*Erforderlichkeit*" e "*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*". Volgendo l'attenzione alle origini del principio di proporzionalità, da rinvenire nella giurisprudenza tedesca, «[n]ella Repubblica Federale di Germania il principio di proporzionalità ha rango costituzionale. Lo si ricava dal principio dello Stato di diritto, in fondo dall'essenza degli stessi diritti costituzionali» (BVerfG, 4 febbraio 1975, BVerfGE 19, 348 ss). È considerato inoltre «espressione del generale principio dello Stato di diritto, la cui validità non è limitata a determinati ambiti giuridici» (BVerfG, 8 febbraio 1977, in BVerfGE 43, 242 ss.). Il principio di proporzionalità è stato ricavato da disposizioni della Legge fondamentale ("*Grundgesetz*" o "GG") nei modi più disparati: è stato richiamato nella cd. nuova formula desunta dal principio di

“gradini” nell’esame di proporzionalità la dottrina e la giurisprudenza più meticolose verificano, anzitutto, la legittimità dello scopo.

La legittimità dello scopo ha evidentemente una portata diversa a seconda che oggetto della valutazione sia un atto amministrativo o un atto legislativo; la valutazione di idoneità riguarda il giudizio sull’oggettivo contributo dell’atto al raggiungimento dell’obiettivo; il requisito della necessarietà è soddisfatto se si è adottato l’atto meno invasivo possibile, al pari di atti tutti ugualmente idonei (il cd. *Interventionsminimum*); il giudizio di proporzionalità in senso stretto impone un bilanciamento in concreto fra bene comune perseguito dall’atto e bene “aggredito”, in quanto il sacrificio di quest’ultimo non può risultare eccessivo o sproporzionato.

Per quanto riguarda gli sviluppi storici del principio di proporzionalità, il requisito della necessarietà è richiamato negli scritti illuministici di Montesquieu e Beccaria – e, successivamente, nella Carta dei diritti dell’uomo – come criterio di valutazione della sanzione penale. Successivamente, il principio di proporzionalità diviene parametro per gli interventi dell’autorità di polizia nel *Polizeirecht* prussiano,⁷ rappresentando così un emblema dell’inizio del cammino che porterà la concezione di assolutismo statale a cedere il passo rispetto a quella più liberale di *Verfassungsstaat*.

In tal senso, il principio di proporzionalità trova prima applicazione giurisprudenziale nel celebre caso *Kreuzberg*⁸ del 1882 del Tribunale Amministrativo Superiore prussiano. In tale pronuncia si afferma il divieto, per le autorità di pubblica sicurezza, di impiegare strumenti limitativi della libertà personale maggiori rispetto a quanto strettamente necessario per la realizzazione dell’interesse pubblico. La proporzionalità funge qui da schema giuridico che si contrappone alla *völlig schrankenlose Ermessen der Polizeibehörde*, (ossia all’illimitata discrezionalità dell’autorità di polizia), nonché da fondamento al giudizio di illegittimità del sacrificio integrale degli interessi individuali.

uguaglianza (cfr. G. Britz, *Der Allgemeine Gleichheitssatz, in der Rechtsprechung des BVerfG*, in *NJW*, 2014, 364 ss.) e nella misurabilità delle azioni dello Stato di diritto «*repubblicano, democratico e sociale*» ai sensi dell’art. 28 GG (cfr. *ex multis* BVerfG, 15 dicembre 1965, in BVerfGE 19, 342 ss. e BVerfG 15 marzo 1995, in BVerfGE 92, 277 ss.); è stato fondato sul principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) di cui all’art. 20 GG (cfr. BVerfG, 19 ottobre 1982, in BVerfGE 61, 126 ss.; Cfr. A. Bleckmann, *Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Juristische Schulung*, 1994, 178 ss.) sulla essenza stessa dei diritti fondamentali (cfr. BVerfG., 11 giugno 1958, in BVerfGE 7, 377 ss.), il cui “*Wesensgehalt*”, ai sensi dell’art. 19 par. 2 GG, non può essere scalfito e le cui restrizioni sono limitate (i cd. “*Schrankenschranken*”) e, più in generale, sulla dignità dell’uomo (“*Menschenwürde*”) ai sensi dell’art. 1 I GG, visto che «se si utilizzano misure più dure di quanto necessario per il perseguimento del bene comune, si degrada l’uomo in oggetto» (G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 117 ss., spec. 146)

Nonostante il principio sia di evidente derivazione tedesca, da questa si è “emancipato” (cfr. CGUE, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique* (1970) ed è divenuto principio generale di diritto dell’Unione. La CGUE ha infatti esplicitato la valenza del principio di proporzionalità come principio generale, limite generale alla legislazione compressiva dei diritti, alla stregua di una tradizione costituzionale comune (cfr. CGUE, C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)). In senso contrario, si veda una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht (“*PSP*”) nella quale i giudici tedeschi hanno assunto a riferimento la dottrina e giurisprudenza tedesca ai fini della corretta applicazione dei tre “gradini” del principio di proporzionalità (BVerfG 5 maggio 2021, BVerfGE 154, 17-152, § 126).

⁷ Per una ricostruzione storica del concetto di *Verhältnismäßigkeit* ed un’illustrazione del significato del canone nel *Polizeirecht* si veda P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit., 28 ss.

⁸ Sent. 14 giugno 1882, in *Entscheidungen des preußisches Oberverwaltungsgerichts*, 9, 353 ss.

Successivamente, con la nascita dello Stato pluralista, il principio di proporzionalità si è adeguato ad essere anche strumento di bilanciamento fra diritti e libertà costituzionali nell'operato del legislatore, nonché nel successivo vaglio di legittimità costituzionale. Ha quindi mutato – e ampliato – il suo raggio d'azione, non più soltanto parametro per le valutazioni empiriche negli atti amministrativi a carattere sanzionatorio.

Nei tempi più recenti, dinanzi alla crisi del potere legislativo e alla tendenza ordinamentale ad un ampliamento degli spazi del potere giudiziario, la proporzionalità ricopre con successo – anche se non esente da critiche e timori – il ruolo di criterio di bilanciamento, ammodernamento e concretizzazione del diritto⁹. Mediante ricorso ad esso il giudice riesce, rispetto agli inadeguati tempi di reazione del potere legislativo, ad adeguare il diritto ai mutamenti della società¹⁰ e a risolvere le questioni nuove e complesse che pongono le moderne società pluraliste.

L'utilizzo del parametro della proporzionalità, finalizzato al perseguimento di uno scopo, prima di equilibrio, poi di giustizia¹¹, nelle dinamiche conflittuali, ha tuttavia mostrato alcune criticità.

Alcuni studi, in maniera più o meno esplicita, parlano di rischio di Jurisdiktionsstaat e di "leerlaufen" ("svuotamento") della forza normativa dei diritti fondamentali¹², che potrebbe anche giungere alla loro lesione¹³. Problematico si è rivelato anche l'utilizzo eterogeneo del principio di proporzionalità, con il rischio di una strumentalizzazione politica dello stesso¹⁴.

⁹ Il principio di proporzionalità, come sviluppatosi al di fuori della Germania, ha perso l'univoco carattere di argine al potere, in quanto è divenuto altresì strumento di astratta ponderazione valoriale fra beni. La ponderazione assume la forma di una ricerca di ottimizzazione ma, ancor prima, di una ricerca di giustizia. Kelsen, in un celebre scritto "Il problema della giustizia", richiama Platone e la sua dottrina delle idee. L'idea centrale è quella del bene assoluto e intorno a questa gravitano tutte le altre. Nucleo del bene assoluto è la giustizia e la giustizia in quanto tale diviene inafferrabile nella sua interezza, siccome trascendente la razionalità umana. Secondo la dottrina delle idee, nel mondo sensibile si percepiscono solo beni relativi e si percepisce, quindi, solo una giustizia relativa. Questa conclusione, però, per come raggiunta, rappresenta un punto di partenza. Il punto di partenza non risiede nell'enunciato di Kelsen nel capitolo "La giustizia nell'idea di bene assoluto", secondo cui «La giustizia è un segreto che Dio confida (...) a pochi eletti ed essa deve restare il loro segreto, perché essi non possono comunicarlo ad altri». Anzi, tale enunciato è, piuttosto, fonte di inquietudine: a chi si fa riferimento, ai redattori della norma fondamentale tanto cara a Kelsen o, in una prospettiva diversa, ai giudici? La ricerca del bene assoluto è da Platone condotta mediante dialoghi ed è proprio nei dialoghi fra le Corti che si osserva lo sviluppo di idee e l'affinamento dei criteri decisionali.

¹⁰ In tal senso si veda P. Grossi, *Per un diritto amministrativo del tempo post-moderno*, in *Quad. fior. stor.*, 45, 2016, 12: «Le norme non bastano più e lo segnala il riemergere imperioso, protagonista, di una fonte ignara delle rigidità legislative, anzi estremamente duttile, i principi, spesso di origine giudiziale e dottrinale, capaci in grazia della propria indeterminatezza di assorbire elasticamente le novità di un movimento e mutamento sempre più in corsa».

¹¹ Non sorprende quindi che il principio di proporzionalità sia entrato in voga con l'avvento di Stati aventi come obiettivo il perseguimento dell'interesse comune. In tal senso v. M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità: un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015, 7 ss.

¹² Cfr. J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, 1996.

¹³ Cfr. S. Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), 2009, 468 ss.

¹⁴ In tal senso, A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, DPCE On Line, 2, 2020, 2877. A tal proposito non può non richiamarsi la pronuncia P5PP del *Bundesverfassungsgericht*, nella quale i giudici di Karlsruhe hanno ritenuto la

Dinanzi a tali scenari, affinché il criterio di proporzionalità risulti efficace al perseguimento dei suoi scopi, quali l'adozione di misure volte a porre "argini ai poteri" e a bilanciare i valori in gioco, appare ragionevole richiamare alcune necessarie caratteristiche ordinarie. Tra queste, la presenza costante di un ordine valoriale di riferimento che guidi l'utilizzo del criterio di proporzionalità nell'operato dei soggetti che adottano la misura o che successivamente la valutano; l'indicazione di parametri di riferimento anche solo all'interno di macro settori del diritto, volta alla coerenza e certezza di quanto prospettato nelle motivazioni *ex ante* o affermato nei vagli giudiziali *ex post*; l'esclusione, o comunque l'attenuazione, di valutazioni di proporzionalità nel caso di eccessiva politicità o tecnicità delle questioni.

Solo ove adottato correttamente, il principio di proporzionalità può risultare determinante ai fini della corretta e giusta risoluzione di conflitti, nel ragionevole bilanciamento dei valori e nella capacità di adattamento ai rapidi sviluppi delle società moderne.

3. Il principio di proporzionalità nel mercato dei dati personali

Di indubbio interesse è l'applicazione del principio di proporzionalità nel mercato dei dati personali, sia per le caratteristiche del relativo settore giuridico che per la presenza di condizioni tali da richiedere un costante bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco.

Invero, è evidente la dinamica conflittuale che origina dai dati personali una volta collocati nel mercato e la conseguente necessità di tutela dei soggetti che ne sono titolari¹⁵.

Non a caso, nella disciplina di settore è stato positivizzato il ricorso al principio di proporzionalità, con l'indicazione di uno schema delineato e coerente. Contribuisce

pronuncia *Weiss* della Corte di Giustizia non intellegibile perché non avrebbe tenuto conto dei principi interpretativi del diritto come desumibili dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. In particolare, la non vincolatività della decisione *Weiss*, che aveva ritenuto il programma di politica monetaria della BCE compatibile con i trattati europei, deriva dalla constatazione che l'applicazione del principio di proporzionalità che si limiti al controllo di vizi manifesti e non prenda in considerazione, né tantomeno bilanci i dati concreti, svuota di senso il principio di attribuzione (*Einzelermächtigungsprinzip*) che delimita le competenze attribuite all'Unione (art. 5, par. 1, par. 2, e par. 4, TUE). Secondo i giudici di Karlsruhe il *self-restraint* della Corte di giustizia ha violato il mandato di cui all'art.19 par.1 per. 2 TUE, configurando una decisione *ultra vires* e costringendo quindi il BVerfG, in quanto "Hüter der Verfassung" (guardiano della Costituzione), a valutare autonomamente se le decisioni che istituiscono e attuano il PSPP rientrano nelle competenze attribuite dal diritto primario all'Eurosistema. Per approfondire le sfumature della pronuncia del BVerfG che ha destato particolare scalpore, si vedano D. U. Galetta, *Karlsruhe über alles? The Reasoning On The Principle Of Proportionality In The Judgment Of 5 May 2020 Of The German BVerfG and Its Consequences*; M. Siragusa – C. Rizza, L'"insostenibile leggerezza" del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di politica monetaria della BCE, in *rivista.eurojus.it*, 2, 2020; G. Tesauero, - P. De Pasquale, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Osservatorio, 2020; T. Marzal, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2020; A. Thiele, *VB vom Blatt: Das BVerfG und die Büchse der ultra-vires-Pandora*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2020; F. Bignami, *Law or Politics?: The BVerfG's PSPP Judgment*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2020.

¹⁵ Sui problemi legati al mercato dei dati v. V. Zeno-Zencovich, *Do "Data Markets" Exist?*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 22 ss.

a garantire maggiore coerenza l'istituzione, nonché il coordinamento delle Autorità indipendenti, dei Garanti nazionali per la protezione dei dati personali e dell'organo centrale, il Garante europeo per la protezione dei dati personali.

La peculiarità del mercato dei dati personali deriva dalla natura del bene circolante, ossia il dato personale che, seppure avente valore patrimoniale e negoziale, in quanto «asset disponibile in senso negoziale»¹⁶, non costituisce «una merce» come le altre. Il dato personale è infatti espressione della personalità dell'individuo ed oggetto di diritti fondamentali espressamente riconosciuti dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta di Nizza»), nell'accezione di privacy come riservatezza, a garanzia del «rispetto della vita privata e della vita familiare», nonché dall'art. 8 par.1 della medesima Carta di Nizza e dall'art. 16, par. 1, TFUE che riconoscono ad ogni persona il «diritto alla protezione dei dati di carattere personale»¹⁷.

Va dunque esaminata la proporzionalità quale argine al nuovo potere detenuto dalle imprese operanti nel mercato dei dati personali, di recente emersione.

Diversamente da quanto innanzi osservato con riguardo alla prassi del '900, che vedeva il principio di proporzionalità quale limite del potere pubblico, nel regolare il mercato dei dati personali e governare il conflitto il principio di proporzionalità opera nei confronti degli operatori economici privati ponendo limiti all'autonomia privata, quale principio qualitativo con forza conformativa.

Il fatto che, come sostenuto in dottrina¹⁸, il principio di proporzionalità si sia posto come vincolo all'attività statale nel momento in cui lo Stato ha iniziato a perseguire il bene comune, costretto a confrontarsi con l'emersione di sempre più ampi diritti, prima *Abwehrrechte* e poi *Grundrechte*, sta forse a significare che i privati, detentori di un potere, suscettibile di abuso a danno non solo dell'individuo ma anche della collettività, hanno doveri assimilabili?

Come si vedrà, l'autonomia privata risulta limitata in modo stringente e, tuttavia, rinnovata, in quanto il titolare del trattamento dei dati è chiamato a confrontarsi e a rispettare la proporzionalità, con una previa valutazione che lo responsabilizza e allo stesso tempo ne valorizza l'agire.

¹⁶ TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 e Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2630.

¹⁷ Sul riconoscimento di un diritto fondamentale alla protezione dei dati di carattere personale e sul ruolo determinante svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si vedano M. Bassini, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quad. cost.*, 3, 2016, 587 ss.; G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in G. Resta – V. Zeno Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, 2016, 113 ss.; H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU*, New York, 2016; O. Linskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2016; B. Petkova, *Towards an Internal Hierarchy of Values in the EU Legal Order*, in *MJECL*, 23 (3), 2016, 421 ss.; M. Brkan, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: finding the Way through the Maze of the CJEU'S Constitutional reasoning*, in *German Law Journal*, 20 (6), 2019, 864 ss.; O. Pollicino - M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. Resta – V. Zeno Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, cit., 73 ss.

¹⁸ Fra i tanti si veda M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità*, cit., 7 ss.

4. «La decisione politica nel conflitto»¹⁹

Il mercato dei dati personali è emblema di un intrinseco conflitto fra valori la cui risoluzione normativa non può che avere caratteri di politicità. Nel disciplinare il mercato dei dati personali ci si imbatte in una realtà che non può essere regolamentata da leggi naturali, né tantomeno tecnocratiche. Il conflitto, nella sostanza, si pone fra tecnica e persona umana, e fra le rispettive estrinsecazioni, ovvero mercato “iper-efficiente” e società democratica.

Se si procede ad una ricostruzione della legislazione europea e italiana a partire dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di tutela delle persone fisiche, con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali (“Direttiva madre”), si può osservare come il diritto via via prodotto abbia impresso un orientamento²⁰ e determinato la forma del mercato. La Corte di Giustizia ha contribuito alla definizione dell’orientamento politico, con decisioni che fungono da raccordo fra gli atti legislativi. Si tratta di un dialogo virtuoso che ha permesso un positivo sviluppo della materia e che sempre di più evidenzia il carattere dell’Unione Europea come «unione di diritto»²¹.

Con riguardo all’orientamento impresso nella conformazione del mercato dei dati personali, è possibile prendere spunto da una distinzione, recentemente prospettata, che fa leva su tre fasi: il liberismo digitale, l’attivismo giudiziale e il costituzionalismo digitale²².

La prima fase, caratterizzata da un favor per le libertà di mercato e dall’inconsapevolezza delle implicazioni negative del potere in capo alle piattaforme digitali, viene ravvisata nel periodo fra l’introduzione della prima direttiva, nel 1995, e il riconoscimento di rango primario, nel 2009, alla Carta di Nizza.

La seconda fase, caratterizzata da un attivismo giudiziario che ha invertito l’orientamento Europeo, fissando la priorità della tutela dei diritti fondamentali²³, è intervenuta sull’onda dell’introduzione degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, rispettivamente concernenti il rispetto della vita privata e familiare e la protezione dei dati di carattere personale, con attribuzione di rilevanza alla proporzionalità quale limite alla compressione dei diritti contenuti nella Carta.

Infine, una terza fase si è avviata nel 2016 con l’approvazione del Regolamento (UE) 2016/679 (“GDPR” o “Regolamento”), finalizzato a soddisfare le esigenze della cir-

¹⁹ Così N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009.

²⁰ Ivi, 71.

²¹ CGUE, C-362/14, *Schrems* (2015), § 60.

²² Si veda G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020, 41 ss. L’autore prospetta anche l’inizio di una quarta fase, che vede l’Unione europea operare sul piano globale.

²³ Si evidenzia un «percorso da una protezione per lo più mercantile della circolazione dei dati personali a una *fundamental rights oriented*» in O. Pollicino, *L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, 2018, in questa *Rivista*, 3, 2018, 138 ss.

colazione dei dati ma, ancor prima, a garantire un'ampia e specifica tutela degli individui. Il dato caratteristico della terza fase è costituito dalla centralità, nell'ambito della costruzione del Regolamento, degli obblighi in capo al titolare del trattamento, il cui ruolo, ai sensi del principio di accountability previsto art. 5 del GDPR, è di speciale responsabilità.

4.1. La direttiva 95/46 e la legislazione italiana

La regolamentazione della circolazione dei dati personali prende avvio con la Direttiva madre. Tale Direttiva se da un lato ha il merito di positivizzare una tutela dei dati personali dell'individuo, dall'altro esprime l'intento di riconoscere e incentivare la circolazione dei dati e il mercato digitale. Ponendo a confronto la Direttiva con la legge di attuazione n. 675 del 31 dicembre 1996 sulla "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali", emerge un atteggiamento maggiormente "mercantilistico" del legislatore europeo.

All'art. 1, c. 1, della l. 675/1996 il legislatore italiano pone quale finalità della legge «che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale» e che si garantiscano «altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione». Non vi è alcun riferimento alla tutela della dinamica circolatoria. Anzi, il legislatore si concentra sulla positivizzazione dei diritti della personalità, in particolare del diritto alla riservatezza, oggetto di una tormentata vicenda culturale e giudiziaria²⁴. In altre parole, si percepisce la scelta di un

²⁴ Si vedano Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 1956, n. 4487, cd. "caso *Caruso*"; Cass. civ. sez. I civile 20 aprile 1963, n. 990 cd. "caso *Petacci*"; Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129, cd. "caso *Soraya*" e Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104. Il *leading case* del riconoscimento del diritto alla riservatezza è costituito dal "caso *Soraya*". In tale pronuncia la Suprema Corte rileva la necessità di dare una soluzione alla questione del diritto alla riservatezza e afferma che la «naturale evoluzione giurisprudenziale, mentre resti ancorata alle norme costituzionali ed alle altre disposizioni del nostro ordinamento positivo, sia sensibile al contemperamento della tutela dei diversi interessi, alla luce di una vasta tendenza, anche di diritto internazionale, ad estendere la difesa della personalità umana, sia nei confronti dell'abuso dei pubblici poteri, che nei rapporti intersoggettivi individuali». La Corte Suprema ritiene, in risposta agli sviluppi tecnologici che permettono un'intensa penetrazione nella vita privata delle persone e rispetto al livello di tutela della vita privata concesso nell'ordinamento sovranazionale, che non vi sia altra scelta possibile se non riconoscere un fondamento al diritto alla riservatezza, definendone a grandi linee l'estensione. I giudici innanzitutto richiamano la pregressa giurisprudenza, soffermandosi, in particolare, sui casi *Caruso* e *Petacci*. Affermano quindi che non si può prescindere dalla definizione di un diritto soggettivo perfetto, che però necessita di un fondamento normativo (*Rechtsfindung*). Tale esigenza preme ancor di più, in virtù del fatto che un eventuale diritto alla riservatezza andrebbe a limitare la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. La Corte procede quindi all'individuazione del fondamento normativo e lo fa basandosi sull'interpretazione teleologica delle norme a tutela di determinate manifestazioni individuali, sulla base del criterio ermeneutico di cui all' art. 12 delle Disp. sulla legge in gen., secondo il quale «*scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*». Aggiunge che vi sono anche numerosi riferimenti espliciti di norme adottate dal legislatore. Una concezione del diritto alla riservatezza che non ricomprende semplicemente l'intimità domestica non contrasterebbe, secondo la Corte, neppure con le norme Costituzionali. In particolare l'art. 2 Cost., secondo la prospettiva già elaborata nel caso *Petacci*, riconosce il diritto *erga omnes* alla libertà di autodeterminazione, ossia il diritto alla tutela della personalità sia come singolo, sia nelle formazioni sociali; l'art. 3 Cost. riconosce la "dignità sociale del cittadino" che necessita della tutela di una sfera di autonomia; gli artt. 13, 14 e 15

legislatore che ha ritenuto inammissibile enunciare la compressione del diritto alla riservatezza, dopo i tanti ostacoli che si erano dovuti superare per riconoscerlo. Viene introdotta l'autorizzazione al trattamento dei dati personali, ma si rimane ancorati alla concezione di un diritto alla riservatezza assoluto e imprescrittibile, in quanto legato ai diritti della personalità dell'individuo. A conferma di ciò, nella legge n. 675 del 1996 non vi è alcun riferimento, né fra le finalità, né nelle disposizioni, alla "circolazione" dei dati, ma solo alla loro "diffusione" e "comunicazione"²⁵.

La nozione di "circolazione", invece, oltre ad essere contenuta nel titolo della direttiva 95/46/CE, è richiamata più volte (sette, di cui sei nei considerando) dal legislatore europeo. Fra i richiami alla "circolazione" sono emblematici quelli nel considerando 8 e all'art. 1, par. 2, della Direttiva. Infatti, il considerando 8 recita che «per eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali, il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone relativamente al trattamento di tali dati deve essere equivalente in tutti gli Stati membri». La tutela dei diritti e delle libertà appare garantita in quanto funzionale alla circolazione dei dati personali.

Allo stesso modo, all'art. 1, par. 2, che riguarda "l'oggetto" della Direttiva, si prescrive che «gli Stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela garantita a norma del paragrafo 1». Risulta in qualche misura che la libera circolazione è una priorità, nettamente distinta dal trattamento dei dati. Per quanto disposto dal legislatore europeo del '95, si ha dunque l'impressione che trattamento e circolazione configurino momenti diversi, tali da non inficiarsi reciprocamente²⁶.

Altro esempio del diverso approccio alla materia da parte del legislatore europeo e del legislatore italiano si può ricavare dal trattamento delle categorie particolari di dati.

A tal proposito l'art. 8, par. 1, della Direttiva recita «Gli Stati membri vietano il trattamento di dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche,

Cost.; l'art. 27 Cost. riconosce la presunzione di innocenza e impone limiti alla circolazione di notizie sulle vicende dell'imputato, cui si aggiunge il carattere inviolabile dell'autonomia della famiglia di cui all'art. 29 Cost. e il limite della libertà economica nella lesione della dignità umana di cui all'art. 41 Cost., confermano, tutti, che il diritto alla riservatezza è in piena armonia con i principi costituzionali. La Corte fa anche riferimento ai molteplici Atti internazionali, che pur non vincolanti nei rapporti intersoggettivi, ma solamente d'indirizzo per l'attività del legislatore, costituiscono comunque «un notevole criterio interpretativo delle norme vigenti nel nostro ordinamento». I giudici, sulla base di quanto argomentato, riconoscono un diritto alla riservatezza consistente «nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione e il decoro, non siano giustificate da interessi pubblici preminenti».

²⁵ Si veda l'art. 1, par. 2, lett. g) e b) con riguardo alle "definizioni":

g) per "comunicazione", il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione;

h) per "diffusione", il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

Si veda anche l'art. 7 con riguardo all'obbligo di notificazione del titolare che intenda procedere al trattamento. Ai sensi del par. 4, lett. d), del suddetto articolo la notificazione deve contenere anche «l'ambito di comunicazione e di diffusione dei dati»;

²⁶ Cfr. In tal senso F. Rossi Dal Pozzo, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento dei dati personali*, in *I Post* di AISDUE, I, 2019, *Sezione "Convegni annuali e interinali"* n. 9, 1° ottobre 2019 in *aisude.eu*

le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati relativi alla salute e alla vita sessuale». Tale divieto è generale ma non assoluto in quanto sono previste ipotesi di deroga. Fra tutte risalta l'art. 8, par. 2, lett. a) che dispone la non applicazione del divieto al trattamento delle categorie particolari di dati se «la persona interessata abbia dato il proprio consenso esplicito a tale trattamento, salvo nei casi in cui la legislazione dello Stato membro preveda che il consenso della persona interessata non sia sufficiente per derogare al divieto di cui al paragrafo 1».

Rispetto a quanto considerato nelle due previsioni, il legislatore italiano nel capo IV sul "Trattamento di dati particolari" della legge ha esteso la tutela. Innanzitutto, ha aggiunto nella categoria dei dati – in particolare nell'ambito dei dati sensibili previsti all'art. 22 – i dati riguardanti "l'adesione a partiti", aggiungendo tali dati a quelli sulle "opinioni politiche". Si lascia quindi intendere che l'adesione a partiti non sempre è conseguenza di opinioni politiche, ma necessita di una tutela *ex se*. Oltre a questa integrazione, interessante più da un punto di vista socioculturale che giuridico, il legislatore italiano ha fatto uso del margine di manovra consentito dalla Direttiva prevedendo che per il trattamento dei dati personali sensibili non sia sufficiente il consenso dell'interessato, ma serva anche l'autorizzazione del Garante²⁷. Come rilevato da attenta dottrina²⁸, l'unica, seppur minima, apertura del legislatore italiano ad un regime circolatorio dei dati, si ricava dall'art. 16, c. 2, lett. b) della l. 675 del 1996. secondo cui, in seguito alla cessazione del trattamento, i dati possono essere ceduti ad altro titolare. Da tale previsione traspare un utilizzo, forse involontario, delle categorie del diritto delle obbligazioni.

L'approccio del legislatore italiano, nell'affermazione della tutela prioritaria della sfera personale dell'individuo, è confermato nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, "Codice in materia di protezione dei dati personali", contenente importanti novità rispetto alla l. 675 del 1996. Tra queste spicca l'esplicito riconoscimento del Diritto alla protezione dei dati personali *ex art. 1*. Va inoltre evidenziata la nuova collocazione dell'articolo 23 disciplinante il consenso informato, oggi inserito nel Capo III del Titolo III della Parte I, relativo alle "Regole generali del trattamento dei dati", precedentemente collocato nel Titolo II fra i "Diritti dell'interessato". Ciò, come rilevato in dottrina, lascia pensare ad una maggiore apertura all'idea di circolazione dei dati, attribuendo al consenso il ruolo di condizione di liceità e non invece di strumento di difesa individuale a carattere autorizzatorio²⁹.

Da segnalare è anche l'importante introduzione del "principio di necessità del trattamento" *ex art. 3*³⁰, volto a imporre la minimizzazione del trattamento dei dati persona-

²⁷ In tal senso si può richiamare quanto scritto sul "mito del consenso" da S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 45.

²⁸ V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto o mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali del diritto europeo*, Torino, 2019, 23 ss., spec. 29, nt. 10.

²⁹ Cfr. F.G. Viterbo, *Protezione dei dati personali e autonomia privata: profili di interferenza e di reciproca funzionalizzazione*, Napoli, 2008, 181.

³⁰ «I sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità

li e ad escludere il trattamento se non strettamente necessario per lo scopo perseguito, con evidente richiamo alla proporzionalità, al quale si aggiungono l'arricchimento delle definizioni ex art. 4 e l'ampliamento degli obblighi in capo al titolare del trattamento ex artt. 28 ss.

4.2. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il vaglio di proporzionalità

L'atteggiamento del legislatore europeo con la direttiva 95/46/CE si è mostrato, con l'evolversi del mercato dei dati personali, inadeguato a governare il fenomeno e, comunque, non sufficiente al fine di tutelare i diritti fondamentali degli individui. Infatti, come rilevato in dottrina³¹, la direttiva 95/46/CE e gli altri atti europei costituenti agli inizi del 2000 il framework normativo³² si ponevano soprattutto nel senso di incentivare la libertà dell'esercizio dell'attività economica, allo scopo di promuovere lo sviluppo del mercato digitale, pur nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Successivamente³³, con il sopraggiungere di operatori privati e pubblici capaci di ledere vistosamente i diritti fondamentali, è divenuto prioritario limitare e vigilare attivamente il potere acquisito dagli stessi, prima ancora di incentivare lo sviluppo del mercato. Si è reso quindi necessario che i diritti fossero tutelati non più solo passivamente, mediante un approccio difensivo, ma attivamente, con il ricorso a strumenti di controllo delle attività del trattamento dei dati poste in essere da poteri privati e pubblici.

La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia con particolare intensità in seguito al riconoscimento di rango primario alla Carta di Nizza. La Corte di giustizia si era già espressa a difesa dei diritti fondamentali della persona affermando, nella pronuncia Stauder, che essi «fanno parte di principi del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza»³⁴ e aveva espressamente riconosciuto il diritto alla protezione dei dati³⁵. Avere a disposizione un bill of rights le ha permesso di imporsi maggiormente a tutela dei diritti fondamentali, anche scontrandosi con l'obiettivo primario dell'Unione Europea, ossia l'integrazione economica.

La Carta di Nizza, come innanzi accennato, afferma il diritto al rispetto della vita familiare e privata e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale.

che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità»

³¹ G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism*, cit., 6 ss.

³² Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, G.U. L 108 del 24/04/2002, 51-77; direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, G.U. L 201 del 31/07/2002, 37 - 47; direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, G.U. L 178 del 17/07/2000, 1-16.

³³ Si pensi ad esempio che *Facebook*, una delle componenti dei cd. GAFAM, è stata fondata nel 2004, quindi otto anni dopo l'entrata in vigore della direttiva.

³⁴ CGUE, C-29/69, *Stauder* (1969).

³⁵ CGUE, C-275/06, *Promusicae* (2008).

Si tratta di diritti non incompressibili e assoluti³⁶ e per disciplinarne la derogabilità la Carta di Nizza prevede, all'art. 52, par. 1, lo schema del principio di proporzionalità: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Negli anni successivi, dunque, la Corte di Giustizia ha affrontato, in molteplici occasioni, la questione del bilanciamento tra protezione dei dati personali, libertà d'espressione³⁷ e libertà economiche degli operatori³⁸. L'obiettivo perseguito - e anche raggiunto - è stato quello di innalzare i livelli di tutela degli individui³⁹. Fra le svariate pronunce è utile soffermarsi sulle celebri *Digital Rights Ireland*⁴⁰ ("DRI") e *Google Spain*⁴¹. Ambedue sono state emesse nel 2014 e si sono fondate sull'applicazione del principio di proporzionalità.

La pronuncia DRI ha esaminato la legittimità della direttiva 2006/24/CE in tema di conservazione dei dati in seguito al rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte Suprema irlandese e dalla Corte costituzionale austriaca, alle quali era stata precedentemente posta la questione di legittimità degli atti interni attuativi della Direttiva stessa.

La direttiva in questione prevedeva, a scopo di prevenzione, attività di indagine e accertamento di terrorismo e criminalità, l'immagazzinamento sostanzialmente illimitato, per una durata variabile fra i sei e i ventiquattro mesi, dei dati forniti dai servizi di comunicazione e riguardanti indistintamente chi utilizzava tali servizi. Tale attività costituiva, con tutta evidenza, un'ingerenza nel diritto alla protezione dei dati personali, tale da provocare il cd. *Beobachtungsgefühl*, ossia la sensazione d'essere costantemente sotto sorveglianza (§§ 36 ss.). Constatando una violazione di rilevanti diritti fondamentali e – più nel dettaglio – una grave ingerenza nella sfera individuale degli utenti, la Corte di giustizia decideva di procedere ad un controllo di proporzionalità

³⁶ V. la sentenza 18 marzo 2010, *Alassini e a.* (da C-317/08 a C-320/08, § 63), in cui la Corte ha dichiarato che «secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti».

³⁷ Per un'interessante panoramica del bilanciamento fra libertà d'espressione e libertà economiche si veda M. Bassini, *Internet e libertà di espressione - Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019. Con un approfondimento alla luce del *principio di accountability*, a partire dal *Network Enforcement Act* (*Netzdurchsetzungsgesetz*, *NetzDG*) adottato in Germania nel 2017 fino alla più recente proposta di regolamento europeo (*Digital Services Act*), si veda M. Eifert, *Accountability of Social Media – A European Perspective*, in Working Paper No. 10 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation, 2021.

³⁸ CGUE, C-73/07, *Satamedia* (2018); CGUE, C-70/10, *Scarlet* (2011); CGUE, C-360/10, *SABAM* (2012).

³⁹ A tal fine, ad esempio, la Corte riconobbe la non neutralità delle piattaforme digitali, compiendo così un passo in avanti verso la responsabilizzazione di queste ultime, CGUE, C-324/09, *L'Oréal SA* (2011).

⁴⁰ CGUE, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd* (2014).

⁴¹ CGUE, C-131/12, *Google Spain* (2014).

in senso stretto (§§ 48 ss.). La direttiva risultava idonea al perseguimento dello scopo di sicurezza pubblica e, tuttavia, ledeva il principio di necessità, in quanto la raccolta riguardava quasi l'intera popolazione europea, sostanzialmente senza distinzione, e i dati venivano mantenuti per un lungo periodo di tempo. La Corte concludeva affermando l'invalidità della direttiva in quanto «si deve considerare che, adottando la direttiva 2006/24, il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta» (§ 69). Si tratta di una decisione molto importante che rappresenta uno dei casi di applicazione di un principio di proporzionalità rigido, con limitazione della discrezionalità del legislatore europeo a quanto strettamente necessario, in considerazione della rilevanza del diritto fondamentale leso.

La Corte di giustizia non arriva a vagliare il rispetto della proporzionalità in senso stretto, dal momento che la direttiva risultava sproporzionata già alla luce del principio di necessità, “gradino” precedente nel tradizionale schema trifasico.

Nella pronuncia *Google Spain*⁴² ha luogo la definitiva emancipazione della protezione dei dati personali dalla dimensione economica del libero scambio⁴³. La Corte di giustizia, infatti, verifica la proporzionalità del trattamento dei dati personali con la libertà d'attività economica e la libertà d'espressione.

Il caso sottoposto alla Corte riguarda il preteso diritto all'oblio vantato da un soggetto nei confronti di Google. La Corte innanzitutto afferma che Google, anche se gestore del motore di ricerca, e quindi mediatore, va ritenuto titolare del trattamento e inoltre rileva che, anche se operatore privato, il «gestore di tale motore di ricerca quale responsabile del trattamento in questione deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che tale trattamento soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti». La Corte afferma dunque un principio di responsabilità del titolare del trattamento che deve dar conto del rispetto della direttiva, e precisa che il mantenimento di un dato personale per un tempo ulteriore rispetto a quanto necessario configura una violazione del principio di proporzionalità e, quindi, una profonda ingerenza nel diritto alla protezione dei dati personali, la cui gravità è tale da non poter essere giustificata da un interesse economico del gestore

⁴² Per un approfondimento, G. Resta - V. Zeno-Zencovich, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in Internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Dir. inf.*, 3, 2017, 565 ss.

In una recente pronuncia della Cassazione (Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9147) i giudici ricostruiscono il diritto all'oblio come previsto dal GDPR all'art. 17 e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare in *Google Spain*. Inoltre, la Corte conferma la natura di diritto della personalità del diritto all'oblio e provvede a distinguerlo dal diritto alla riservatezza. Nonostante entrambi i diritti si sviluppino come limite al diritto di cronaca e impongano il bilanciamento con valori costituzionali, nel caso del diritto all'oblio non si tratta di mera tutela della riservatezza “*right to be left alone*”, ma piuttosto di “*right to be forgotten*”. L'elemento che distingue i bilanciamenti in questione è, quindi, il fattore tempo, posto che il diritto all'oblio si configura dal momento in cui il dato personale oggetto di notizia perde di rilevanza pubblica, in virtù dello scorrere del tempo. Si prospetta conseguentemente il diritto a non rimanere esposti, ad una dimensione non attuale della persona, e il diritto al controllo dei propri dati.

⁴³ V. Fiorillo, *Il principio di proporzionalità da parametro di validità a fondamento del diritto alla protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2017.

del motore di ricerca o dall'interesse del pubblico a reperire l'informazione⁴⁴. È stato quindi riconosciuto al ricorrente il diritto di pretendere la deindicizzazione dei link in questione dall'elenco di risultati sulla piattaforma di ricerca.

Da tale pronuncia possono trarsi spunti molto utili. La Corte riconosce il diritto all'oblio e afferma che dai poteri del gestore di una piattaforma, che sia di per sé idonea ad amplificare la lesione di un diritto fondamentale, «derivano grandi responsabilità» (§ 87)⁴⁵.

Il diritto all'oblio e il principio di accountability, ovvero di responsabilità, del titolare del trattamento, sono stati in seguito introdotti, come si è innanzi accennato, nel GDPR, rispettivamente all'art. 5 e all'art. 17. Va osservato che sia il diritto all'oblio che il principio di accountability erano previsti nella proposta di Regolamento della Commissione⁴⁶ precedente rispetto alle due pronunce. La portata innovatrice dell'attivismo della Corte di Giustizia si è quindi mossa, in questi frangenti, di pari passo con gli sviluppi dei procedimenti di legiferazione europea.

4.3. GDPR e la responsabilità del titolare del trattamento

L'orientamento politico caratterizzante la fase successiva si coglie esaminando il GDPR, i cui scopi sono la garanzia di alti livelli di tutela dell'individuo e della collettività, il sostegno alla libera circolazione dei dati personali e la salvaguardia del «diritto al trattamento dei dati»⁴⁷. L'importanza dei principi posti da tale Regolamento si evince anche dal richiamo degli altri atti europei che, nel disciplinare il settore digitale, ne prevedono, in caso di contrasto, la prevalenza⁴⁸. Allo stesso modo, anche rispetto alla disciplina nazionale della privacy⁴⁹, il GDPR opera come «parametro di legittimità» e «canone interpretativo a valenza generale»⁵⁰.

Il Regolamento poggia su una base giuridica diversa da quella della direttiva 95/46/CE: non più l'art. 100 A del Trattato che istituisce la comunità europea ("TCE"), ma

⁴⁴ CGUE, C-131/12, cit., §§ 81 e 96. Inoltre, la Corte afferma che il bilanciamento porterebbe a conclusioni diverse se la persona fosse un soggetto pubblico.

⁴⁵ Cfr. per un interessante approfondimento O. Pollicino, *Diabolical persistence*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 25 luglio 2020.

⁴⁶ Bruxelles, 25 gennaio 2012, COM(2012) 11 final, 2012/0011 (COD).

⁴⁷ Cfr. F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018.

⁴⁸ Ad esempio, la direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali dispone al considerando 37 che «in caso di conflitto tra la presente direttiva e il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, quest'ultimo dovrebbe prevalere».

⁴⁹ Per una ricostruzione dell'adeguamento dell'assetto normativo italiano all'entrata in vigore del GDPR, si veda G. Finocchiaro, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, 2019, 3 ss.

⁵⁰ Così C. Colapietro – A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in C. Colapietro - L. Califano (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017. In altre parole, si può affermare che in ipotesi di conflitto fra norme il GDPR «bricht den Rest».

il par. 2 dell'art. 16 del TFUE⁵¹. Tale diverso fondamento ha permesso di provvedere non solo ad un'armonizzazione e ad un avvicinamento delle legislazioni, ma anche ad una disciplina omogenea, volta ad evitare «la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione» (considerando 9, GDPR). Si tratta di una normativa assai complessa e vasta, composta da 99 articoli e 173 considerando. Si illustrerà sinteticamente il fulcro della disciplina per poi esaminare l'elemento caratteristico, intorno al quale si impernia il Regolamento, ossia il principio di responsabilità del titolare del trattamento affermato all'art. 5.

«*The processing of personal data should be designed to serve mankind*», così recita la prima frase del considerando 4, è stata tradotta in italiano «il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo». La non precisa traduzione – anche se di un enunciato senza carattere normativo – rileva nella misura in cui muta il senso di uno dei considerando fondamentali e emblematici del GDPR. La differenza tra i concetti di umanità (*mankind*)⁵² e uomo è cruciale in quanto esprime il diverso approccio del legislatore europeo, rispetto a quello assunto nella direttiva 95/46/CE. Nella Direttiva madre, infatti, il considerando 2 enunciava che «i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell'uomo» (sia in italiano che nelle altre lingue).

Affermare che il trattamento dei dati è al servizio dell'umanità significa considerare la circolazione dei dati personali un fenomeno con una funzione economico-sociale⁵³, ma anche con implicazioni negative per la collettività, oltre che per l'individuo⁵⁴; significa acquisire consapevolezza che un approccio difensivo dell'individuo in sé non è sufficiente, ma piuttosto è necessario garantire la liceità e la sicurezza del trattamento nel momento dinamico, pretendendo un atteggiamento proattivo del titolare del trattamento⁵⁵; significa porsi a difesa e sostegno della dignità in quanto dignità sociale, tale solo se rispettata anche nel rapporto con l'altro. Utilizzare la parola “umanità” invece di quella “uomo” dà la percezione della portata del fenomeno, che non riguarda solo la sfera dei diritti individuali, ma la collettività nel suo insieme, divenuta “società digitale”

⁵¹ Si riporta qui il paragrafo in questione: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti».

⁵² In francese, il considerando recita «*Le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité*»; in tedesco «*Die Verarbeitung personenbezogener Daten sollte im Dienste der Menschheit stehen*»; in spagnolo «*El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad*».

⁵³ Cfr. A. Ricci, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 33(2), 2017, 586 ss.

⁵⁴ Cfr. N. Zorzi Galgano, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in Ead. (a cura di), *Persona e mercato dei dati, riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019. L'autrice scrive a tal proposito «che se i dati di carattere personale sono inesatti, non è lesa solo il diritto della persona fisica a cui i dati si riferiscono, ma anche il corrispondente mercato risulta falsato».

⁵⁵ Cfr. F. Mollo, *Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., 256. Con riguardo agli scopi attribuiti al responsabile del trattamento l'autore afferma come questi ultimi vadano letti teleologicamente «nel quadro di un modello partecipativo, che intende valorizzare la centralità dei doveri del titolare del trattamento».

e “società dell’informazione”⁵⁶.

Sulla base di questi presupposti si può procedere all’esame delle disposizioni del GDPR. L’art. 1, rubricato “oggetto e finalità”, dispone che il Regolamento si propone di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, nonché di garantire la libera circolazione dei dati personali, la quale «non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali». La norma esprime una tutela molto ampia, con ambivalente e conflittuale finalità, in quanto volta sia alla tutela dei diritti fondamentali che alla garanzia di libera circolazione dei dati.

L’art. 1 costituisce norma programmatica⁵⁷ che inquadra lo stato di tensione insito nella regolamentazione⁵⁸. Dalla tensione fra la tutela del dato personale, come bene espressione di un diritto fondamentale, e lo sfruttamento del dato personale, come merce e attività economica, consegue la assoluta necessità di un bilanciamento, di una valutazione di proporzionalità concernente i diritti coinvolti, sotto il profilo delle misure e delle attività poste in essere. Questa, d’altronde, è la via indicata dal legislatore europeo che dispone, al considerando 4, che «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità.»⁵⁹.

La portata innovatrice del GDPR risiede nell’aver affidato l’onere dei bilanciamenti riguardanti il trattamento dei dati al titolare del trattamento stesso, che è così chiamato ad una condotta proattiva.

Il legislatore europeo fissa i concetti fondamentali, ma la valutazione case by case è lasciata al titolare, cui spetta l’onere di provare l’avvenuta valutazione positiva *ex ante*. Tra i concetti fondamentali positivizzati nel Regolamento vi è una definizione molto ampia di dato personale, che corrisponde a «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”)⁶⁰ e una definizione, altrettan-

⁵⁶ A proposito delle nuove sfide del fenomeno oggetto di regolamentazione è interessante leggere anche una parte della motivazione che ha accompagnato la proposta del nuovo regolamento da parte della commissione: la direttiva 95/46/CE «*was a milestone in the history of data protection (...) However, it was adopted 21 years ago when the internet was in its infancy. In today’s new, challenging digital environment, existing rules provide neither the degree of harmonisation required, nor the necessary efficiency to ensure the right to personal data protection.*». Cfr. *Safeguarding Privacy in a Connected World A European Data Protection Framework for the 21st Century*, COM/2012/09 final.

⁵⁷ Heidelberg Kommentar DS-GVO BDSG. Art. 1.

⁵⁸ Si veda a tal proposito N. Zorzi Galgano, *Persona e mercato dei dati*, cit.

⁵⁹ Il considerando 4 prosegue con una sorta di elenco dei diritti che devono essere valutati nel bilanciamento «Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d’informazione, la libertà d’impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica»

⁶⁰ Art. 4, par. 1, n.1, GDPR che prosegue disponendo che «si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

to ampia, del titolare del trattamento⁶¹ che ricomprende la persona fisica, la persona giuridica e l'autorità pubblica⁶².

Al titolare del trattamento oltre ad essere affidata la determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento di dati personali, è attribuita, ai sensi del principio di accountability ex art. 5, par. 2, la responsabilità di verificare e rendere dimostrabile il rispetto dei “principi applicabili al trattamento” previsti dall’art. 5, par. 1, che sono riassunti nel GDPR come “liceità, correttezza e trasparenza” (lett. a), “limitazione della finalità” (lett. b), “minimizzazione dei dati” (lett. c), “esattezza” (lett. d), “limitazione della conservazione”(lett. e) e “integrità e riservatezza” (lett. f).

Sempre sul piano della responsabilizzazione del titolare, il GDPR stabilisce molteplici obblighi di valutazione del trattamento e di predisposizione del medesimo conformemente ai principi indicati. In particolare, il titolare, ai sensi degli artt. 24 ss., deve mettere in atto misure tecniche e organizzative volte a minimizzare qualitativamente e quantitativamente l’impatto sui diritti degli interessati.

A tal proposito, ai sensi dell’art. 25, (cd. privacy by design e privacy by default), il titolare, nell’atto della predisposizione (design) e attuazione del trattamento, deve mettere «in atto misure tecniche e organizzative adeguate (...) volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati (...) e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati» e deve inoltre mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita (default), solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento». Vanno anche richiamati, nell’ambito del ruolo di responsabilità del titolare, l’obbligo specifico di adottare misure organizzative e tecniche per garantire la sicurezza dei dati personali, ai sensi dell’art. 32, e il dovere di procedere ad una valutazione di impatto del trattamento, ai sensi dell’art. 35, in presenza di rischi per i diritti degli utenti, in conseguenza dell’utilizzo di nuove tecnologie adottanti sistemi di valutazione automatizzata su larga scala, di luoghi pubblici o afferenti dati sensibili.

All’attribuzione di responsabilità si accompagna inevitabilmente un margine di discrezionalità. A conferma di ciò, ciascuno degli obblighi precedentemente richiamati è preceduto dall’enunciazione secondo cui il titolare deve tenere conto «della natura, dell’ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche». Il GDPR, quindi, innova nella misura in cui struttura la disciplina intorno all’attribuzione di responsabilità al titolare del trattamento, quale strumento di governo del fenomeno della società digitale in costante movimento e sviluppo⁶³.

⁶¹ Per un approfondimento della distinzione soggettiva fra titolare, contitolare e responsabile si veda S. Calzolaio - V. Fiorillo - M. Timiani - L. Ferola - E.A. Rossi, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in C. Colapietro - L. Califano (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 137 ss.

⁶² Si veda art. 4, par. 1, lett. f): «titolare del trattamento: la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell’Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell’Unione o degli Stati membri».

⁶³ Cfr. S. Sica, *Verso l’unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali?*, in S. Sica - V. D’Antonio

D'altra parte, secondo alcuni autori⁶⁴ il GDPR è caratterizzato anche da una valorizzazione della dimensione dell'individuo, di cui viene tutelato il consenso ex artt. 4, n. 11⁶⁵, e 7 e a cui sono attribuiti ed espressamente riconosciuti nuovi diritti: il cd. diritto all'oblio ex art. 17, il diritto alla revoca del consenso ex art. 6, par. 3, il diritto alla portabilità dei dati ex art. 20 e il diritto di opposizione ex art. 21.

Tali diritti, tuttavia, secondo altra dottrina⁶⁶, riducono ancor di più la rilevanza del consenso, rendendolo condizione residuale⁶⁷ e spingendo così il titolare ad affidarsi alle altre condizioni di liceità del trattamento. Infatti, all'art. 6 è previsto un "divieto generale" di trattamento dei dati personali, salvo che si configuri una delle condizioni di liceità previste alle lett. a-f) del suddetto articolo. Solo la prima delle condizioni di liceità si fonda sull'esplicito consenso al trattamento. Quindi il titolare del trattamento piuttosto che fondare l'attività sul consenso, che può essere revocato ed è soggetto a stringenti vincoli di validità (fra tutti, l'art. 7, par. 4, sul quale si basa la decisione Facebook del Bundeskartellamt)⁶⁸, può fondare il trattamento su un'altra condizione di liceità.

Ad ogni modo, il legislatore, pur riconoscendo formalmente la rilevanza del consenso, sembra esprimere la consapevolezza di un ruolo secondario di quest'ultimo nel governo del fenomeno della realtà digitale, posizione fortemente auspicabile secondo alcuna dottrina, anche al fine di una migliore tutela dei dati particolarmente sensibili che «rappresentano più strettamente la sfera dei diritti fondamentali»⁶⁹.

Tra le condizioni di liceità va fatto cenno a quella prevista all'art. 6, lett. f), particolarmente esemplificativa dello stato di superiorità in cui è posto il titolare del trattamen-

- G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, 7: «tutta la normativa del trattamento dei dati è orientata verso la puntuale elencazione dei doveri incombenti sui singoli soggetti coinvolti nelle attività di sfruttamento e, specularmente, sulla puntuale ripartizione delle responsabilità».

⁶⁴ Vedi C. Colapietro - A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit.

⁶⁵ Ai sensi del suddetto articolo, che contiene le definizioni, il consenso dell'interessato è «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

⁶⁶ Cfr. C. Krönke, *Datenpaternalismus: Staatliche Interventionen im Online-Datenverkehr zwischen Privaten, dargestellt am Beispiel der Datenschutz-Grundverordnung*, in *Der Staat*, 55(3), 2016, 319 ss.

⁶⁷ In tal senso R. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e autonomia negoziale*, in *Federalismi.it*, 2019, 10.

⁶⁸ L'art. 7, par. 4, prescrive che «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto». L'esecuzione di un contratto non può pertanto essere condizionata dal consenso al trattamento di dati non necessari, in particolare se si ha una posizione di forza nel mercato (considerando 42 e 43).

⁶⁹ Per un'interessante analisi del consenso si veda I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 7(1), 67 ss. Per altro, spec. 103, l'autrice prospetta il superamento dell'istituto del consenso «alla luce di tale distinzione (tra dati particolari e sensibili) considerati i deficit cognitivi riguardanti la prestazione del consenso nella realtà iper-connessa, un modello regolatorio potrebbe avere in considerazione la possibilità di un superamento del requisito consenso (o una sua interpretazione in senso restrittivo) con riguardo ai dati personali, e ipotizzare una forma di controllo, sin dall'inizio, per l'interessato sui dati che rappresentano più strettamente la sfera dei diritti fondamentali, pur nella consapevolezza che esso non può rappresentare il principale baluardo della tutela».

to⁷⁰. Secondo tale disposizione, il trattamento è lecito se risulta 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». Il titolare ha quindi la possibilità di procedere al trattamento dei dati sulla base di un bilanciamento (terzo “gradino” del principio di proporzionalità, ossia l'esame della proporzionalità in senso stretto) tra i diritti vantati e quelli del titolare dei dati. Pur se deve essere motivato, ed è suscettibile di vaglio giudiziale *ex post*, il potere attribuito al titolare del trattamento è qui tale da farne derivare il riconoscimento di uno status particolare. La previsione normativa sembra imporre un passo ulteriore verso il riconoscimento della tecnica, nella persona del titolare del trattamento, come soggetto forte dell'ordine sociale e dell'individuo come mero strumento dello sviluppo tecnologico⁷¹. Ad ogni modo, rispetto al bilanciamento in questione, la medesima dottrina nota la mancanza di una “gerarchizzazione relativa”⁷² che orienti e vincoli il titolare nel bilanciamento fra gli interessi legittimi, i diritti e le libertà del titolare dei dati.

A tale ricostruzione può opporsi, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, che l'ordine valoriale al quale riferirsi nell'ambito di un bilanciamento avente ad oggetto la disciplina europea non può che risiedere nella Carta di Nizza. Quest'ultima, come interpretata nella giurisprudenza di Lussemburgo, attribuisce alla protezione della vita familiare, *ex art. 7*, e alla tutela dei dati personali, *ex art. 8*, un ruolo fondamentale, prevalente rispetto ad altre libertà.

Al rilievo della mancanza di “gerarchia relativa” si possono contrapporre due ulteriori argomenti: innanzitutto, il GDPR ha recepito l'orientamento di favor per i diritti fondamentali perseguito dalla Corte di giustizia in seguito all'entrata in vigore della Carta di Nizza; in secondo luogo, si può osservare che, pur se disciplina un settore tecnico, la scienza giuridica rimane scienza sociale, «il cui unico apriori è la persona umana, che rappresenta il valore al quale gli altri si commisurano. Il bilanciamento, dunque, trova sempre un limite invalicabile nella dignità umana, la cui tutela non è suscettibile di apprezzamento individuale e deve operare a favore ma anche contro l'interessato»⁷³. Dunque, se è vero che è riconosciuto al titolare del trattamento un ruolo di potere di governo all'interno della circolazione dei dati personali, è ancora più vero che il legislatore europeo, così come la Corte di Giustizia e le autorità di vigilanza, non transigono rispetto alla tutela dei valori fondamentali, in primis della dignità dell'uomo. Il potere di bilanciare, seppur da orientare a tutela dei diritti fondamentali, è comunque esemplificativo di un'autonomia privata nuova, alla quale si sono attribuiti poteri e limiti nuovi, *sui generis*, come il mercato nel quale opera.

⁷⁰ In tal senso R. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., 15.

⁷¹ Così R. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., 5 che riprende il concetto da G. Anders, *L'uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Torino, 1992, II, 15 ss.

⁷² R. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., 16.

⁷³ E. del Prato, “Ragionevolezza e bilanciamento”, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2010, 23 ss., spec. 40.

5. Mercato, autonomia privata e proporzionalità

Si è detto come il principio di proporzionalità abbia operato quale argine al potere e quale bilanciamento di valori nei conflitti; si è detto dello sviluppo dei diritti della personalità degli individui, fra i quali è stata riconosciuta particolare rilevanza al diritto alla tutela della vita privata e al diritto alla protezione dei dati personali; si è detto dell'emersione di un mercato dei dati, nel quale i dati (personali e non) sono divenuti obiettivo degli operatori economici, in quanto fonte di sviluppo e di ricchezza dell'economia; si è detto delle criticità di tale mercato e dell'intrinseco legame tra il bene oggetto di circolazione e gli individui; si è detto, infine, delle diverse soluzioni politiche adottate a livello europeo e italiano, volte a regolare il mercato, in quanto locus artificialis, e a conformarlo alle esigenze dell'homo dignus, dell'homo oeconomicus⁷⁴ e dell'umanità nel suo insieme di sfaccettature.

Resta da esaminare la particolare autonomia privata di cui è portatore il titolare del trattamento. A tal fine, appare necessario fare un passo indietro e osservare ulteriormente il mercato dei dati personali all'interno del quale agiscono gli operatori economici e i titolari dei dati.

5.1 Ancora sul mercato dei dati personali

Trattasi di un mercato sui generis per le particolarità della merce oggetto di scambio e per la forza trainante dello sviluppo economico e sociale che gli si riconosce. Tant'è che l'Unione Europea si trova in una difficile posizione: non è possibile rinunciare al mercato del digitale per tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, ma non è possibile neppure prescindere dall'invasività del mercato nella sfera personale dei soggetti. Partendo dal celebre assunto della transizione da habeas corpus a habeas data,⁷⁵ permettere l'operabilità di un mercato dei dati significa consentire l'ingerenza nella sfera intima e personale dell'individuo, la cui identità è, oramai, anche di carattere digitale⁷⁶. Per tale ragione, riguardo alla proposta di una direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale⁷⁷ volta a positivizzare il rapporto fra fornitore di contenuto di digitale e utente, il Garante europeo per la protezione dei dati (EDPS, European data protection supervisor) ha adottato il parere 4/2017⁷⁸. Nel parere il Garante si è soffermato sul fatto che in tale proposta si assimilino i dati personali al denaro, definendoli in maniera omogenea come "controprestazioni". Si legga ad esempio l'art. 3, par. 1, della proposta, con riguardo all'ambito di applicazio-

⁷⁴ G. Alpa, *La proprietà dei dati personali*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e Mercato dei dati*, cit.

⁷⁵ S. Rodotà, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Ambito e fonti del biodiritto* S. Rodotà - M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, 2010, 176 ss.

⁷⁶ F. Rossi Dal Pozzo, *La giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., 1. L'A. scrive a tal proposito che «I dati personali, infatti, rappresentano una componente essenziale dell'identità di ciascun individuo che va preservata con ogni mezzo».

⁷⁷ Bruxelles, 9 dicembre 2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287(COD).

⁷⁸ EDPS, parere 4/2017, del 14 marzo 2018.

ne: «la presente direttiva si applica ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato.» Il Garante, quindi, insiste affinché si eviti la nozione di “controprestazione” per non alterare l’equilibrio raggiunto nel GDPR, che valorizza il consenso e ne tutela la libertà. Afferma che «i diritti fondamentali come il diritto alla protezione dei dati personali non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali non possono essere considerati come meri prodotti».

Il Garante europeo rincara poi la dose, quasi a voler negare la riconoscibilità di un mercato dei dati personali in quanto tale o, comunque, a volerne mantenere i caratteri attribuitigli dal legislatore del GDPR, affermando che «potrebbe pure esserci un mercato per i dati personali, proprio come c’è, tragicamente, un mercato per gli organi umani, ma ciò non significa che possiamo o dovremmo dare a quel mercato il benessere della legislazione. Non si può monetizzare e sottoporre un diritto fondamentale ad una semplice transazione commerciale, anche se è la persona interessata dai dati ad essere parte della transazione». Il parere del Garante non concede grandi margini interpretativi, lasciando anzi intendere un’assimilazione dei dati ad una parte del corpo, con conseguente riferimento, nel nostro ordinamento, a quanto previsto all’art. 5 c.c. riguardo al divieto di atti di disposizione del proprio corpo. Quindi, a voler essere coerenti con l’obiettivo di tutelare i diritti fondamentali, risulta esserci poco spazio per un mercato.

Va tuttavia osservato che una regolamentazione giuridica generale si forma sulla base di scelte del decisore politico, costretto a rompere la *fictio* della neutralità; allo stesso modo, il regolamentato mercato dei dati personali, in quanto *locus artificialis*, risulta essere il compromesso delle scelte “politiche” del legislatore europeo, fra esigenze di tutela individuali ed esigenze socio-economiche di sviluppo del mercato digitale.

Il risultato ottenuto si evince dalla direttiva (UE) 2019/770, la cui proposta era stata oggetto del parere 4/2017 di cui si è detto e che, infine, è stata adottata ed è entrata in vigore il 20 maggio del 2019⁷⁹. La direttiva adottata, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, ha subito modifiche rispetto alla proposta. Si è inserito, al considerando 24, che «la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all’operatore economico. (...) Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali nell’ambito di tali modelli commerciali».

Il legislatore europeo sottolinea quindi la non assimilabilità dei dati personali alle mer-

⁷⁹ La direttiva (UE) 2019/770 è stata oggetto di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea in data 22 maggio 2019. Successivamente è stata approvata la legge di delega (l. 22 aprile 2021, n.53) con la quale – *comme d’habitude* – si è delegato al Governo il recepimento della direttiva. In data 29 ottobre 2021, in seguito al parere espresso dalla Camera e dal Senato, il Consiglio dei Ministri ha approvato in sede definitiva il decreto di recepimento, che interviene sugli artt. 135-*octies* ss. del Codice del Consumo di cui al d.lgs. 206/2005.

ci e anzi aggiunge che la Direttiva è volta a garantire rimedi contrattuali e dunque ad ampliare la tutela dei diritti fondamentali. Vi è la constatazione di un modello contrattuale avente ad oggetto la circolazione di dati che non si intende modificare, ma piuttosto sviluppare per garantire una migliore tutela.

Sebbene nella direttiva (UE) 2019/770 sia stata - come da richiesta espressa dal Garante europeo nel parere 4/2017 - eliminata la nozione di “controprestazione”, lo scopo del legislatore rimane lo sfruttamento «del potenziale di crescita del commercio elettronico dell’Unione» (considerando 1), contribuendo, ai sensi dell’art. 1 della direttiva, «al corretto funzionamento del mercato interno e garantendo nel contempo un livello elevato di protezione dei consumatori».

La priorità resta quindi il mercato, pur nel rispetto del bilanciamento di valori perseguito nel GDPR⁸⁰.

In tal senso si può richiamare anche la “strategia europea per i dati”⁸¹, documento nel quale si sono annunciati provvedimenti volti, fra l’altro, al continuo sviluppo di un “Digital single market”, come avviato con il GDPR (che ha introdotto una regolamentazione uniforme in tutti i paesi), per permettere all’Unione Europea di essere «leader in the global digital economy».

La prima misura della suddetta strategia europea è la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati⁸². Gli scopi del Regolamento proposto sono sostanzialmente tre: la messa a disposizione dei dati del settore pubblico per il successivo riutilizzo; la condivisione dei dati tra le imprese, dietro compenso in qualsiasi forma; il consenso all’utilizzo di dati personali con l’aiuto di un «intermediario per la condivisione dei dati personali», compreso l’utilizzo dei dati per scopi altruistici.

La proposta di Regolamento offre una visione interessante che, in certa misura, tenta di rifinire e ampliare la cornice di quanto previsto dal GDPR. Tale visione si comprende alla luce di tre definizioni, intorno alle quali ruota il regolamento proposto. Innanzitutto, il “riutilizzo” dei dati in possesso degli enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche per fini commerciali e non (cfr. art. 2, n. 2). In secondo luogo, la “condivisione dei dati” sulla base di un accordo volontario, con o senza un intermediario (cfr. art. 2, n. 7). Infine, “l’altruismo dei dati”, ovvero la prestazione del consenso all’utilizzo dei dati in favore di una causa di interesse generale quale, ad esempio, la ricerca scientifica (cfr. art. 2, n. 10).

Il legislatore europeo tenta quindi di instaurare un mercato dove i dati personali siano reperibili e circolino sia per fini commerciali, per ridurre i fallimenti di mercato, sia per fini di interesse generale. Tenta, inoltre, mediante l’introduzione della figura degli intermediari, di rafforzare la capacità di agire e il controllo dei singoli individui in merito ai dati che li riguardano, allo scopo di permettere l’aggregazione e lo scambio

⁸⁰ Si riporta in tal senso l’art. 3, n. 8, della direttiva (UE) 2019/770 che recita «In particolare, la presente direttiva fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest’ultimo.»

⁸¹ Bruxelles, 19 febbraio 2020, COM (2020) 66 final.

⁸² Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340(COD).

di quantità considerevoli di dati pertinenti.⁸³ Se si volesse legare l'idea del legislatore europeo alle varie tipologie di mercato di dati, si potrebbe tentare l'inquadramento in un "mass market" o in un "commodity". Ad ogni modo appare inevitabile giungere alla conclusione, anche alla luce delle recenti proposte del legislatore europeo, che la tutela dei diritti fondamentali è il presupposto, non il fine. Il fine, infatti, è il "Digital single market".

5.2 Una possibile chiave di volta: la proporzionalità e l'autonomia privata "presidiata"

Le autorità dell'Unione europea sono vincolate al rispetto del principio di proporzionalità nell'esercizio delle competenze (art. 5, par. 1, par. 2, e par. 4 TUE e protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà). Per come positivizzato nel Trattato sull'Unione europea, il principio di proporzionalità poggia sul "gradino" della "necessarietà". Deve ritenersi che i "gradini" della "legittimità del mezzo e dello scopo", così come il "gradino" dell'"idoneità", pur se non positivizzati come componenti del principio di proporzionalità, dirigano l'attività degli organi dell'Unione.

Diversa è la rilevanza data al principio di proporzionalità nella Carta di Nizza, nella quale sono presi in considerazione tutti i "gradini", eccetto l'ultimo, ossia la proporzionalità in senso stretto.

L'art. 52 della Carta di Nizza dispone, infatti, che i diritti previsti nella Carta non siano assoluti, ma possano essere soggetti a limitazioni se previste dalla legge ("legittimità dello scopo"), se necessarie e idonee rispetto alle finalità. Nella previsione normativa si richiede, inoltre, che siano rispettati i contenuti essenziali (Wesensgehalt) dei diritti e delle libertà. Compete alla Corte di Giustizia valutare se adottare o meno anche l'ultimo "gradino" e bilanciare i valori oggetto di conflitto.

La proporzionalità rappresenta, quindi, parametro di legittimità degli atti dell'Unione, in particolar modo quando afferenti ai diritti e alle libertà contenuti nella Carta di Nizza.

Costituisce innovazione di grande portata la positivizzazione del principio di proporzionalità, e delle sue componenti, nella disciplina dei rapporti fra privati. Come abbiamo avuto modo di osservare, gli obblighi e le responsabilità del titolare del trattamento configurano pretese di rispetto della proporzionalità degli atti.

Solo per fare alcuni esempi⁸⁴, ove è manifesto l'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità nelle sue possibili estrinsecazioni, si può osservare come fra i "principi", ai sensi dell'art. 5 GDPR, di cui il titolare è chiamato a garantire l'osservanza, vi sia, alla lettera "b", la limitazione delle finalità (quindi la legittimità dello scopo), e alle let-

⁸³ Si vedano i considerando 22 e 26 della proposta di Regolamento.

⁸⁴ Tra i provvedimenti di Corti e Garanti per la protezione dei dati personali europei con riguardo al principio di necessità, si vedano: Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26778; Garante privacy, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Liceo Artistico Statale di Napoli*, n. 27 del 6 febbraio 2020 (doc. web n. 9283029); Commission nationale de l'informatique et des libertés, nr. SAN-2020-003. Con riguardo anche al *data by design* si veda: Garante privacy, n. 7 del 15 gennaio 2020, (doc. web n. 9256486).

tere “c” ed “e” le limitazioni a quanto necessario nella misura adottata, nella tipologia del trattamento e nella durata della conservazione dei dati

Altre previsioni normative esemplificative riguardano la condizione di liceità del trattamento, ai sensi dell’art. 6, lett. f), con riguardo al bilanciamento fra il legittimo interesse del titolare del trattamento e i diritti del soggetto interessato. Può inoltre farsi riferimento a quanto previsto all’art. 25, par. 2, con riguardo alla protezione dei dati per impostazione predefinita, in base alla quale si richiede l’adozione di misure tecniche e organizzative perché siano trattati solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. In ultimo, è esplicito anche l’art. 35, par. 7, lett. b), che richiede, nell’ambito della “valutazione di impatto”, una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità.

Ne consegue che il riconoscimento di una posizione sovraordinata del titolare del trattamento, in quanto non unico ma principale detentore del potere di governo del mercato quale detentore del “diritto al trattamento dei dati”⁸⁵, è ancor più evidente alla luce delle limitazioni imposte. Infatti, adottare un principio analogo a quello che vincola la discrezionalità delle autorità pubbliche significa riconoscere al titolare del trattamento, ancorché soggetto privato, poteri quasi pubblici⁸⁶, per arginare i quali si rende necessario fare ricorso e applicare il principio di proporzionalità.

Attribuire al titolare del trattamento l’onere, prima di motivare e attuare, e poi eventualmente di dimostrare la proporzionalità degli atti e delle misure adottati risponde ad un fenomeno di funzionalizzazione e procedimentalizzazione dell’autonomia privata. L’obbligo di motivazione, infatti, è caratteristico delle autorità pubbliche, che hanno il dovere di perseguire il bene comune. Si potrebbe ritenere che gli obblighi in capo al titolare, in particolare le prescrizioni di “sicurezza del trattamento”, ai sensi dell’art. 32, configurino “obblighi di protezione”. Si potrebbe quindi giungere ad un’assimilazione al cd. Schutzpflicht teorizzato dalla dottrina e giurisprudenza tedesche in conseguenza del carattere non solo oppositivo, difensivo e passivo dei diritti fondamentali (in una parola non più solo Abwehrrechte), che «impongono allo stato di intervenire per proteggere il diritto da rischi oggettivi che possono pregiudicarlo»⁸⁷.

Non a caso si è assistito a tale transizione anche con riguardo alla protezione dei dati personali: se infatti la direttiva 95/46/CE era volta alla tutela statica del dato personale e del soggetto interessato, il GDPR ha introdotto una tutela dinamica, che permette una tutela effettiva del diritto alla protezione dei dati personali nell’intero procedimento del trattamento.

L’autonomia privata del titolare del trattamento risulta quindi essere una moneta a due facce: da un lato, rafforzata, in quanto implicante il riconoscimento di poteri e responsabilità che attribuiscono al titolare uno status di sovraordinazione e, dall’altro, presidiata, in quanto vincolata al rispetto di principi e di regole, e suscettibile *ex post* di essere indagata in modo stringente.

⁸⁵ F. Bravo, *Il “diritto” a trattare dati nello svolgimento dell’attività economica*, cit.

⁸⁶ Cfr. A. Venanzoni, *Neofeudalesimo digitale: Internet e l’emersione degli Stati privati*, in questa *Rivista*, 3, 2020, 178 ss.; F. Resta, “I poteri privati e gli arbitri dei diritti”, in *MediaLans.eu*, 1° dicembre 2020.

⁸⁷ A. Di Martino, *Riservatezza e tutela dei dati personali. Profili comparativi, giurisprudenza europea e interazioni ordinamentali*, in *Cittadinanza Europea*, 2016, 67.

È legittimo chiedersi le ragioni della scelta del legislatore europeo. La risposta, in fondo, l'abbiamo già tratteggiata. Il legislatore europeo intende dare ulteriore seguito allo sviluppo del mercato digitale europeo in quanto possibile portatore di benefici.

Si è però reso palese che il consenso del titolare dei dati, l'utente, anche se "presidiato" nel senso inteso da avanguardistica dottrina quarant'anni or sono⁸⁸, e sostenuto anche mediante nuovi diritti (portabilità, oblio, opposizione, accesso)⁸⁹, non è sufficiente affinché i diritti fondamentali siano garantiti.

Dunque, l'unico modo per permettere lo sviluppo del mercato digitale, governarne le complesse dinamiche e garantire agli individui la tutela dei diritti fondamentali è stato quello di coinvolgere gli operatori economici privati, ai quali si riconosce il diritto e il potere di trattare i dati e, "in cambio", si impone di rispondere ai vincoli caratteristici di una situazione di potere⁹⁰, fra i quali spicca la responsabilità e la procedimentalizzazione mediante lo schema del principio di proporzionalità⁹¹.

In tal senso, vi è chi ipotizza che tale particolare status ricoperto da alcuni poteri privati possa condurre alla configurazione di autorità di diritto che si pongono «da un lato, come riflesso della responsabilità – e, dunque, come potere di autotutela del provider – e, dall'altro, come potestà, dunque un potere da esercitare nell'interesse altrui»⁹².

Di fatto, nella costruzione ideata dal legislatore europeo è riconosciuto agli operatori economici privati il diritto a una costante, e di certo non lieve, ingerenza nei diritti fondamentali delle persone.

5.3 Il principio di proporzionalità e la certezza del diritto

Una questione che si pone con riguardo al principio di proporzionalità, come limite all'autonomia privata, è relativa all'incertezza che consegue all'applicazione di una clausola generale⁹³. La mediazione fra principi e regole che generalmente spetta al legi-

⁸⁸ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., 22: «un'autonomia presidiata, di un insieme di garanzie collettive come presupposto ineliminabile per la pienezza effettiva dell'autonomia individuale».

⁸⁹ Si tratta rispettivamente degli artt. 20 (portabilità), 17 (oblio), 21 (opposizione) e 15 (accesso).

⁹⁰ Con riguardo alla giustizia contrattuale nei rapporti fra privati e nei cd. rapporti autoritativi si veda E. del Prato, *Dieci lezioni sul contratto*, Milano, 2011, 26 ss.

⁹¹ Tale fenomeno si potrebbe leggere anche con la lente del principio di sussidiarietà, che permette di esaltare l'autonomia privata in settori caratterizzati da rapidità di scambi e sviluppo costante, erodendola al contempo mediante l'attività delle autorità indipendenti, nel nostro caso del Garante per la protezione dei dati personali. In tal senso, con riguardo al principio di sussidiarietà nell'esperienza civilistica, si veda E. del Prato, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, 265 ss.

⁹² D. D'Alberti, *Google e le nuove Autorità Private: La metamorfosi dal fatto al Diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4, 2021, 767.

⁹³ Cfr. G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011 secondo cui «l'arbitrio è la negazione del diritto». Altro autore afferma che «il principio di proporzionalità consente al giudice un ruolo più attivo nella produzione del diritto, ma rappresenta anche un parametro quantitativo più vincolante della sua arbitrarietà, di là della semplice buona fede, cui spesso si fa riferimento»: P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2001, 355.

slatore⁹⁴, è invece rimessa al titolare del trattamento ex ante, alla vigilanza del Garante della Privacy e al vaglio del giudice *ex post*. Rispetto alle criticità che ne potrebbero conseguire, nel GDPR si sono predisposti alcuni rimedi.

Innanzitutto, la valutazione di proporzionalità del trattamento dei dati, anche a carattere qualitativo, poggia, in alcuni casi, su previsioni di carattere tecnico. Con riguardo alla privacy by design (art. 25, par. 1), ossia alla predisposizione di misure tecniche e organizzative strutturali volte a garantire i principi di protezione dei dati, fra i quali la necessità, il regolamento fa riferimento alla “pseudonomizzazione”⁹⁵ come metodo efficace e indicativo della proporzionalità dell’atto. Inoltre, il Comitato europeo per la protezione dei dati adotta costantemente guidelines che consentono agli operatori del settore di orientarsi⁹⁶. Inoltre, nel GDPR è previsto il Capo VII dal titolo “Cooperazione e coerenza”, al fine di «assicurare un’applicazione coerente del presente regolamento in tutta l’Unione» (considerando 135). In tal senso il GDPR disciplina la possibilità di “assistenza reciproca” *ex art.* 61 e di “operazioni congiunte” *ex art.* 62 fra autorità di controllo, ossia fra Garanti della Privacy; predispone, inoltre, alcuni strumenti, tra i quali il “meccanismo di coerenza” *ex art.* 63 e il “parere del Comitato europeo per la protezione dei dati” *ex art.* 64.

Ad ogni modo, in considerazione della particolarità dell’ambito oggetto di regolamentazione, la eterogeneità della portata della proporzionalità nella sua concreta applicazione è inevitabile; a tal proposito, si può richiamare quanto affermato da autorevole dottrina, secondo la quale «la realtà giuridica non è omogenea alla meccanica, sicché l’arbitrio, così come può operare nell’applicazione di un principio, può attecchire nell’applicare una norma congegnata come fattispecie»⁹⁷.

5.4 Quale autonomia privata?

Non può non essere esaminata, a conclusione dell’indagine, la questione dell’inquadramento della relazione fra titolare dei dati e titolare del trattamento in un rapporto di natura negoziale.

Le criticità di tale inquadramento emergono immediatamente dalla lettura dell’art. 1322 c.c. secondo cui «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme». Ampliando il quadro di riferimento, si può riportare quanto scritto da Kelsen, le cui parole orientano i giuristi quasi come

⁹⁴ Cfr. V. Crisafulli, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, cit., 51 ss.

⁹⁵ L’art. 4, par. 1, n. 5, del GDPR definisce la pseudonomizzazione come «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l’utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».

⁹⁶ Si vedano, ad esempio, le Linee guida 4/2019 *on Article 25 Data Protection by Design and by Default*.

⁹⁷ E. del Prato, *I principi nell’esperienza civilistica: una panoramica*, cit., 278. In tal senso anche altra autorevole dottrina secondo cui «dobbiamo liberarci della falsa convinzione che la decisione in base alla razionalità sussuntiva offra maggiori certezze di quella radicata su valori condivisi»: N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

le norme di un codice: «i soggetti che sono obbligati partecipano alla produzione della norma che obbliga, e in ciò consiste del resto tutta l'essenza della produzione del diritto contrattuale, (...) il contratto di diritto privato rappresenta invece un metodo espressamente democratico di produzione giuridica»⁹⁸.

L'autonomia si svolge dunque nel dialogo delle parti, chiamate a negoziare e a determinare il contenuto dell'accordo⁹⁹. In particolare, la democrazia cui accenna Kelsen esige una pari capacità negoziale, nonché la possibilità di provvedere ai propri interessi. L'oggettiva possibilità di negoziare dipende dalla natura delle parti e dalle qualità dell'oggetto dello scambio.

Proviamo a riesaminare il rapporto nell'ambito della cessione e del trattamento dei dati. Innanzitutto, come accennato, l'autonomia privata del titolare del trattamento risulta essere una “moneta a due facce”.

La prima “faccia” si constata nella possibilità, per il titolare del trattamento, di determinare unilateralmente «le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali» (art. 4, n. 7, GDPR), in una sorta di “dispotismo contrattuale”, comprimendo fortemente la possibilità della controparte, ovvero il titolare dei dati, di contribuire alla definizione del quomodo del trattamento.

Se giriamo la moneta, abbiamo modo di osservare la “funzionalizzazione” dell'autonomia privata del titolare del trattamento che, quindi, non è libero di massimizzare i suoi obiettivi¹⁰⁰.

Lo strumento prescelto dal GDPR per “funzionalizzare” l'autonomia privata è il principio di proporzionalità.

Emerge un contrasto fra la struttura tradizionale dell'autonomia privata e quella prevista in capo alle parti nel GDPR.

Si può tentare una lettura risolutiva di questo contrasto. Coerentemente con quanto prospettato, ossia che il mercato è tale per come è definito dal decisore politico, l'autonomia privata non può che essere quella «definita dalla legge in un dato momento storico»¹⁰¹. Non vi è un'autonomia privata naturale o originaria: l'autonomia privata

⁹⁸ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 1956, 110.

⁹⁹ Con riguardo alla nullità di un contratto di scambio per mancanza di causa in ragione dell'eccessiva sproporzione fra prestazioni si è espressa la Cassazione (Cass. civ. sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567), cassando la decisione impugnata per aver ritenuto la nullità di un contratto di cessione di quote sociali in ragione dell'eccessiva sproporzione esistente tra il valore effettivo delle quote ed il prezzo di cessione. La Corte di Cassazione fa quindi prevalere il principio di autonomia negoziale.

¹⁰⁰ Si veda in tal senso l'indagine avviata dal Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di *Tik Tok*, Comunicato stampa, n. 9508923, 22 dicembre 2020 (doc. web 9508923). Fra le contestazioni sollevate nei confronti della piattaforma, vi è anche il rilievo di «impostazioni predefinite non rispettose della privacy» (*privacy by default*, ex art. 25 GDPR), dato che il profilo degli utenti è «preimpostato come pubblico». L'impossibilità di massimizzare gli obiettivi consegue quindi al fatto che le impostazioni predefinite di *Tik Tok*, che potrebbero configurare una violazione della disciplina del GDPR, costituiscono anche uno dei motivi principali dell'utilizzo (e successo) della piattaforma. Il procedimento si è concluso con l'impegno di *Tik Tok* ad adottare misure di *privacy by default* e *by design* per la tutela dei minori di 13 anni: Comunicato Stampa, n. 9584923, 12 maggio 2021, (doc. web 9584923).

¹⁰¹ N. Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 72, 2018, 376 ss., spec. 380. Altra autorevole dottrina definisce il negozio giuridico come «l'atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire uno scopo», F. Santoro-Passarelli, *Dottrina generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 125.

assume le forme di quel che è disposto dal legislatore, purché non contrasti con norme e principi costituzionali.

È necessario allora valutare i caratteri dell'autonomia privata fissati in Costituzione. La norma costituzionale a fondamento – seppur indiretto¹⁰² – dell'autonomia privata, è l'art. 41¹⁰³, che, al primo comma, tutela la libertà dell'iniziativa economica. Purché sia garantita l'iniziativa¹⁰⁴, non si configura illegittimità costituzionale di una normativa che vincola il quomodo dell'attività economica, ovvero il contenuto dell'accordo negoziale.

La funzionalizzazione dell'autonomia privata del titolare del trattamento risponde ad un'interpretazione ampia del secondo comma dell'art. 41, in quanto «l'attività economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana». Il riferimento alla tutela della dignità umana rileva ai nostri fini in quanto costituisce il fondamento stesso del diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali.

La lettura dell'art. 41 qui avanzata è solo una delle tante possibili¹⁰⁵ e risponde all'insegnamento di autorevole dottrina, secondo la quale ogni atto normativo va interpretato al meglio delle sue capacità espansive¹⁰⁶.

A tale interpretazione dei parametri dell'art. 41 Cost. consegue che il titolare del trattamento è chiamato ad esercitare l'autonomia in maniera tale da costituire un assetto privato che tenga conto degli interessi della controparte e di quelli della collettività.

La proporzionalità costituisce in tal senso strumento di realizzazione del divieto di “contrasto con l'utilità sociale” ex art. 41, c. 2, Cost., sulla base del quale si può affermare che «l'individuo è libero, sí, di dedicarsi all'attività che reputerà più conveniente, a patto, però, che questa, per i suoi fatti e per il modo con cui si svolge, concorra all'instaurazione di sempre migliori condizioni di vita anche per gli altri membri della società»¹⁰⁷.

Si potrebbe infine teorizzare che la positivizzazione della proporzionalità, che funga anche da strumento mediante il quale la dignità sociale entra nel rapporto intersoggettivo, sia un passo ulteriore e coerente nella strada prospettata dalla Corte costituzio-

¹⁰² Cfr. Corte cost., 21 marzo 1969, n. 37.

¹⁰³ V. in particolare C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 31. L'A. afferma che la libertà contrattuale rappresenta il principale equivalente giuridico di quella di iniziativa economica privata che in passato ha costituito il cardine dell'attività contrattuale dei singoli. Si veda anche U. Salvestroni, *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 337 ss., il quale ribadisce che il principio generale dell'autonomia privata sia normativamente definito dall'articolo 41 Cost. e che la libertà contrattuale altro non sarebbe che l'equivalente, in senso giuridico, della libertà di iniziativa economica. Di diverso avviso la dottrina che rinviene il fondamento dell'autonomia privata nella libertà di esplicazione della personalità (*Freie Entfaltung der Persönlichkeit*) sancita all'art. 3 della nostra Costituzione. Si veda a tal proposito la dottrina tedesca L. Raiser, *Vertragsfreiheit heute*, in *JZ* 1958, 1; H. C. Nipperdey, in K.A. Bettermann - H. C. Nipperdey (a cura di), *Die Grundrechte*, IV, Berlin, 1962, 890.

¹⁰⁴ In tal senso anche M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contratto e impresa*, 4, 2019, 1256; U. Belviso, *Il concetto di “iniziativa economica privata” nella Costituzione*, in *Riv. di dir. civile*, 1961, 1,148 ss.

¹⁰⁵ Si veda M. D'Alberti, *Considerazioni intorno all'art. 41 della Costituzione*, in M. D'Antonio, (a cura di), *La Costituzione economica*, Milano, 1985, 139.

¹⁰⁶ Cfr. V. Crisafulli, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 51.

¹⁰⁷ U. Belviso, *Il concetto di “iniziativa economica privata”*, cit., 153.

nale nelle ordinanze n. 248 del 2013¹⁰⁸ e n. 77 del 2014¹⁰⁹. In tali pronunce la Consulta ha disposto, con riguardo alla caparra confirmatoria, la rilevabilità ex officio della nullità della clausola negoziale ai sensi dell'art. 1418 cc., in quanto contrastante «con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte di Cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in proseguo, a Sezioni Unite, n.18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)».

La Corte prospetta la funzionalizzazione del rapporto obbligatorio allo scopo di tutelare l'interesse del partner negoziale e lo fa mediante il canone della buona fede, che permette all'art. 2 Cost. di “entrare” nel rapporto privatistico.

Il legislatore europeo ha riconosciuto, in maniera equiparabile a quanto ritenuto e prospettato dalla Consulta, nel principio di proporzionalità uno strumento per “far entrare” la dignità dell'uomo, e più precisamente il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali, nella disciplina che regola il mercato dei dati personali, il loro trattamento e l'agire degli operatori del settore.

Si può quindi affermare che il ruolo della proporzionalità nella disciplina del trattamento dei dati personali, piuttosto che aggiungere un tassello alla propugnata “crisi dell'autonomia privata”, è emblematico di una fase di transizione, che vede l'atto di autonomia privata estendersi in nuovi ambiti, governare nuovi fenomeni e, al contempo, cedere a vincoli più stringenti¹¹⁰.

6. Brevi cenni conclusivi

Seppur con la necessaria sinteticità, si è tentato di ripercorrere i passaggi che hanno condotto il principio di proporzionalità da «regola trasversale dell'agire statale»¹¹¹, a fonte di legittimazione e funzionalizzazione di poteri privati nel mercato dei dati personali.

Tali passaggi hanno condotto ad un “presidio” delle complesse dinamiche di mercato, mediante il principio di proporzionalità che opera – a questo punto – su più livelli.

Innanzitutto, il principio di proporzionalità si è fatto portatore del bilanciamento valoriale operato e fissato dal legislatore europeo, in ossequio alla dottrina che ha inteso il principio come mezzo per la “dirigierende Verfassung”¹¹², ossia per «la costituzione che “si apre” alla società, al pluralismo ed ai suoi conflitti, che persegue l'obiettivo di indicare direttrici di orientamento per svariati ambiti della vita sociale»¹¹³.

¹⁰⁸ Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248.

¹⁰⁹ Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n.77.

¹¹⁰ Cfr. A. Cataudella, *I contratti: Parte generale*, Torino, 2019.

¹¹¹ BVerfG, 4 febbraio 1975, in BVerfGE 19, 348 ss, 348 ss.

¹¹² Cfr. P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit.

¹¹³ P. Ridola, *Itinerari della deutsche Reise dei giuristi italiani: tra Weimar e Grundgesetz*, in *Rivista italiana*

Il medesimo principio ha poi permesso alle Corti – oltre che di tenere il passo rispetto agli sviluppi tecnologici e socio-economici – di testare il bilanciamento operato dal legislatore e di verificarne la portata applicativa mediante i tre “gradini” di cui si è detto. Infine, e questa appare la novità, il principio di proporzionalità funge, per come concretamente inteso nelle guidelines delle autorità indipendenti, da Regola di condotta dei poteri privati che operano ingerendosi, almeno potenzialmente, nei diritti fondamentali di masse di individui.

Ai poteri privati è attribuito de jure un ruolo di potere e di responsabilità nel governo e sviluppo della complessità, di valutazione della proporzionalità dell’an e del quomodo del trattamento dei dati personali, il cui esercizio costituisce espressione dell’autonomia privata, da osservare negli anni a venire sotto speciale lente di ingrandimento.