

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Aziendali –
Management & Innovation Systems



Corso di Dottorato di Ricerca in Big Data Management
XXXIII Ciclo – XIX Nuova Serie

Tesi di dottorato

in

I dati personali come “controprestazione” contrattuale

(SSD: IUS/01 – Diritto privato)

Coordinatore

Ch.mo Prof. Valerio Antonelli

Firmato digitalmente ex d.lgs. 82/2005

Tutor

Ch.mo Prof. Antonio Musio

Handwritten signature of Antonio Musio in black ink.

Dottorando

Dott. Giovanni Cirillo

Handwritten signature of Giovanni Cirillo in black ink.

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I	10
I “DATI COME CONTROPRESTAZIONE” NELLA LEGISLAZIONE EUROPEA	10
1. Origine dell’idea dei “dati come controprestazione”: la fornitura di contenuti digitali in cambio di dati personali nella “Proposta CESL”. 10	
2. I dati come “controprestazione non pecuniaria” della fornitura di contenuti digitali nella “Proposta DCD” della Commissione europea 21	
3. Il dibattito e l’evoluzione della nozione di “dati come controprestazione” nell’ <i>iter</i> di approvazione della “DCD”	33
3.1. L’inclusione nell’ambito di applicazione della fornitura di contenuti digitali a fronte di dati.....	34
3.2. La delimitazione del perimetro della nozione: dati non personali, dati raccolti passivamente e dati trattati esclusivamente per l’esecuzione del contratto o per soddisfare obblighi di legge.....	56
3.3. Gli aspetti peculiari della disciplina	66
4. Le soluzioni adottate nella versione definitiva della “DCD”	76
5. I dati personali come corrispettivo di contenuti <i>online</i> e servizi digitali nella “CRD” modificata dalla Direttiva (UE) 2019/2161	86
6. Brevi riflessioni conclusive.....	89

CAPITOLO II.....	91
VALIDITÀ E QUALIFICAZIONE DELLE FATTISPECIE INVOLGENTI LA “PRESTAZIONE” DI DATI PERSONALI.....	91
1. Le fattispecie “beni e servizi contro dati”: premessa e posizione del problema.....	91
2. Il requisito della libertà del consenso al trattamento posto come condizione dell’offerta di beni o servizi (cd. <i>tying</i>)	97
3. Inclusione delle fattispecie “servizi contro dati” nell’ambito di applicazione dei recenti strumenti normativi europei e qualificazione in termini contrattuali	107
4. Il dogma dell’indisponibilità dei cc.dd. diritti della personalità come possibile ostacolo alla contrattualizzazione dei dati personali.....	115
5. Valore economico e contenuto patrimoniale dei dati personali..	122
6. Vincolatività del contratto e libero sviluppo della personalità ...	137
7. Brevi riflessioni conclusive.....	149
CAPITOLO III.....	151
LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLE FATTISPECIE E AI RAPPORTI BASATI SULLO SCHEMA “BENI O SERVIZI CONTRO DATI”	151
1. Natura sinallagmatica del legame tra bene o servizio e dati personali	151
2. Gli effetti del contratto e i diritti ed obblighi reciproci delle parti	162

3. Revoca del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul rapporto contrattuale	168
4. Le conseguenze dell'invalidità del consenso al trattamento sulla stabilità del contratto	180
5. Brevi riflessioni conclusive.....	185
CONCLUSIONI	187
BIBLIOGRAFIA	192

INTRODUZIONE

Il rapido sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha, specie negli ultimi anni, considerevolmente aumentato la capacità di generare, raccogliere, conservare, elaborare, aggregare e analizzare dati, ampliandone in maniera esponenziale le possibilità di sfruttamento in tutti i settori della società.

L'attuale assetto economico può definirsi, per molti aspetti, *data driven*, ossia trainato dagli *insights* offerti dall'elaborazione, tramite tecniche e strumenti analitici sempre più avanzati e complessi, di grosse raccolte di dati, particolarmente estese in termini di volume, velocità e varietà: i cd. *Big Data*¹.

In un simile contesto, le informazioni, specialmente ove riferibili a persone o gruppi specificamente identificabili, hanno assunto un rilievo cruciale nel mondo aziendale e commerciale, finendo per acquisire una indiscussa connotazione in senso economico-patrimoniale e, così, per assurgere, di fatto, a fattore produttivo di “nuova generazione”.

Questa accresciuta importanza dei dati informativi, divenuti oggetto di quello che può essere definito come un vero e proprio “mercato dei dati personali”, li ha resi una risorsa particolarmente ambita nel mondo produttivo e ha favorito la messa a punto di specifici *business models* finalizzati proprio ad ottenere la disponibilità e l'accesso su larga scala ai dati personali degli internauti, al fine di poterli poi aggregare, elaborare, analizzare, con l'obiettivo ultimo di estrarne “informazione” e, quindi, poi, “conoscenza” in relazione alle abitudini e alle preferenze degli utenti della rete, il che vale

¹ Si vedano, innanzitutto, V. MAYER-SCHÖNBERGER, K.N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013; D. BOLLIER, *The Promise and peril of Big Data*, The Aspen Institute, 2010; M.A. BEYER, D. LANEY, *The importance of big data: A definition*, Gartner, 2012.

quanto dire, nella odierna società iperconnessa, della popolazione nella sua generalità.

Si sono così diffuse, specie nel mondo digitale, ma anche in quello analogico, pratiche commerciali impiegate sul cd. “*tying*”, nelle quali, ossia, le imprese offrono i propri prodotti e servizi al popolo della rete condizionandone l'erogazione alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali da parte del consumatore interessato.

Tutto ciò ha fatto sorgere forti perplessità in relazione alla possibilità di considerare i dati personali, le informazioni relative agli individui e quindi, in ultima analisi, estrinsecazioni immateriali della personalità, alla stregua di *asset* economico e, conseguentemente, rispetto a quel crescente fenomeno designato come “mercificazione”, “*commodification*”, “commercializzazione” dei dati personali.

Simili sviluppi hanno posto all'attenzione del giurista e, prima ancora, del legislatore, una serie di questioni particolarmente problematiche, giacché implicanti la necessità di individuare un non semplice equilibrio tra le primarie esigenze di tutela dei diritti fondamentali delle persone e le pur meritevoli istanze di regolazione, promananti dalla società e dal mercato, aventi connotazione economica. Proprio in quest'ottica va collocata l'adozione, da parte del legislatore eurounitario, del Regolamento generale sulla protezione dei dati (cd. GDPR), n. 2016/679, del 27 aprile 2016, divenuto applicabile il 25 maggio 2018², il quale ha come finalità, per un verso, la “protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali” e, per altro verso, la “libera circolazione di tali dati”.

La necessità, avvertita dal legislatore europeo, di predisporre una regolamentazione rispetto ai dati personali tesa a tenerne in considerazione

² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

anche il rilevante valore assunto in campo economico si è manifestata anche nel settore del diritto dei contratti, in particolare con riguardo all'ampliamento e all'aggiornamento della normativa diretta alla tutela dei consumatori. Ciò è testimoniato dal lungo e articolato percorso legislativo che ha condotto all'inclusione, nel campo di applicazione dei più recenti strumenti volti alla disciplina dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali ai consumatori, anche delle ipotesi in cui questi ultimi, in luogo del pagamento di una somma di denaro, forniscano propri dati personali, in tal modo portando al livello del diritto positivo e, più precisamente, nel formante legislativo, il tema che, nel dibattito nazionale e internazionale, viene comunemente designato con l'espressione "*Data as Counter-Performance*" ("dati come controprestazione").

Tale percorso, avviato con la "Proposta CESL"³, e proseguito, dopo il fallimento di quest'ultima⁴, con la "Proposta DCD"⁵ – la quale, insieme alla "Proposta OSD"⁶, si inseriva nella strategia adottata dalla Commissione europea per il *Digital Single Market*⁷ – ha trovato compimento, allo stato

³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, 11 ottobre 2011, COM(2011) 635 def., 2011/0284 (COD).

⁴ Cfr., in particolare, il Programma di lavoro della Commissione per il 2015, 16 dicembre 2014, COM(2014) 910 final, Annex II, n. 60, p. 13. L'acronimo "CESL" sta per la denominazione anglofona dello strumento, *Common European Sales Law*.

⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, 9 dicembre 2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287 (COD). L'acronimo "DCD", molto diffuso nella letteratura internazionale, sta per la locuzione *Digital Content Directive*, con la quale lo strumento in parola viene spesso designato.

⁶ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita *online* e di altri tipi di vendita a distanza di beni, 9 dicembre 2015, COM(2015) 635 final, 2015/0288 (COD), che ha dato luogo all'emanazione della Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, sulla quale v., per tutti, G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 2019, 3, p. 825 ss. L'acronimo "OSD" sta per l'espressione *Online Sales Directive*, comunemente adoperata nel dibattito internazionale.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato delle regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final.

dell'arte, con l'emanazione della "DCD"⁸, seguita, a stretto giro temporale, dalla novellazione della "CRD"⁹ ad opera della cd. "Direttiva *Omnibus*"¹⁰.

Il presente lavoro, muovendo dall'analisi di tali sviluppi normativi e dell'indicata connotazione in senso economico-patrimoniale dei dati personali, si propone l'obiettivo di indagare in merito alle problematiche concernenti le operazioni economico-sociali connotate dallo scambio di "beni o servizi contro dati", in ordine, prima, alla loro ammissibilità, nonché, poi, alla relativa natura e caratteristiche, onde pervenire ad una ricostruzione dell'esatta fisionomia giuridica di tali fattispecie, al loro inquadramento in chiave dogmatica e sistematica, nonché all'individuazione della specifica disciplina ad esse applicabile.

In particolare, nel primo capitolo vengono ripercorsi l'origine e lo sviluppo dell'idea dei dati come controprestazione contrattuale nell'ambito della legislazione europea, analizzando il dibattito che ne ha accompagnato l'evoluzione, attraverso l'approfondimento degli atti ufficiali e delle diverse fonti, di matrice istituzionale e dottrinale, che a vario titolo vi hanno contribuito. Sul piano linguistico viene fatto riferimento precipuamente alla versione italiana degli atti, salvo ove necessario – in quanto mancante una versione italiana – o opportuno – anche per ragioni esegetiche o di raffronto e comparazione – versioni in altra lingua ufficiale dell'Unione, in particolare l'inglese e/o il francese.

⁸ Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

⁹ Direttiva (UE) 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. L'acronimo "CRD" sta per la comune denominazione di *Consumer Rights Directive*.

¹⁰ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

Nel secondo capitolo viene affrontato il problema della natura giuridica e della qualificazione delle fattispecie involgenti la prestazione di beni o servizi a fronte dell'accesso a propri dati personali, con particolare riguardo all'interrelazione con la normativa di protezione dei dati personali, nonché alla ricostruzione del contenuto patrimoniale dei medesimi e alla possibilità di una qualificazione in termini contrattuali di dette fattispecie; profili, questi ultimi, che esigono un'indagine circa i rapporti tra autonomia negoziale e dati personali e, quindi, intorno al tradizionale dogma dell'indisponibilità dei cc.dd. diritti della personalità.

Il terzo capitolo è invece dedicato alla ricostruzione della disciplina applicabile a tali fattispecie e ai rapporti che ne derivano, tentando di individuarne e metterne in rilievo gli aspetti problematici e di definirne le peculiarità maggiormente rilevanti. Tra questi, in particolare, si segnalano l'esistenza di un nesso sinallagmatico tra la prestazione del bene o del servizio e il trattamento dei dati personali, l'individuazione degli effetti prodotti e dei diritti ed obblighi reciproci delle parti, l'impatto che le vicende del consenso al trattamento, sia sotto il profilo della revoca che sotto quello dell'invalidità, è destinato a produrre sulla stabilità e sulla vincolatività del rapporto contrattuale.

Il proposito che giustifica e, al tempo stesso, ispira la ricerca è quello di pervenire a soluzioni che non siano formalistiche ma in grado di assicurare un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco, nel rispetto e in attuazione del quadro assiologico che informa l'ordinamento giuridico.

Infine, si tenterà di tracciare qualche considerazione conclusiva tesa a indicare un bilancio dei risultati conseguiti e ad evidenziare alcuni spunti per ulteriori approfondimenti in diverse direzioni della ricerca condotta, anche nell'ottica di poter offrire un contributo al dibattito scientifico che sta accompagnando il processo di implementazione negli ordinamenti nazionali delle Direttive europee innanzi richiamate.

Sul piano metodologico, l'indagine è improntata al monito per cui, specie in un ambito come quello che ne forma oggetto, particolarmente esposto a suggestioni provenienti dall'analisi economica del diritto o da tendenze variamente connesse al sociologismo o al realismo giuridico, è di fondamentale importanza riaffermare – anche rispetto alla regolazione dei rapporti economico-sociali nel contesto di una realtà dominata dai nuovi paradigmi della *digital economy* e della società dell'informazione – la necessità di una prospettiva incentrata sulla legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti e dei valori, prendendo dunque le distanze da approcci che non pongono al centro della riflessione la gerarchia dei valori delineata dalla Costituzione – con all'apice la persona umana –; la diretta applicabilità di tali valori ai rapporti interprivati; la funzionalizzazione della tutela degli interessi patrimoniali all'attuazione di tali valori e, conseguentemente, la depatrimonializzazione del diritto privato; la centralità dell'elemento funzionale e degli interessi concretamente perseguiti al fine della corretta conduzione del procedimento di interpretazione e qualificazione del fatto e della norma¹¹.

¹¹ Per tali indicazioni metodologiche giova fin d'ora il richiamo alla fondamentale opera di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*.

CAPITOLO I

I “DATI COME CONTROPRESTAZIONE” NELLA LEGISLAZIONE EUROPEA

1. Origine dell’idea dei “dati come controprestazione”: la fornitura di contenuti digitali in cambio di dati personali nella “Proposta CESL”

Sebbene abbia iniziato ad avere una diffusa risonanza soltanto con la Proposta DCD, il tema dei “dati come controprestazione” non è nato con tale atto ma affonda le proprie radici nella Proposta CESL¹², e precisamente già

¹² Nella vastissima letteratura internazionale concernente l’importante Proposta possono qui menzionarsi, tra le opere di carattere più generale e senza alcuna pretesa di completezza, i contributi raccolti nello “Speciale” *Il Diritto comune europeo*, a cura di G. D’Amico, in *Contratti*, 2012, 7, p. 611 ss. (G. D’AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, *ibidem*; P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, *ivi*, p. 624 ss.; P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, *ivi*, p. 634 ss.) e nel volume *The Proposed Common European Sales Law: the Lawyers' View*, a cura di G. Alpa, G. Conte, U. Perfetti, F. Graf von Westphalen, Berlino-Boston, 2012; M. HESSELINK, *The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism*, in *European Review of Contract Law*, 2012, 3, p. 342 ss.; ID., *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation*, in *European Review of Private Law*, 2012, 1, p. 195 ss.; H.W. MICKLITZ, N. REICH, *The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” – Too Broad or not Broad Enough?*, in *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, a cura di L. Moccia, Berlino-Boston, 2013, p. 21 ss.; C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 2, p. 289 ss.; G. ALPA, *Il progetto di regolamento europeo della vendita digitale (CESL)*, in *Economia e diritto del terziario*, 2015, 2, p. 259 ss.; *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, a cura di R. Schulze, Baden Baden, 2012; *Contents and Effects of Contracts – Lessons to Learn from the Common European Sales Law*, a cura di A. Colombi Ciacchi, Berlino, 2016; *Common European Sales Law: Article-by-Article Commentary of the Regulation on a Common Sales Law in the European Union*, a cura di D. Staudenmayer, Monaco, 2016; G. HOWELLS, *CESL - A conscientious objector*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 1, p. 312 ss.; L. GRYNBAUM, *The opinion of a French Academic on the Proposal for a Regulation on Common European Sales Law*, *ivi*, p. 343 ss.; M. PIERS, C.

nella versione originaria presentata nell'ottobre del 2011 dalla Commissione europea¹³.

Già in essa, infatti, la considerazione della “specifica struttura di mercato” caratterizzante la fornitura di contenuti digitali, per cui questi “sono spesso forniti non in cambio di un corrispettivo in denaro ma associati a beni o servizi a pagamento separati, comprendenti un corrispettivo non pecuniario come può essere l’accesso ai propri dati personali, o addirittura a titolo gratuito nel contesto di una strategia di mercato fondata sulla prospettiva che il consumatore acquisti in un secondo tempo altri o più sofisticati prodotti a contenuto digitale”, unitamente al “fatto che eventuali difetti del contenuto digitale fornito possono nuocere agli interessi economici dei consumatori indipendentemente dalle condizioni in cui è stato fornito”, induceva la

VANLEENHOVE, *The Common European Sales Law. A critical assessment of a valuable initiative*, *ivi*, p. 427 ss.; P. DE TAVERNIER, J. VAN DER WEIDE, *Exploring the CESL: The Dutch perspective*, *ivi*, 2013, 2, p. 572 ss.; L.A. DIMATTEO, *How Innovative is the Common European Sales Law? Using the CISG as a Benchmark*, *ivi*, p. 512 ss.; R. ILLESCAS, *The CESL compared with the Unidroit Principles*, *ivi*, p. 537 ss.; T. PFEIFFER, *How innovative is the CESL - The CESL and the new German law of obligations*, *ivi*, p. 548 ss.; R. SCHULZE, *The CESL's Innovative Features - A Brief Overview*, *ivi*, p. 485 ss.

¹³ Appare non del tutto esatta, quindi, l’indicazione a tale riguardo contenuta nella Relazione alla Proposta DCD, da parte della stessa Commissione, per cui le “proposte [DCD e OSD] si fondano (...) su un certo numero di emendamenti adottati dal Parlamento europeo in prima lettura in merito alla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, in particolare (...) l’estensione del campo di applicazione a determinati contenuti digitali forniti in cambio di una prestazione non pecuniaria”. Infatti, come si vedrà, l’inclusione di tali ipotesi nell’ambito di applicazione della normativa CESL risale alla versione originaria, mentre gli emendamenti adottati dal Parlamento europeo, cui fa riferimento la Relazione, hanno inciso sulla relativa disciplina in punto di rimedi a favore del compratore e di restituzioni. Stessa imprecisione in R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive, In-depth analysis*, EPRS (European Parliamentary Research Service), 2016, PE 582.048, disponibile all’indirizzo

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA%282016%29582048_EN.pdf, p. 15; R. MILÀ RAFEL, *Intercambios digitales en Europa: Las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales*, in *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2016, disponibile all’indirizzo <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1054>, p. 31 e 43; A. STAKHIRA, *Providing of data as a counter performance in contract for supply digital content*, in *Legea și viața*, 2017, disponibile all’indirizzo https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/Providing%20of%20data%20as%20a%20counter%20performance%20in%20contract%20for%20supply%20digital%20content.pdf, p. 174.

Commissione europea alla conclusione per cui “non bisogna che l’applicabilità del diritto comune europeo della vendita sia subordinata al pagamento di un corrispettivo in denaro per quel dato contenuto digitale”¹⁴. E così, l’art. 5, lett. b, Prop. CESL, recependo un apposito monito in tal senso proveniente da autorevole parte del mondo accademico¹⁵, nel definire il campo di potenziale applicazione materiale della disciplina che si intendeva introdurre, vi includeva i contratti di fornitura di contenuto digitale “a prescindere che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo”. In questo modo tale strumento avrebbe potuto applicarsi, oltre che nelle ipotesi di fornitura di contenuto digitale in cambio di un prezzo, anche in tutte quelle in cui un corrispettivo in denaro non vi fosse, vuoi perché questo non avesse natura pecuniaria – caso al quale si mostrava di ricondurre quello dell’accesso ai propri dati personali –, vuoi perché invece una controprestazione mancasse del tutto¹⁶.

Cionondimeno, nel corpo dello strumento vi erano talune disposizioni intese a dettare regole particolari in riferimento alle ipotesi di contenuto digitale non fornito a fronte del pagamento di un prezzo, e ciò talvolta per

¹⁴ Cons. 18 Prop. CESL.

¹⁵ L’opportunità di una tale opzione era stata evidenziata in un ampio ed analitico studio condotto per la Commissione europea dagli studiosi del *Centre for the Study of European Contract Law (CSECL)*, dell’*Institute for Information Law (IViR)* e dell’*Amsterdam Centre for Law and Economics (ACLE)* dell’Università di Amsterdam: cfr. M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *Digital content contracts for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts. With an executive summary of the main points*, University of Amsterdam, 2011, disponibile all’indirizzo <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fee0cc7-5f4d-46c5-897b-48844f07f027>, p. 156, 174 s., 177 s., 277.

¹⁶ In argomento v., tra gli altri, M.B.M. LOOS, C. MAK, *Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content (Briefing Note per la Commissione giuridica del Parlamento europeo, PE 462.459)*, 2012, disponibile all’indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/193164/20120618ATT47122EN-original.pdf>, p. 8; M.B.M. LOOS, *The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, 3, p. 147 s.; S. ZORZETTO, *Il “contratto di fornitura di contenuto digitale” e il mercato digitale nell’Unione Europea*, in *Diritto dell’informatica*, a cura di G. Finocchiaro, F. Delfini, Milano, 2014, p. 413.

precisare taluni aspetti della disciplina in ragione delle loro particolarità, talaltra per fissare un diverso livello di tutela del compratore, deteriore rispetto a quello impostato in via generale.

Nel primo senso si segnalavano l'art. 123 All. I CESL, volto a chiarire l'esclusione dell'obbligazione del compratore di pagare il prezzo qualora il contenuto digitale "non sia fornito a titolo oneroso", e l'art. 173, par. 6, All. I CESL, per il quale, in caso di annullamento o risoluzione del contratto, "quando il contenuto digitale non è stato fornito in cambio del pagamento di un prezzo, non è dovuta alcuna restituzione"¹⁷.

Nel secondo, invece, veniva in rilievo, innanzitutto, l'art. 100, lett. g, All. I CESL, il quale, nell'annoverare tra i criteri di conformità dei beni e del contenuto digitale il possesso delle qualità e delle prestazioni che il compratore può ragionevolmente pretendere, chiariva che "Nel determinare ciò che il consumatore può ragionevolmente pretendere in riferimento al contenuto digitale, si deve considerare se il contenuto digitale sia stato o meno fornito contro il pagamento di un prezzo". Così facendo si finiva per introdurre una regola per la valutazione del criterio di conformità *de quo*, in relazione ai contenuti digitali non forniti in cambio di un prezzo, non solo meno rigorosa rispetto a quella applicabile ai contenuti pagati in denaro, ma anche unica tanto per i contenuti acquistati a fronte di un corrispettivo non pecuniario come per quelli ottenuti senza alcuna controprestazione¹⁸.

Ma in modo ancor più incisivo nella direzione indicata si poneva il disposto dell'art. 107 All. I CESL, che stabiliva una significativa limitazione

¹⁷ Cfr. M.B.M. LOOS, C. MAK, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ In questo senso erano state le indicazioni offerte da M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *op. cit.*, p. 177, 180 s., 276; cfr. poi anche N. HELBERGER, M.B.M. LOOS, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, *Digital content contracts for consumers*, in *Journal of Consumer Policy*, 2013, 1, p. 53; M.B.M. LOOS, C. MAK, *op. cit.*, p. 15 s. Rilevava come la disposizione omettesse di fornire specifiche indicazioni circa le conseguenze pratiche che ne sarebbero dovute derivare G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content*, in *European Review of Contract Law*, 2016, 3, p. 199, nt. 70.

dei rimedi esperibili dal compratore in caso di inadempimento da parte del venditore di un'obbligazione a suo carico allorché i contenuti digitali fossero forniti "a titolo gratuito" ovvero "non a titolo oneroso", secondo le espressioni adoperate, rispettivamente, nella rubrica e nel testo dell'articolo in questione. In tali ipotesi, invero, esclusa la facoltà di valersi di tutti gli altri rimedi elencati dall'art. 106 All. I CESL (esigere l'adempimento dell'obbligazione, *sub specie* di esecuzione in forma specifica, riparazione o sostituzione; rifiuto di adempiere; risoluzione del contratto e restituzione del prezzo; riduzione del prezzo), si riconosceva al compratore la sola possibilità di "chiedere il risarcimento (...) per i danni causati ai suoi beni dal difetto di conformità del contenuto digitale, in particolare all'hardware, al software e ai dati, escluso il mancato guadagno causato al compratore dal danno subito"¹⁹. Al riguardo, non sembra potersi revocare in dubbio l'intenzione del redattore di riferire le suddette qualificazioni in termini di gratuità-non onerosità, in questo modo accomunandole nella soggezione al raggio di operatività di tale norma, a tutte le ipotesi di fornitura non contemplanti il pagamento di un prezzo: non solo, quindi, a quelle in cui fosse mancante qualsiasi controprestazione, ma anche a quelle connotate da un corrispettivo non consistente in danaro²⁰.

¹⁹ Criticamente M.B.M. LOOS, *op. cit.*, p. 157, per il quale "*a right to price reduction does not make sense, but there is no reason why the other remedies should be excluded altogether*", in particolare aggiungendo, con riferimento al diritto di risolvere il contratto, che "*where the payment has taken the form of the provision of personal data the consumer may have a legitimate interest in having his data erased by the seller – and thus preventing the seller from continuing to gather personal data and from processing and using the personal data for purposes to which the consumer had consented in exchange for the use of the digital content he now is unable to properly use*"; analogamente M.B.M. LOOS, C. MAK, *op. cit.*, p. 19 s., 23, ove veniva fatta altresì rilevare l'incongruenza nella relazione tra l'esclusione del diritto alla risoluzione dei contratti "gratuiti" sancita dall'art. 107 con la specifica disposizione concernente le restituzioni quale effetto della risoluzione dei medesimi contratti prevista dall'art. 173, par. 6, All. I CESL. In argomento cfr. anche S. ZORZETTO, *op. cit.*, p. 427.

²⁰ A mostrare che nell'ambito della Proposta CESL l'espressione "a titolo oneroso" fosse intesa ad assumere un sì ristretto significato vi sono plurimi elementi. Innanzitutto il citato art. 123 All. I CESL, che finisce per porre una coincidenza tra l'area in cui l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo risulta applicabile e quella dei contenuti digitali forniti "a titolo oneroso", ma anche le stesse già richiamate norme sui rimedi del compratore, là dove nel determinare l'applicabilità a tutti i casi di fornitura a titolo oneroso, senza precisazioni o

In definitiva, dunque, l'ambito di applicazione materiale della disciplina contenuta nell'originaria Proposta CESL risultava spaccato, in relazione ad aspetti della normativa nient'affatto secondari – quali, appunto, i criteri di conformità del contenuto digitale e i rimedi in favore del compratore –, in due distinti statuti normativi, a seconda della circostanza che i contenuti digitali fossero forniti in cambio del pagamento di un prezzo (“a titolo oneroso”) o meno (“a titolo gratuito”). Nella seconda di tali categorie, caratterizzata da moduli di disciplina nettamente meno favorevoli per il compratore²¹, ricevevano totale equiparazione l'ipotesi in cui i contenuti digitali fossero forniti in cambio di un corrispettivo non pecuniario, quale appunto l'accesso ai propri dati personali, e quella nella quale ciò avvenisse, invece, in assenza di alcuna controprestazione.

La versione originaria della Proposta redatta dalla Commissione europea era stata poi oggetto di proposte di modifica da parte del Parlamento europeo, formulate mediante la Posizione in prima lettura adottata con

esclusioni di sorta, del rimedio della riduzione del prezzo, che è evidentemente privo di senso ove un “prezzo” non sia stato pagato, sottintendono l'immancabilità ai fini di una tale qualificazione di un corrispettivo pecuniario. Del resto, non si dubitava che fosse questa la portata da attribuire alla qualificazione in termini di onerosità o gratuità della fornitura di contenuti digitali nell'ambito dell'originaria versione della Proposta neppure nel Progetto di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo a cura della Commissione giuridica (JURI) e nel Parere della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO), disponibili all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0301_IT.pdf: cfr., in particolare, la “Motivazione” all'Emendamento 9 Prog. JURI, la “Motivazione” dell'Emendamento 193 Prog. JURI, la “Motivazione” finale di accompagnamento agli Emendamenti del Progetto JURI, punto 8 (Contenuti digitali), nonché l'idea di ribaltare il disposto dell'art. 107 All. I CESL – affidandolo ad un riscritto art. 106, par. 2, All. I CESL – espressa dall'Emendamento 126 Parere IMCO e dalla relativa “Motivazione” (dei quali si dirà a breve).

Se è questa, quindi, la portata assunta dalla qualificazione in parola nel contesto in questione, va nondimeno sottolineato come essa si ponga in termini distonici rispetto al dato testuale del cons. 18, ove la giustapposizione, mediante l'utilizzo di congiunzione disgiuntiva rafforzata da avverbio aggiuntivo (“o addirittura”), delle due ipotesi suggerisce che la fattispecie in cui i contenuti digitali siano forniti a fronte di un “corrispettivo non pecuniario come può essere l'accesso ai propri dati personali” sia contemplata in modo distinto e non possa essere considerata alla stregua di fornitura “a titolo gratuito”.

²¹ Reputava pertanto insoddisfacente il grado di tutela assicurato ai consumatori che non pagassero una somma di denaro M. NARCISO, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 5, p. 201.

apposita Risoluzione legislativa²². Questa trovava una delle proprie più marcate linee ispiratrici proprio nell'idea dell'inappropriatezza di una considerazione in termini di gratuità delle ipotesi di fornitura a fronte di un corrispettivo non pecuniario, quale l'accesso ai propri dati personali, e dell'inopportunità di fissare per esse, mercé la totale equiparazione ai casi in cui un corrispettivo manchi del tutto, un livello di tutela del compratore più basso rispetto a quello caratterizzante le ipotesi di fornitura contro il pagamento di un prezzo²³. Può infatti dirsi che se l'originaria Proposta CESL

²² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)), P7_TA(2014)0159, con cui è stata adottata la Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 26 febbraio 2014 in vista dell'adozione del regolamento (UE) n. .../2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, P7-TC1-COD(2011)0284, disponibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52014AP0159>.

²³ In questo senso, in particolare, nel rilevare che “l'articolo 107 quale proposto limita eccessivamente i rimedi del compratore e non tiene conto dei casi in cui egli non paga denaro ma deve tuttavia fornire una controprestazione, ad esempio la fornitura di dati personali” (cfr. la “Motivazione” dell'Emendamento 193 Prog. JURI), si prospettava la necessità di modificare le disposizioni relative alla “fornitura di contenuto digitale senza pagamento di una contropartita”, evocando l'opportunità di “consentire che il compratore che non paghi, ma fornisca un contro servizio, come la fornitura di dati personali o un altro servizio, possa ricorrere a tutti i tipi di rimedi, eccezion fatta per la riduzione del prezzo (che non è applicabile dato che non è stato pagato alcun prezzo)”: cfr. la “Motivazione” all'Emendamento 9 Prog. JURI; cfr., altresì, la “Motivazione” finale di accompagnamento agli Emendamenti del Progetto JURI, II.8 (Contenuti digitali): “Per quanto concerne i contenuti digitali, i relatori propongono in particolare una soluzione per i casi in cui i contenuti digitali non vengono pagati con denaro, ma, ad esempio, vengono forniti in cambio dell'accesso a dati personali. A detti casi viene estesa la tutela del compratore, in quanto quest'ultimo dovrebbe disporre di una vasta gamma di rimedi (ad eccezione della riduzione del prezzo, dato che non ha pagato con denaro). (...)”. In quest'ottica, si proponeva di specificare già nel testo del cons. 18 che i rimedi a disposizione del compratore dovessero essere limitati ai danni solo nei casi in cui i contenuti digitali fossero forniti (effettivamente) a titolo gratuito (e cioè senza alcun corrispettivo), mentre questi doveva “poter accedere a tutti i tipi di rimedi, eccetto la riduzione del prezzo, anche se non è obbligato a pagare un prezzo per la fornitura di contenuto digitale, purché la controprestazione, come ad esempio la fornitura di dati personali o di un altro servizio che abbia un valore commerciale per il fornitore, sia equivalente al pagamento del prezzo, tenendo conto che, in questo caso, il contenuto digitale non è in realtà fornito gratuitamente”: cfr. Emendamento 9 Parere JURI.

Analoga avversione per il trattamento dall'originaria Proposta riservato all'ipotesi di fornitura di contenuti in cambio di dati personali emergeva dal Parere IMCO del 11 luglio 2013, il cui Emendamento 126 proponeva di riformulare l'art. 106, par. 2, All. I CESL sostanzialmente ribaltando il disposto dell'art. 107 di cui all'originaria Proposta (del quale proponeva la soppressione), e quindi di riconoscere “nel caso di contenuti digitali forniti a

presentata dalla Commissione implicava già il riconoscimento e l'attribuzione di una certa rilevanza alle fattispecie di fornitura di contenuti digitali a fronte di dati personali, è con la versione rimodulata dal Parlamento europeo che fa la sua comparsa, in maniera ufficiale ed esplicita, nel dibattito legislativo europeo l'idea che i dati personali possano costituire una vera e propria controprestazione contrattuale²⁴.

Al fine di preparare il terreno ad un intervento correttivo nel senso indicato, si era innanzitutto provveduto a puntualizzare la definizione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'emananda normativa integrando il disposto dell'art. 5, lett. b, Prop. Reg.²⁵ mediante esplicita e partita

titolo gratuito" la fruibilità di tutti i rimedi tranne la riduzione del prezzo, e ciò in virtù della "Motivazione" per cui "I dati personali dei consumatori hanno un valore economico. Di conseguenza, attraverso la fornitura di tali dati viene effettuata una controprestazione. Per questo motivo i consumatori dovrebbero avere il diritto di avvalersi dei rimedi.". Va tuttavia sottolineato come, in maniera evidentemente contraddittoria, il Parere IMCO continuasse ad adoperare, in riferimento a tali fattispecie, una terminologia tesa a denotare il carattere gratuito: in tal senso si consideri anche la proposta – poi disattesa dal Progetto JURI – di specificare nella stessa definizione di "contenuto digitale" recata dall'art. 2, lett. j, Prop. CESL, che questo consistesse nei dati prodotti e forniti in formato digitale "indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga (...) a titolo oneroso o con l'offerta di un corrispettivo non pecuniario come la messa a disposizione dei dati personali del consumatore" (cfr. Emendamento 59 Parere IMCO), e ciò onde adattarla per ricomprendere anche i "contenuti gratuiti" (cfr. la "Motivazione" all'Emendamento 59 Parere IMCO). Peraltro, ponderando sinotticamente i passaggi poc'anzi illustrati unitamente a quello di cui all'Emendamento 150 (con la relativa "Motivazione", dei quali a breve si dirà) sembra potersi osservare come il Parere IMCO mostrasse di adoperare la qualificazione in termini di "gratuità" considerando soltanto l'ipotesi della fornitura di contenuti a fronte di un corrispettivo non pecuniario, come l'accesso ai dati personali, senza prendere affatto in considerazione il caso in cui un corrispettivo mancasse del tutto (quasi come – paradossalmente, considerata la specifica *mission* della Commissione IMCO, che è quella di garantire gli interessi dei consumatori – a non volerlo annoverare nell'ambito di applicazione della normativa).

²⁴ Osservava come gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo comportassero un miglioramento della posizione giuridica del consumatore che avesse ottenuto il contenuto digitale non in cambio di un prezzo bensì "*in exchange for another counter performance, such as the provision of personal data*" M.B.M. LOOS, *op. cit.*, p. 157.

²⁵ Va detto che la Posizione del Parlamento europeo interveniva sull'art. 5 Prop. CESL anche in via più generale, proponendo un significativo restringimento dell'ambito di potenziale applicazione della normativa CESL ai soli "contratti [di vendita, di fornitura di contenuto digitale, di servizi connessi] a distanza, compresi i contratti online": cfr. Emendamento 61 Prop. JURI, nonché, in particolare – e a tacere delle altre varie consequenziali modifiche apportate ad altre parti del testo della Proposta (ad es., Emendamenti 1, 2, 26, 93, 94, 95, 100, 102, 103, 112, 180, 181) –, la "Motivazione" finale di accompagnamento agli Emendamenti del Progetto JURI, II.2 (Ambito di applicazione).

enucleazione del caso in cui il contenuto digitale fosse fornito “in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo” oltre che di quello in cui lo stesso “non sia fornito in cambio di una controprestazione”, si da scindere in due fattispecie nitidamente distinte quell’area, convogliante tutte le ipotesi non contemplanti il pagamento di un prezzo, che nell’originaria formulazione della disposizione, emergendovi in via soltanto implicita e residuale, pareva delinearsi – già dunque su un piano meramente descrittivo, ancor prima che su quello propriamente normativo – come un insieme indifferenziato ed unitario.

L’art. 107 All. I CESL, allora, nella versione proposta dal Parlamento europeo, poté abbandonare il monolitico riferimento all’ipotesi di fornitura “a titolo gratuito”, per articolare la disciplina dei rimedi del compratore nei casi di fornitura scevra dal pagamento di un prezzo riecheggiando le distinte fattispecie previamente e prodromicamente enucleate dal novellato art. 5, lett. *b*, Prop. CESL e modulandola in base ad esse. In questo modo, la limitazione dei rimedi al solo risarcimento del danno veniva mantenuta per la sola ipotesi della fornitura “non (...) in cambio di una controprestazione” – e cioè per quei “casi in cui il contenuto digitale è stato fornito davvero gratuitamente”²⁶ –, disponendo invece per quella di fornitura “in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo”, quale l’accesso ai propri dati personali, la possibilità per il compratore di ricorrere a tutti i rimedi, eccetto – ovviamente – la riduzione del prezzo²⁷.

Nella medesima ottica si segnalava, poi, anche la modifica del sopra riportato art. 100, lett. *g*, All. I CESL nel senso di equiparare, nella

²⁶ Cfr. “Motivazione” all’Emendamento 193, in fine, Prog. JURI. Sembra allora stonare la scelta di non apportare modifiche sostanziali all’art. 123 All. I CESL, lasciandolo continuare a sottintendere un’implicita impossibilità di considerare “a titolo oneroso” ogni fornitura non in cambio di un prezzo (inclusa dunque quella in cambio di un corrispettivo non pecuniario come l’accesso ai propri dati personali), in contraddizione quindi con quanto invece *apertis verbis* affermato in altri punti (in particolare, i già citati Emendamento 9 e Motivazione all’Emendamento 193 Prog. JURI).

²⁷ Cfr. M.B.M. LOOS, *op. cit.*, p. 157.

determinazione delle ragionevoli pretese del compratore ai fini della valutazione della conformità del contenuto digitale, alla circostanza che il contenuto fosse stato fornito contro il pagamento di un prezzo quella per cui ciò fosse avvenuto “in cambio di una controprestazione” (di diversa natura)²⁸.

La Posizione del Parlamento europeo si era poi premurata di formulare, sempre in relazione alla fornitura di contenuti digitali in cambio di una controprestazione non pecuniaria o senza alcuna controprestazione, ulteriori proposte volte a dettagliare taluni aspetti della disciplina o ad introdurre regole specifiche.

In quest’ottica, si era marcatamente inciso sul capitolo delle restituzioni, con il mirato obiettivo, tra l’altro, di “dare soluzioni pratiche per la fornitura di contenuti digitali, in particolare quando questi sono stati forniti in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento del prezzo”²⁹. Più precisamente, venivano introdotte talune disposizioni volte a dettare una regolamentazione maggiormente dettagliata circa le restituzioni (ed il pagamento del valore monetario) del contenuto digitale e della relativa controprestazione (non pecuniaria) rispetto a quella risultante dalla piuttosto laconica versione originaria dell’art. 173, par. 6, All. I CESL ed ispirate alla considerazione per cui “Molto spesso non è possibile restituire ciò che è stato ricevuto in cambio di un contenuto digitale ed è anche difficile, se non impossibile, stabilire il valore monetario della controprestazione”, sicché, “In tal caso, la soluzione più appropriata per equilibrare i diritti delle parti è che nessuna parte debba pagare un valore monetario per quello che ha ricevuto”³⁰.

Così, in particolare, con riguardo alla fornitura di contenuto digitale in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo, il novellato par. 6 dell’art. 173 All. I CESL stabiliva che se “il contenuto digitale

²⁸ Cfr. l’Emendamento 185 Prog. JURI. Sembra interessante notare che, invece, il Parere IMCO, pur prendendo in considerazione per altri aspetti la disposizione in esame, sotto questo profilo non proponeva invece alcuna modifica (cfr. Emendamento 110 Parere IMCO).

²⁹ Cfr. la “Motivazione” dell’Emendamento 223 Prog. JURI.

³⁰ Cfr. la “Motivazione” dell’Emendamento 236 Prog. JURI.

non può essere considerato restituibile in virtù dell'art. 172 bis, paragrafo 1" – indicante, per l'appunto, i casi in cui il contenuto digitale fosse oggetto di restituzione – "il ricevente del contenuto digitale non è tenuto a pagare il suo valore monetario"³¹; e, specularmente, con l'introduzione di un successivo par. 6-*bis* veniva sancito che se la "controprestazione non può essere restituita" – come appunto ove consistente nella fornitura di dati personali – "il ricevente della controprestazione non è tenuto a pagare il suo valore monetario", bensì – come previsto dall'art. 172-*bis*, par. 3, All. I CESL, richiamato e "fatto salvo" dalla disposizione poc' anzi riportata – "si astiene da un ulteriore uso di ciò che è stato ricevuto, ad esempio cancellando i dati personali che gli sono stati trasmessi" (del che il consumatore doveva poi essere informato)³².

Infine, mediante l'aggiunta, rispettivamente, dei par. 3-*quater* e 3-*quinqüies* all'art. 174 All. I CESL ci si è preoccupati di chiarire che, quando il contenuto digitale fosse fornito in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo³³, né il ricevente del contenuto digitale, né il ricevente della controprestazione (fermo in capo a quest'ultimo l'obbligo di astenersi dall'ulteriore utilizzo in base all'art. 172-*bis*, par. 3, All. I CESL) fossero tenuti a pagare per l'uso o il deprezzamento di quanto ricevuto³⁴.

³¹ Cfr. anche la "Motivazione" dell'Emendamento 235 Prog. JURI. La disposizione riguarda anche il caso in cui il contenuto digitale sia fornito senza alcuna controprestazione.

³² Cfr. anche l'Emendamento 150 Parere IMCO, nel quale si proponeva di riscrivere l'art. 114, par. 2, All. I CESL sancendo che "Nel contratto di fornitura di contenuto digitale per il quale non sia stata effettuata alcuna controprestazione a titolo oneroso" – in "Motivazione" definito altresì come "contratto per la fornitura di contenuti digitali a titolo gratuito" – "se il cliente risolve il contratto per vizi di conformità, i dati personali del cliente sono cancellati automaticamente e il cliente ne riceve comunicazione".

L'introduzione di una tale disposizione era stata suggerita da M.B.M. LOOS, C. MAK, *op. cit.*, p. 19; M.B.M. LOOS, *op. cit.*, p. 157 osservava come in tal modo venisse introdotto un innovativo "*limited 'right to be forgotten' as a remedy for non-conformity*", auspicando un'analoga previsione anche per le fattispecie cc.dd. "miste" (nelle quali al consumatore viene richiesto tanto di pagare un prezzo quanto di fornire propri dati).

³³ La disposizione del par. 3-*quater* attiene anche al caso in cui il contenuto digitale sia fornito senza alcuna controprestazione.

³⁴ Sulla *ratio* di tali disposizioni cfr. le motivazioni agli Emendamenti 242 e 243 Prog. JURI, là dove si precisa la necessità di "equilibra[re] gli interessi del venditore e quelli

2. I dati come “controprestazione non pecuniaria” della fornitura di contenuti digitali nella “Proposta DCD” della Commissione europea

Abbandonata la Proposta CESL, l’idea di includere nell’ambito di applicazione di un atto legislativo volto a disciplinare i contratti di fornitura di contenuto digitale anche i casi in ciò avvenisse a fronte dell’accesso a dati fu ripresa dalla Commissione con la presentazione della Proposta DCD.

Peraltro, *medio tempore* tale idea ispirò, a livello nazionale, la soluzione adottata dalla legge olandese sulla fornitura di contenuti digitali del 14 giugno 2015, che andava ad assoggettare a regole inderogabili anche i casi in cui i contenuti digitali fossero forniti a fronte di un corrispettivo “in natura”, come i dati personali del consumatore³⁵. Diversamente, il nuovo *Consumer Rights Act* inglese, in vigore da ottobre 2015, scelse di ricomprendere nel proprio ambito di applicazione solo i contenuti digitali per i quali il consumatore pagasse, direttamente o indirettamente, un corrispettivo in denaro. In relazione ai contenuti digitali “gratuiti”, invece, per un verso, fintantoché fossero forniti nell’ambito di un contratto, si assicurava ai consumatori una tutela minima, consistente nel diritto al risarcimento dei danni cagionati dal contenuto medesimo al proprio dispositivo o ad altro contenuto digitale³⁶, in aggiunta alla protezione contro le clausole contrattuali

dell’acquirente” posto che “Se l’acquirente non è tenuto a pagare per l’uso o per la diminuzione di valore, allora nemmeno il venditore lo deve essere”.

³⁵ Cfr. *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, Corrigendum*, SWD(2015) 274 final/2, 17 dicembre 2015, p. 10

³⁶ Cfr. *Explanatory Notes al Consumer Rights Act*, Note 219, riportata da H. BEALE, *Conclusion and Performance of Contracts: An Overview*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the*

abusive³⁷; per altro verso, si prevedeva una clausola di revisione dell'anzidetto ambito di applicazione, volta a valutarne l'estensione anche a tale tipologia di contenuti nel caso in cui potesse dimostrarsi un pregiudizio per i consumatori³⁸.

Quanto alla Proposta DCD, l'art. 3, par. 1, ne delineava il campo di applicazione³⁹ includendovi i “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”⁴⁰.

Digital Economy II, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 48.

³⁷ Cfr. il *Sixth Report* dell'*European Scrutiny Committee*, 15 June 2016, disponibile all'indirizzo <https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmeuleg/71-iv/7106.htm#footnote-042-backlink>, Annex 1, riportante la tabella comparativa contenuta in una lettera del *Minister for Intellectual Property at the Department of Business, Innovation and Skills (Baroness Neville-Rolfe)* del 7 aprile 2016.

³⁸ Cfr. il *Twenty-third Report* dell'*European Scrutiny Committee*, 10 February 2016, disponibile all'indirizzo <https://publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmeuleg/342-xxii/34207.htm>, punti 4.4 e 4.32, ove si richiama l'*Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills (Nick Bowles)* del 5 gennaio 2016; e il *Sixth Report* dell'*European Scrutiny Committee*, cit., punti 3.15, a, 3.21 ss. e Annex 1, ove viene richiamata la lettera del *Minister for Intellectual Property at the Department of Business, Innovation and Skills (Baroness Neville-Rolfe)* del 7 aprile 2016, menzionata alla nota precedente.

In proposito cfr. H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, In-depth analysis* per la Commissione giuridica (JURI), 2016, PE 536.493, disponibile all'indirizzo http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4a1651c4-0db0-4142-9580-89b47010ae9f/pe_536.493_print.pdf, p. 12 s.; B. FAUVARQUE-COSSON, *The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts), In-depth analysis* per la Commissione giuridica (JURI), 2016, PE 536.495, disponibile all'indirizzo http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/bb43b895-f66a-4c00-9994-80253aaf17c4/pe_536.495_en_all_for_print.pdf, p. 6 e 25.

³⁹ Sull'ambito di applicazione della Proposta DCD in rapporto a quello della Proposta CESL si veda l'attenta analisi di M. NARCISO, *op. cit.*, p. 200 ss.

⁴⁰ In aggiunta a quanto specificamente indicato di volta in volta, e in particolar modo ai commenti che saranno analizzati nei paragrafi successivi, si possono già menzionare H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 12; ID., *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 36; V. MAK, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, In-depth analysis* per la Commissione giuridica (JURI), 2016,

Tale scelta si incentrava essenzialmente su due ordini di valutazioni, espressi nel cons. 13 e sostanzialmente ricalcanti le considerazioni già poste alla base dell'analogia compiuta nella Proposta CESL⁴¹. Innanzitutto, vi era la constatazione che, in conseguenza della notevole rilevanza economica assunta dai dati, l'offerta di contenuti digitali a fronte di essi corrispondeva ad un *business model* ampiamente diffuso nel mercato in questione, e che un suo mancato assoggettamento alla disciplina di cui alla DCD avrebbe finito per comportarne un ulteriore incentivo, giudicato però

PE 536.494, disponibile all'indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98771/Mak.pdf>, p. 10; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 6; R. MILÀ RAFEL, *op. cit.*, p. 31; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2016, p. 818 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1*, in *GPR*, 2016, 1, p. 7; J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services – A double Challenge for European and National Contract Law*, in *Journal of European Consumers and Market Law*, 2016, 1, p. 44; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers*, *Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, April 2016, PE 581.980, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI%282016%29581980_EN.pdf, p. 4; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, *cit.*, p. 186, 191; M.G. FANELLI, *Le nuove proposte di direttiva sulla vendita "on line" e a distanza di beni e sulla fornitura di contenuti digitali*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 1, p. 355 ss., 365 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 14; ID., *European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2016, p. 8 ss.; R. SCHULZE, *Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law*, *ivi*, p. 127 ss.

⁴¹ Il cons. 13, con frasario particolarmente pregnante – che pare qui opportuno riportare, anche in ragione dei frequenti richiami che innanzi vi si faranno – recitava: “Nell’economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l’accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l’offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque. Inoltre, è possibile che una cattiva prestazione del contenuto digitale fornito in cambio di una controprestazione non pecuniaria abbia ripercussioni sugli interessi economici dei consumatori. L’applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe pertanto dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione”.

ingiustificato ed iniquo⁴². In secondo luogo, si osservava che i rischi di lesione degli interessi economici dei consumatori ricollegantisi alla fornitura di contenuto digitale prescindessero dal fatto che per la stessa fosse previsto, oppure no, un corrispettivo pecuniario⁴³.

Deve innanzitutto notarsi la particolare ampiezza del campo di applicazione involgente la fornitura di contenuto digitale in cambio di dati, potendo la “controprestazione non pecuniaria” fornita dal consumatore avere riguardo non solo a “dati personali”, ma anche a “qualsiasi altro dato”⁴⁴. E esso, tuttavia, veniva subito circoscritto da taluni restringimenti e limitazioni⁴⁵.

Già l’art. 3, par. 1, Prop. DCD infatti, nel ricomprendere tale tipologia di controprestazione, richiedeva che la stessa fosse dal consumatore fornita

⁴² Nello stesso senso si veda anche quanto enucleato nel citato *Impact Assessment*, ove la scelta veniva giustificata “*as these data [i.e. personal and other data provided by consumers] have an economic value for digital content suppliers*” (p. 46), soggiungendo poi che “*Covering only digital content paid for with money would discriminate between different business models – it would provide an unjustified incentive for businesses to move towards offering digital content against data*” (p. 123). Nello stesso documento, inoltre, a proposito della valutazione dell’impatto sulla protezione dei dati personali di cui agli artt. 7 e 8 Carta dir. fond. UE, la Commissione affermava di ritenere che “*Rules covering digital content provided against personal data will increase consumers’ awareness of the economic value of their personal data and further contribute to better protection*” (p. 31). Ulteriori specificazioni e dettagli vennero poi fornite dalla Commissione in riscontro al Parlamento olandese in relazione al relativo Parere sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (cfr. il doc. del Consiglio dell’UE n. 7757/16 del 12 aprile 2016, disponibile all’indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7757_2016_INIT&from=EN): cfr. *Brief van het Lid van de Europese Commissie, Mevrouw Vera Jourová*, 4 agosto 2016, disponibile in <https://secure.ipex.eu>, p. 2, 4.

In proposito cfr. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, cit., p. 15 s.; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive*, cit., p. 15.

⁴³ M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, in *GPR*, 2016, 2, p. 57 s.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 86 s.

⁴⁴ In tal senso l’ambito della nozione di “dati come controprestazione” accolto dalla Proposta DCD era più ampio rispetto a quello presente nella Proposta CESL. Su tale aspetto cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58.

⁴⁵ R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers*, *Briefing EPRS*, April 2016, cit., p. 4; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 193; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 203 ss.

“attivamente”⁴⁶. Rispetto a tale requisito, il cons. 14 si preoccupava di svolgere talune precisazioni e di specificare alcuni dettagli, chiarendo che la direttiva fosse intesa a trovare applicazione “solo ai contratti in cui il fornitore richiede dati, quali il nome e l’indirizzo e-mail o foto e il consumatore glieli fornisce attivamente, in modo diretto o indiretto, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l’accesso alle fotografie dei consumatori” e non, viceversa, “a situazioni in cui il fornitore raccoglie le informazioni, compresi i dati personali, quali l’indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni raccolte e trasmesse mediante un cookie, senza che il consumatore le fornisca attivamente, anche se accetta il cookie”⁴⁷.

Altra limitazione veniva prevista, subito dopo, dal par. 4 del medesimo art. 3, escludendo l’applicabilità della direttiva “nella misura in cui il fornitore chiede al consumatore di fornire dati personali il cui trattamento è strettamente necessario ai fini dell’esecuzione del contratto o del rispetto di obblighi di legge e il fornitore non li tratta ulteriormente in modo incompatibile con tale finalità”, nonché “ad eventuali altri dati che il fornitore

⁴⁶ Cfr. H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 13; ID., *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 36; V. MAK, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁷ V. pure la risposta della Commissione al Parere della Germania sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (*Beschluss des Bundesrates, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte COM(2015) 634 final, Ratsdok. 15251/15, Drucksache 168/16 (Beschluss) (Grunddrs. 613/15)*, 22 aprile 2016, disponibile all’indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2015/0634/DE_BUNDESRAT_CONTI-COM\(2015\)0634_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2015/0634/DE_BUNDESRAT_CONTI-COM(2015)0634_DE.pdf)): *Stellungnahme der Europäischen Kommission zu dem Beschluss des Bundesrates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, C(2016) 5656 final*, 8 settembre 2016, disponibile all’indirizzo <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/DE/3-2016-5656-DE-F1-1.PDF>, p. 5.

Al riguardo cfr., in generale, A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 821 s.; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 79.

chiede al consumatore al fine di garantire che il contenuto digitale sia conforme a quanto stipulato nel contratto o di soddisfare obblighi di legge, e il fornitore non utilizza tali dati a fini commerciali”⁴⁸. Ciò ricorreva, come spiegato sempre dal cons. 14, nelle “situazioni in cui il fornitore raccoglie i dati necessari affinché il contenuto digitale funzioni in conformità al contratto, ad esempio la localizzazione geografica se tale dato è necessario per il corretto funzionamento di un’applicazione mobile, o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge, ad esempio nei casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria ai fini di sicurezza e di identificazione”⁴⁹.

Era, poi, il medesimo considerando appena richiamato a precisare che la direttiva non dovesse essere applicata “alle situazioni in cui il consumatore è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l’accesso ai contenuti digitali”⁵⁰.

Con riguardo a talune delle ipotesi escluse dal campo di applicazione, l’art. 22 provvedeva ad introdurre una clausola di revisione, in base alla quale la Commissione, nel riesaminare, entro il termine di cinque anni dalla sua entrata in vigore, l’applicazione della direttiva, presentando una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio, avrebbe dovuto vagliare “tra l’altro, l’opportunità di armonizzare le norme applicabili ai contratti di fornitura di contenuto digitale a fronte di controprestazioni diverse da quelle contemplate

⁴⁸ Cfr. H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 13 s.; ID., *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 38; J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services*, cit., p. 44; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 83 s.

⁴⁹ Cfr. R. MILÀ RAFEL, *op. cit.*, p. 32; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 821 s.; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 192.

⁵⁰ In proposito cfr. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 16, i quali portano come esempio il caso in cui il consumatore sia costretto alla visione di una pubblicità prima di poter accedere ad un sito; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59.

dalla presente direttiva, in particolare la pubblicità o la raccolta indiretta di dati”⁵¹.

L’inclusione nel campo di applicazione dell’emananda direttiva delle ipotesi di fornitura di contenuti digitali a fronte di dati personali finiva per determinare un’evidente connessione tra la disciplina contrattuale da essa predisposta e la normativa di protezione dei dati personali. Così, il par. 8 dell’art. 3 Prop. DCD si premurava di affermare che la direttiva “non pregiudica la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”. Prodromicamente, al cons. 22 si provvedeva a chiarire che le fonti regolanti tale comparto normativo – all’epoca costituite dalle direttive 95/46/CE e 2002/58/CE – fossero pienamente applicabili nell’ambito dei contratti di fornitura di contenuto digitale e che l’attuazione e l’applicazione dell’emananda direttiva dovessero avvenire nel pieno rispetto del quadro giuridico nel settore dei dati personali nell’Unione da esse istituito⁵².

Così perimetrata l’ampiezza delle ipotesi di fornitura di contenuti digitali in cambio di una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati rientranti nel campo di applicazione della disciplina oggetto della Proposta DCD, dall’articolato successivo ne emergeva una regolamentazione in taluni tratti peculiare o comunque divergente rispetto a quella applicabile, in via generale, ai contratti contemplanti un il pagamento di un prezzo.

Ciò, *in primis*, con riguardo alla valutazione dei requisiti di conformità del contenuto digitale. L’art. 6, par. 2, Prop. DCD disponeva che, nella misura in cui il contratto non stabilisse in modo chiaro e completo quali requisiti

⁵¹ Spiegavano l’opportunità di una tale clausola con la rapidità degli sviluppi tecnologici e commerciali caratterizzanti il mercato *de quo* R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 16.

⁵² Negli stessi termini si esprimeva anche la Relazione introduttiva alla Prop. DCD, p. 4 s. Cfr. R. MILÀ RAFEL, *op. cit.*, p. 31; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 822; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59 s.; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 186 s.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 79 e nt. 125.

dovesse possedere il contenuto digitale – analiticamente indicati al par. 1 e attinenti, a seconda dei casi, alla quantità, qualità, durata, versione, funzionalità, interoperabilità e altre prestazioni (quali accessibilità, continuità e sicurezza), possibili usi, istruzioni e assistenza ai clienti, aggiornamento – questo dovesse essere tale da soddisfare “gli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato un contenuto digitale dalle medesime caratteristiche, comprese la funzionalità, l’interoperabilità e le altre prestazioni, quali l’accessibilità, la continuità e la sicurezza”. Tale valutazione avrebbe dovuto compiersi “tenendo conto” di una serie di circostanze, tra cui quella individuata dalla lett. a, cioè “del fatto che il contenuto digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo o di altra controprestazione non pecuniaria”⁵³. In altri termini, analogamente alla versione originaria della Proposta CESL, si sanciva che il contenuto digitale, ove fornito a fronte di una controprestazione consistente in dati, potesse soddisfare *standard* inferiori, o comunque valutati in maniera meno rigorosa, rispetto a quello per cui il consumatore avesse corrisposto una somma di denaro⁵⁴, con la conseguenza di un più difficile accesso ai rimedi e quindi di una tutela più bassa per tale categoria di consumatori⁵⁵.

⁵³ Cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 17 s.; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 858; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 68; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers*, *Briefing EPRS*, April 2016, cit., p. 5.; G. HOWELLS, *Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and Other Distance Sales of Goods*, in *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., p. 145 ss.

⁵⁴ Peculiare è la prospettazione da parte di A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, cit., p. 118 ss., di una diversa possibile interpretazione, per la quale l’elemento discrezionale dovesse ravvisarsi (non nella natura ma) nella mera presenza di una controprestazione, dimodoché lo *standard* di conformità relativo ai contenuti forniti in cambio di dati fosse lo stesso di quelli pagati in denaro, contrapponendosi a quello relativo ai contratti puramente gratuiti (tuttavia tale opzione non pare proponibile proprio in quanto questi ultimi contratti, come detto, esulavano del tutto dal campo di applicazione della Proposta DCD).

⁵⁵ M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205 s. e A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 110 s. (il quale rimanda a B. LURGER, *Anwendungsbereich*

Un trattamento parzialmente divergente per le due tipologie di fattispecie finiva poi per determinarsi, indirettamente, anche sul piano dei rimedi esperibili dal consumatore in presenza di un difetto di conformità del contenuto digitale⁵⁶. In tal caso, infatti, ove non si dovesse fare luogo al ripristino della conformità da parte del fornitore – giacché impossibile, sproporzionato o illegale, o non eseguito entro un tempo ragionevole, o idoneo a creare notevole disagio al consumatore, o rifiutato dal fornitore –, il consumatore che avesse prestato una controprestazione sotto forma di dati, stante l’ovvia inapplicabilità del rimedio consistente nella riduzione del prezzo *ex art.* 12, par. 3 e 4, Prop. DCD⁵⁷, si ritrovava ad avere a disposizione solamente il rimedio del recesso dal contratto. Questo, però, a norma del par. 5, risultava esperibile “solo se il difetto di conformità al contratto compromette la funzionalità, l’interoperabilità e le altre principali prestazioni, quali l’accessibilità, la continuità e la sicurezza, ove richiesto dall’articolo 6, paragrafi 1 e 2”. Allora, benché non fosse previsto in via diretta un regime differenziato in punto di rimedi per il consumatore che fornisse una prestazione non pecuniaria⁵⁸, nondimeno la tutela di quest’ultimo veniva anche su tale fronte a risultare meno ampia di quella riconosciuta al consumatore che pagasse un prezzo. Infatti, là dove il difetto di conformità esistesse, ma non fosse tale da compromettere le funzionalità e le prestazioni principali, benché determinasse una riduzione del valore del contenuto fornito

und kaufvertragliche Ausrichtung der DURL- und FWRL-Entwürfe, in *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt*, a cura di C. Wendehorst, B. Zöchling-Jud, Vienna, 2016, p. 42) parlano di rimedi “di seconda classe”; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 198 s.

⁵⁶ Cfr. B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 6 s.; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive*, cit., p. 16.

⁵⁷ F. ZOLL, *Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, cit., p. 181; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 204, nt. 90; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 69.

⁵⁸ Cfr. G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 206, il quale sottolineava come la Prop. DCD-Com. avesse concesso i medesimi rimedi a prescindere dal tipo di controprestazione, non adottando una norma come quella dell’art. 107 All. I CESL.

rispetto a quello dedotto in contratto, il consumatore della prima tipologia, a differenza di quello della seconda, si ritrovava a non poter disporre di alcun rimedio, e dunque sprovvisto di ogni tutela⁵⁹.

Sempre in riferimento all'ambito dei rimedi per la mancata conformità, risultava poi inapplicabile alle fattispecie in questione la norma – espressamente prevista dall'art. 13, par. 5 e 6, Prop. DCD solo per le ipotesi di fornitura contro prezzo – per cui ove, trattandosi di una fornitura prevista per un determinato periodo di tempo, tale difetto fosse circoscritto soltanto ad una certa parte di esso, il consumatore potesse recedere dal contratto solo limitatamente a tale parte di periodo, con obbligo del fornitore di rimborsare al consumatore solo la parte del prezzo pagato ad essa corrispondente (*termination pro rata temporis*)⁶⁰. L'inapplicabilità di una tale “risoluzione parziale” nei casi in cui il contenuto digitale fosse fornito contro una controprestazione non pecuniaria veniva spiegata dal cons. 42 col fatto che “è impossibile ripartire proporzionalmente una tale controprestazione”⁶¹. Ne veniva a conseguire, dunque, che ove la controprestazione consistesse in dati, anche ove la mancata conformità fosse limitata solo ad un certo periodo del rapporto di fornitura, il recesso del consumatore non poteva che riguardare l'intero contratto.

Particolari disposizioni specificamente rivolte a regolare le ipotesi in cui i contenuti digitali fossero forniti a fronte di dati erano poi dettate nell'ambito della disciplina delle conseguenze dello scioglimento⁶² del

⁵⁹ Cfr. la *Posizione italiana preliminare in merito alla proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale*, predisposta dal Ministero della Giustizia su atto di indirizzo del Parlamento e rappresentata nei negoziati nelle sedi europee in merito alla “Proposta DCD”, disponibile all'indirizzo http://www.senato.it/web/docuorc2004.nsf/PerDataNew2_Parlamento/2A53A6B4CB452349C1257F370042008D, p. 10 s.

⁶⁰ Cfr. R. MILÀ RAFEL, *op. cit.*, p. 41; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers*, *Briefing EPRS*, April 2016, cit., p. 7.

⁶¹ Cfr. G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 207, nt. 98.

⁶² L'improprietà terminologica relativa all'utilizzo inappropriato, nella versione italiana dell'articolato in esame, dei termini “recesso” e “risoluzione” (nella versione inglese veniva sempre utilizzata la parola “*termination*” – ovvero la forma verbale “*to terminate*” – così

contratto conseguente al recesso del consumatore per mancata fornitura (art. 11) o difetto di conformità (art. 13) del contenuto digitale, a seguito della sua modifica da parte del fornitore (art. 15), o nel caso di contratti a lungo termine (art. 16). Invero, in relazione a tali ipotesi, accanto a norme volte a soddisfare esigenze di disciplina specificatamente riguardanti i casi di fornitura contro prezzo⁶³, venivano dettate pure disposizioni concernenti (anche o, a seconda dei casi, soltanto) i casi di fornitura contro dati⁶⁴.

In relazione alle varie ipotesi di scioglimento, infatti, rispettivamente l'art. 13, par. 2, lett. *b* (richiamato anche dall'art. 11), l'art. 15, par. 2, lett. *b* e l'art. 16, par. 4, lett. *a*, Prop. DCD facevano sostanzialmente obbligo al fornitore di astenersi – ovvero, nel primo e nel terzo caso, di adottare tutte le misure in suo potere per astenersi – dall'uso dei dati che il consumatore ha fornito quale controprestazione non pecuniaria in cambio del contenuto digitale, oltre che degli eventuali altri dati raccolti dal fornitore in relazione alla fornitura del contenuto digitale, compreso qualsiasi contenuto fornito dal consumatore; soltanto nel primo caso si faceva eccezione dei contenuti

come nella versione francese la parola “*résiliation*” – ovvero la forma verbale “*résilier*”) era stato segnalato nella *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 15 s.

⁶³ In particolare, l'art. 13, par. 2, lett. *a*, Prop. DCD prevedeva che in caso di recesso del consumatore dal contratto per mancata (giusta il rinvio *ex art.* 11 Prop. DCD) o difettosa fornitura il fornitore dovesse rimborsare al consumatore il prezzo pagato, senza indebito ritardo e comunque entro 14 giorni dal ricevimento della comunicazione; l'art. 15, par. 2, lett. *a*, Prop. DCD prevedeva che nel caso di recesso dal contratto a seguito di modifica del contenuto da parte del fornitore, questi dovesse rimborsare al consumatore la parte del prezzo pagato corrispondente al periodo successivo alla modifica; l'art. 16, par. 3, Prop. DCD, in relazione al recesso dai contratti a lungo termine, sanciva che il consumatore rimanesse obbligato a pagare la parte del prezzo corrispondente al periodo precedente alla data in cui la risoluzione del contratto diventa effettiva (cioè, in virtù del precedente par. 2, 14 giorni dopo il ricevimento della comunicazione).

⁶⁴ Cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 25 s.; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 14 s., 20, 22 s.; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 861 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinien vorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59 s., 69 s.; J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services*, cit., p. 44; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers, Briefing EPRS*, April 2016, cit., p. 7 ss.; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 209 s., 214 s.; F. ZOLL, *op. cit.*, p. 181; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 116 ss.

generati congiuntamente dal consumatore e altre persone che continuano ad avvalersene. In proposito, taluni chiarimenti venivano forniti dal cons. 37, secondo cui, in caso di scioglimento del contratto da parte del consumatore, “se il contenuto digitale non è fornito in cambio del pagamento di un prezzo ma a fronte dell’accesso ai dati forniti dal consumatore, il fornitore dovrebbe astenersi dall’utilizzare tali dati, dal trasferirli a terzi o dal consentire a terzi di accedervi, dopo la risoluzione del contratto. Adempiere all’obbligo di astenersi dall’uso di dati dovrebbe significare che, nel caso in cui la controprestazione consiste di dati personali, il fornitore debba adottare tutte le misure necessarie al fine di conformarsi alle norme sulla protezione dei dati cancellandoli o rendendoli anonimi, di modo che il consumatore non possa essere identificat[o] mediante uno degli strumenti che potrebbero essere ragionevolmente utilizzati dal fornitore o da qualsiasi altra persona. Fatti salvi gli obblighi di un responsabile del trattamento ai sensi della direttiva 95/46/CE, il fornitore non dovrebbe essere tenuto a prendere altre misure in relazione ai dati che ha legittimamente fornito a terzi nel corso della durata del contratto di fornitura di contenuto digitale”⁶⁵.

Nei medesimi rispettivi casi, poi, l’art. 13, par. 2, lett. *c* – richiamato (oltre che dall’art. 11) dall’art. 15, par. 1, lett. *d* – e l’art. 16, par. 4, lett. *b*, Prop. DCD, al fine di assicurare che il consumatore godesse di un’efficace protezione in relazione al diritto di risolvere il contratto⁶⁶, prevedevano che il fornitore dovesse mettere a disposizione del consumatore gli strumenti tecnici per recuperare tutti i contenuti da questo forniti e gli eventuali altri dati prodotti o generati a seguito dell’utilizzo del contenuto digitale da parte del consumatore, nella misura in cui i dati fossero stati conservati dal fornitore⁶⁷,

⁶⁵ Su tali disposizioni cfr. R. MILÀ RAFEL, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁶ Cfr. il cons. 39, che ne esplicitava la *ratio*.

⁶⁷ Il cons. 39, dal tenore per il resto essenzialmente analogo al richiamato articolato, affermava che “Tale obbligo dovrebbe essere esteso ai dati che il fornitore è tenuto a conservare a norma del contratto di fornitura di contenuto digitale, nonché ai dati che il fornitore ha effettivamente conservato in relazione al contratto”, ma la formulazione

e che, dal canto suo, il consumatore avesse diritto di recuperare il contenuto senza particolari disagi, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune⁶⁸; giova precisare che la prima di tali disposizioni, ma non anche la seconda, precisava altresì che il consumatore dovesse poter esercitare tale facoltà gratuitamente⁶⁹.

3. Il dibattito e l'evoluzione della nozione di “dati come controprestazione” nell'iter di approvazione della “DCD”

Successivamente alla presentazione della Proposta di Direttiva relativa a taluni aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali da parte della Commissione, si è sollevato un ampio e vivace dibattito tra organismi rappresentativi degli *stakeholders* coinvolti – essenzialmente le imprese operanti nel settore dei servizi digitali e i consumatori, ma anche i professionisti legali⁷⁰ –, dottrina, Stati membri e Istituzioni europee. Esso ha accompagnato l'intero procedimento legislativo che ha condotto all'approvazione e all'emanazione della Direttiva e ha interessato anche, e soprattutto, i problemi attinenti alla scelta di assoggettarvi anche le ipotesi di fornitura di contenuti digitali in cambio di una “controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati”. In particolare, il dibattito si è appuntato su diversi aspetti problematici posti da tale scelta: dalla questione di massima

transitata nell'articolato pare più ristretta, giacché limitata soltanto alla seconda ipotesi, senza comprendere pure la prima.

⁶⁸ Cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 70, i quali vi ravvisano una norma specificamente dettata per i servizi *cloud*.

⁶⁹ Precisava il cons. 40 che ciò “ad eccezione dei costi generati dal proprio ambiente digitale, compresi i costi di una connessione di rete, poiché essi non derivano specificamente dal recupero dei dati”.

⁷⁰ Si consulti la *Stakeholders Feedback Note*, che sintetizza le risultanze dello *Stakeholders feedback mechanism* predisposto dalla Commissione europea circa la Proposta DCD, disponibili all'indirizzo <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/36408>.

relativa alla stessa scelta di includere tali ipotesi nell'ambito di applicazione ad aspetti più specifici attinenti alla delimitazione dell'ampiezza della nozione di "dati come controprestazione" di contenuti digitali, nonché, naturalmente, alla peculiare disciplina riservata a tali ipotesi in modo diversificato rispetto a quella dettata in via generale per i contratti di fornitura di contenuto digitale in cambio del pagamento di un prezzo. I menzionati aspetti saranno oggetto di partita considerazione nei sottoparagrafi che seguono, ove si tenterà di scomporre ed analizzare il dibattito sviluppatosi sugli stessi nonché il modo in cui esso ne ha determinato l'evoluzione nell'arco dell'*iter* legislativo. A tale non facile compito, considerata anche la vastità e l'eterogeneità del materiale da esaminare, induce la prospettiva di sicuri benefici *sub specie* di una più profonda e completa comprensione, e quindi di una maggiore consapevolezza, dei contenuti e delle idee sottesi al concetto di "dati come controprestazione" per come accolto dalla recente legislazione europea, nonché dei problemi che esso suscita e porta con sé, avendo in tal modo altresì l'opportunità di notare l'emersione e, così, di entrare in un primo contatto con questioni che saranno poi oggetto di specifica ed analitica trattazione nei capitoli successivi, conferendo maggiore robustezza e solidità all'impianto della ricerca.

3.1. L'inclusione nell'ambito di applicazione della fornitura di contenuti digitali a fronte di dati

La scelta della Commissione europea di includere nell'ambito di applicazione della direttiva proposta le fattispecie di fornitura di contenuti digitali a fronte di dati ha suscitato, fin dall'inizio, reazioni contrastanti.

Per un verso, essa è stata da più parti accolta con sostanziale favore⁷¹.
Tale consenso è stato sovente giustificato con le medesime valutazioni di

⁷¹ A livello istituzionale cfr. il *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale» [COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)] e alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni» [COM(2015) 635 final – 2015/0288 (COD)] (2016/C 264/07)*, disponibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015AE6292>, punto 4.3.2.3, n. 1; per l'Italia, cfr. il parere sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui al documento *Camera dei Deputati, Doc. XVIII, N. 39, Commissioni riunite IX (Trasporti, Poste e Telecomunicazioni) e X (Attività produttive, Commercio e Turismo), Documento finale, a norma dell'articolo 127 del Regolamento su: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo – Contratti nel settore digitale per l'Europa – Sfruttare al massimo il potenziale del commercio elettronico (COM(2015)633 final), Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015)634 final). Approvato il 18 maggio 2016*, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9561_2016_INIT&from=EN, p. 3; per la Germania *Beschluss des Bundesrates*, cit., punto 17; finanche il Regno Unito (*Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills*, cit.), pur ricordando la scelta in senso opposto operata nel *Consumer Rights Act* del 2015, dichiarava di non avere “*fundamental objection to this*”; *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers, COM (2015) 634 final, 2016*, disponibile all'indirizzo https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf, p. 3, la definiva come un “*major step forward*”; scontato era invece il favore del *Bureau Européen Des Unions De Consommateurs*, organizzazione-ombrello dei consumatori a livello europeo, unico ente rappresentativo dei consumatori ad essersi espresso nell'ambito dello *Stakeholders feedback mechanism* (su cui v. la *Stakeholders Feedback Note*, cit.): cfr. *BEUC preliminary position, Proposal for a directive on contracts for the supply of digital content*, BEUC-X-2016-036, 12 aprile 2016, p. 3.

In dottrina cfr. H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 12, che la riteneva “*sensible*”; ID., *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 36; V. MAK, *op. cit.*, p. 10; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 57 ss.; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 818 ss., 864 s.; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, p. 93 s.; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., che la definiva come “*a step in the right direction*” (p. 186) e come approccio “*desirable*” (p. 194); R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Digital Revolution – Challenges for Contract Law*, in *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy I*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Oxford-Baden Baden, 2016, p. 32, e poi R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 15 ravvisano in essa l’“*achievement*” più significativo dell'intera proposta; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 86; di questo avviso, argomentando dall'auspicio dell'a. nel senso dell'inserimento di norme analoghe nella *Online Sales Directive*, pare pure C.

politica legislativa enucleate dalla Commissione a fondamento della propria scelta. Si è così posto l'accento sull'ampia diffusione nella pratica di tali ipotesi, nonché sull'opportunità di evitare discriminazioni, in più direzioni: da un lato tra *business models*, in modo da assicurare parità di condizioni per i fornitori e scongiurare distorsioni della concorrenza⁷²; dall'altro – e soprattutto⁷³ – tra gruppi di consumatori, non potendosi ritenere giustificato un livello di protezione inferiore per coloro che prestino un corrispettivo sotto forma di dati rispetto a quelli che paghino un prezzo, considerato sia il significativo valore economico assunto dai dati per gli operatori del mercato dei contenuti digitali⁷⁴, sia l'attitudine dei vizi della fornitura ad impattare negativamente sugli interessi economici del consumatore indipendentemente dalla natura della controprestazione⁷⁵.

WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age, In-depth analysis* per la Commissione giuridica (*JURI*), 2016, PE 556.928, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98774/pe%20556%20928%20EN_final.pdf, p. 15 e 20.

⁷² Per le ragioni fin qui indicate cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 10; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 57 s., 70.

⁷³ A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 94 ritenevano più appropriato porre l'enfasi non tanto sul primo, quanto su questo secondo aspetto, dal momento che doveva ravvisarsi nell'armonizzazione del livello di tutela dei consumatori, piuttosto che nella paritaria incentivazione dei diversi modelli commerciali, il principale strumento tramite cui la "DCD" mirava a raggiungere il proprio obiettivo, ossia quello di incoraggiare la crescita del *Digital Single Market*, scongiurando l'inopportuno esito di un'ulteriore frammentazione tra diritti nazionali in base ai rispettivi approcci alle fattispecie in questione.

⁷⁴ Lo sottolineavano, a questo proposito, i primi dibattiti orientativi del Consiglio (Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 2 giugno 2016, n. 9768/16, disponibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9768-2016-INIT/it/pdf>, p. 8; Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 1 dicembre 2016, n. 14827/16, disponibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14827-2016-INIT/it/pdf>, p. 8); *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 15; *BEUC preliminary position*, cit., p. 3; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 191 s.

⁷⁵ Soprattutto M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 57 s., il quale a p. 60, e rinviando anche a M. SCHMIDT-KESSEL, *Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz*, in *K&R*, 2014, p. 479 s., manifesta approvazione per la scelta di escludere un esonero da responsabilità per i fornitori per tali servizi, come invece previsto da numerosi sistemi giuridici.

A sostegno della scelta non è mancata l'indicazione di ragioni di carattere sostanziale, come la generale appropriatezza della regolamentazione predisposta indipendentemente dalla natura del corrispettivo, la conseguente introduzione di un “*legal framework*” per l'applicazione della tutela avverso le clausole vessatorie anche a tali fattispecie, nonché la maggiore certezza giuridica che ne sarebbe derivata relativamente ai contratti “misti”, nei quali al consumatore è richiesto sia di pagare un prezzo che di fornire dati⁷⁶.

Infine, si è ritenuto che una tale soluzione avrebbe potuto favorire la consapevolezza del consumatore, in ordine tanto al valore economico dei propri dati⁷⁷, quanto al carattere giuridicamente impegnativo del rapporto che si viene ad instaurare⁷⁸.

Tuttavia, molte sono state anche le reazioni di segno negativo⁷⁹. Rispetto alla scelta operata dalla Commissione sono stati infatti sollevati

⁷⁶ Per tali ragioni cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 10 s.; M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *op. cit.*, p. 177 s.; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 202; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 194.

⁷⁷ M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 57 s.

⁷⁸ È questo il senso in cui, se non ci si inganna, vanno intese le parole di M. NARCISO, *op. cit.*, p. 202, ove parla di “*contractual relation*”.

Va in ultimo segnalata la *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 5, che ha argomentato dall'opportunità di una scelta simmetrica rispetto a quella operata dall'art. 2, c. 1, lett. e, n. 2 della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti *online* nel mercato interno del 9 dicembre 2015, COM(2015) 627 final, 2015/0284 (COD) (che ha poi dato luogo all'emanazione del Regolamento (UE) 2017/1128 del 14 giugno 2017), volta ad estendere il regime della portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online anche a quelli forniti “senza esigere il pagamento di un corrispettivo in denaro”.

⁷⁹ Tra coloro che hanno manifestato le posizioni più critiche vi sono anzitutto gli *stakeholders* espressivi del mondo delle imprese, che rappresentano la maggioranza di coloro che hanno partecipato al meccanismo di *feedback* predisposto dalla Commissione: cfr. BITKOM, *Stellungnahme, Vorschläge der EU-Kommission für zwei Richtlinien über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes*, 24 febbraio 2016, p. 8 s.; BUSINESSEUROPE, *Comments, Online sale of goods and Digital content proposals*, 20 aprile 2016, p. 3; IAB Europe revised position on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 31 maggio 2016, disponibile all'indirizzo <https://iab europe.eu/wp-content/uploads/2019/08/IAB-Europe-revised-position-on-the-European-Commission%C2%B9s-proposal-for-a-Directive-on-certain-aspects-concerning->

svariati rilievi critici, talvolta condivisi finanche da chi pure esprimeva una posizione in linea di principio favorevole⁸⁰. Tali rilievi hanno riguardato la soluzione proposta appuntandosi su diversi profili, che si possono così sinteticamente schematizzare: per un verso, la stessa scelta nel senso dell'inclusione delle fattispecie di fornitura di contenuti digitali in cambio di dati nell'ambito di applicazione della Proposta; per altro verso, l'applicabilità a tali fattispecie di talune specifiche disposizioni contenute nella Proposta; per altro verso ancora, l'idea, veicolata e promossa dalla scelta in questione, di considerare i dati alla stregua di una possibile controprestazione contrattuale⁸¹.

Quanto al primo aspetto, si è anzitutto lamentato che l'assoggettamento delle ipotesi di fornitura di contenuti digitali a fronte di dati alla disciplina contenuta nella Proposta avrebbe comportato costi ed oneri

[contracts-for-the-supply-of-digital-content.pdf](#), p. 2 ss.; BDI, *Stellungnahme, Zu den Vorschlägen der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015)634) und für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (COM(2015)635)*, 27 aprile 2016, p. 4; *AmCham EU's position on Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 3 maggio 2016, p. 2 ss.; *Position of the Polish Confederation Lewiatan on the Proposal for a directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2 marzo 2016, p. 5; nonché l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, aprile 2016, p. 1 ss.; per una panoramica v. la *Stakeholders feedback note*, cit.

⁸⁰ Si può già anticipare, infatti, che la posizione forse più critica in assoluto è stata assunta dall'*European Data Protection Supervisor (EDPS)*, interpellato dal Consiglio, con la *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, che pure riconosceva la necessità dell'inclusione di tali fattispecie nell'ambito di applicazione dello strumento. Su tale parere si vedano le considerazioni di G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018, 4, p. 374 ss.

⁸¹ Vale la pena sottolineare come, a livello concettuale, le critiche afferenti a ciascuno di tali profili, per quanto questi fossero tra loro fortemente interrelati, non si estendevano necessariamente anche agli altri, così finendo per concernere la soluzione nella sua globalità. Ad esempio, con le critiche all'inclusione nel campo di applicazione della Proposta dei casi in cui il consumatore per ricevere il contenuto digitale fornisca dati non si metteva necessariamente in discussione l'idea che i dati potessero costituire una controprestazione nell'ambito di un contratto e viceversa, ed entrambi tali aspetti erano astrattamente compatibili con la critica relativa all'applicabilità in tali ipotesi di particolari aspetti della regolamentazione proposta.

eccessivi a carico degli operatori economici adottanti tale *business model*, specie in quanto gli obblighi ivi previsti sarebbero andati ad aggiungersi a quelli derivanti dal Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), che di lì a poco sarebbe entrato in vigore⁸². Si paventava dunque il rischio che ciò avrebbe potuto limitare l'innovazione, la crescita e la competitività del nascente mercato dei contenuti digitali, finendo in ultima analisi per danneggiare l'intera economia europea⁸³. Pertanto si era a tal riguardo per lo più evocato un atteggiamento di cautela, richiamando l'attenzione sulla preliminare necessità di un maggiore approfondimento circa il ruolo dei dati nei mercati dei consumatori e le possibili implicazioni sociali ed economiche di un simile sviluppo normativo, indispensabile affinché potesse maturarsi la cruciale capacità di perseguire anche nell'economia digitale un giusto equilibrio tra gli interessi dei consumatori e quelli delle imprese⁸⁴.

⁸² Cfr. BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 3; *Position of the Polish Confederation Lewiatan*, cit., p. 1; BDI, *Stellungnahme*, cit., p. 4 e BITKOM, *Stellungnahme*, cit., p. 8, ponevano l'accento sul fatto che il diritto dell'interessato di revocare in qualsiasi momento il consenso al trattamento dei dati, previsto appunto dal GDPR, avrebbe impedito agli operatori economici una pianificazione sicura, risultando a tale riguardo privo di alcuna utilità il disposto dell'art. 3, par. 8, Prop. DCD come proposto dalla Commissione.

L'*Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills*, cit., sottolineava la necessità che “*the obligations and remedies proposed are proportionate and do not unduly inhibit this often low margin but very innovative business model*”.

⁸³ In tal senso erano le preoccupazioni delle imprese inglesi, consultate dal Governo, riportate dalla lettera del *Minister for Intellectual Property at the Department of Business, Innovation and Skills (Baroness Neville-Rolfe)* del 7 aprile 2016, cit.; nonché quelle di BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 3 s.; particolarmente nefasta era la profezia dell'*AmCham EU's position*, cit., p. 2 s. secondo cui la scelta in questione “*is a worrying development, which could impede rather than boost the data economy in Europe*”, aggiungendo che “*The digital content industry is a young and dynamic one (...) Legislating at this point digital content risks closing off new avenues for market developments. The European Union could see itself fall back even further in the global competition*”. Peraltro, lo stesso ente, rappresentativo delle compagnie americane aventi interessi di natura economico-commerciale in Europa, rappresentava il timore che nel lungo periodo l'intervento normativo potesse addirittura finire per ritorcersi a svantaggio degli stessi consumatori, creando “*a two-tier approach, whereby consumers paying for digital content with their data would only have access to lower grades of content than those who pay a fee, resulting in poorer consumer choice and poorer consumer service for no real added benefit in terms of consumer protection*” (p. 3).

⁸⁴ Cfr., in particolare, BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 3 s. e l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital*

Infine, si è da qualche parte più radicalmente propugnato di non introdurre alcuna nuova, specifica regolamentazione incidente sulle fattispecie in parola, vuoi in quanto ritenute appaganti le soluzioni già ricavabili da altre fonti legislative o offerte dalle corti nazionali e dal mercato⁸⁵, vuoi sull'asserito presupposto che il GDPR dovesse essere l'unica fonte di disciplina riguardante i dati, anche in relazione agli aspetti più precipuamente attinenti al mercato⁸⁶.

In relazione al secondo profilo, si è temuto che taluni aspetti della regolamentazione delle fattispecie in esame contenuta nella Proposta DCD, tra cui in particolare quelli attinenti alle conseguenze dello scioglimento del contratto, potessero interferire con la normativa di protezione dati personali di cui al GDPR, in modo da generare sovrapposizioni, duplicazioni, incoerenze o conflitti e rischiando così di determinare confusione e incertezza circa il quadro giuridico applicabile. In questo modo si era suggerita l'opportunità di allineare gli ambiti di applicazione dei due strumenti e di adoperare negli stessi una terminologia coerente, alternativamente a quella di rimandare l'adozione di una disciplina della fornitura di contenuti digitali a

content, cit., p. 1 ss., i quali avanzavano l'ipotesi di introdurre in relazione alle fattispecie in questione una clausola di revisione sull'esempio del *Consumer Rights Bill* inglese.

⁸⁵ Per simili posizioni cfr. *AmCham EU's position*, cit., p. 3, che faceva riferimento all'applicabilità in via analogica dell'esistente diritto dei contratti, in particolare circa la vendita di beni; l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 1 ss., che rilevava come taluni operatori già fornivano tutela e rimedi in caso di contenuti digitali gratuiti difettosi sulla base di *best practices* (cui faceva riferimento pure la lettera del *Minister for Intellectual Property at the Department of Business, Innovation and Skills (Baroness Neville-Rolfe)* del 7 aprile 2016, cit.)

Tuttavia, la carenza di soluzioni adeguate nei contesti nazionali preesistenti e la conseguente opportunità di un intervento armonizzatore erano state autorevolmente evidenziate dal citato studio comparatistico M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *op. cit.*, p. 156, 174 s., 177, 277.

⁸⁶ Così l'EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., secondo cui occorresse preservare l'equilibrio concernente l'utilizzo dei dati personali nel mercato digitale trovato dal GDPR già tenendo in considerazione gli elementi posti dalla Commissione alla base della scelta operata nella propria Proposta, peraltro ritenuta inappropriata ad incidere in tale materia in quanto basata sull'art. 114 TFUE.

fronte di dati in attesa di poter valutare l'interpretazione e l'implementazione nella pratica dei concetti impiegati dal GDPR⁸⁷.

Infine, numerose critiche hanno riguardato l'idea dei dati come una possibile forma di controprestazione nell'ambito di un contratto, ritenuta sottesa alla scelta della Commissione di includere nell'ambito di applicazione della Proposta di direttiva volta a disciplinare i contratti di fornitura di contenuto digitale anche le ipotesi in cui a fronte di ciò il consumatore fornisce dati, accomunandole a quelle in cui è previsto il pagamento di un prezzo.

Si è infatti ritenuto, innanzitutto, che un simile concetto sia confliggente con taluni principi che governano la materia della protezione dei dati personali. Esso, invero, implicando una considerazione dei dati personali anche alla stregua di un *asset* economico-patrimoniale, avrebbe potuto essere interpretato come un incoraggiamento della pratica di “pagare” con i dati e quindi di una forma di trattamento, ciò che invece il GDPR tende a limitare tramite i principi di minimizzazione dei dati e della loro conservazione *ex art.* 5, lett. *c* ed *e*⁸⁸, e che comunque assoggetta al principio di correttezza, il quale verrebbe invece in tal modo minacciato⁸⁹. Perplessità sono sorte anche circa il coordinamento di un tale concetto con il requisito di libertà del consenso al

⁸⁷ Al riguardo cfr. BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 3; *AmCham EU's position*, cit., p. 4 s.; *Position of the Polish Confederation Lewiatan*, cit., p. 5 e p. 8.; l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 1 ss.; la replica del Parlamento olandese al riscontro della Commissione UE (*Brief van het Lid van de Europese Commissie*, cit.) contenuta nel doc. del Consiglio dell'UE n. 13742/16 del 26 ottobre 2016, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13742_2016_INIT&from=EN, p. 1 s.; EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.

⁸⁸ Cfr. *IAB Europe position on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 25 aprile 2016, disponibile all'indirizzo <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/36408>, p. 3 (si noti che tale documento è stato poi superato dalla “*revised position*” già citata).

⁸⁹ In tema e per considerazioni simili cfr. già J.E. COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, in *Stanford Law Review*, 2000, p. 1391.

trattamento dei dati personali⁹⁰, con particolare riguardo ai profili della possibilità di rifiuto senza subire pregiudizio⁹¹, dell'assenza di evidente squilibrio tra interessato-consumatore e titolare-professionista, nonché dell'effettività del diritto di revoca, che risulterebbe vanificata ove in spregio di questa il consumatore rimanesse obbligato in forza del contratto ad eseguire la propria controprestazione sotto forma di dati⁹².

Inoltre, si è evidenziata la necessità di un migliore chiarimento e approfondimento circa l'impatto che taluni aspetti della normativa di protezione dei dati personali avrebbero potuto esercitare sul rapporto contrattuale involgente i dati come controprestazione. Tra questi, oltre alla già menzionata facoltà di revoca del consenso al trattamento⁹³, si richiamavano il diritto di opposizione⁹⁴, il diritto alla portabilità⁹⁵, le disposizioni particolari concernenti i minori⁹⁶, la relazione tra titolare e terze parti cessionarie dei dati e la tutela ripristinatoria e risarcitoria⁹⁷.

In questo solco si collocano anche le aspre critiche mosse dall'*European Data Protection Supervisor*, rivolte appunto non alla scelta in

⁹⁰ Cfr., in particolare, artt. 4, n. 11, e 7, nonché cons. 42 e 43 GDPR.

⁹¹ Cfr. il Parere sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità del Parlamento olandese (doc. Consiglio n. 7757/16, cit.), p. 2.

⁹² V. quanto riportato da L. DRECHSLER, *Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?*, in *Datenschutz & LegalTech/ Data Protection & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS2018*, par. 3.2. Cfr. anche R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 26; F. ZOLL, *op. cit.*, p. 180.

⁹³ Su cui, oltre alle citazioni precedenti, v. la *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 6 s. e V. MAK, *op. cit.*, p. 9 e 26, che avvertono in generale sull'esigenza di chiarezza circa l'interazione tra protezione dei dati personali e diritto dei contratti; cfr. altresì BITKOM, *Stellungnahme*, cit., p. 8; BDI, *Stellungnahme*, cit., p. 4; *IAB Europe position*, cit., p. 6 ss.

⁹⁴ Cfr. BITKOM, *Stellungnahme*, cit., p. 8.

⁹⁵ Cfr. il Parere sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità del Parlamento olandese (doc. Consiglio n. 7757/16, cit.), p. 2.

⁹⁶ In argomento si veda G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 186 s.

⁹⁷ Cfr. la *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 6 s. e 13, ove ci si interrogava circa l'applicabilità cumulativa della tutela risarcitoria ex art. 14 Prop. DCD e di quella ex art. 82 GDPR e circa la derogabilità di quest'ultima per via contrattuale, propendendo nel primo caso per la soluzione positiva e per quella negativa nel secondo, seppur invocando in relazione ad entrambi opportune specificazioni.

sé di includere nell'ambito di applicazione della Proposta DCD anche le ipotesi in cui il consumatore ottenga contenuti digitali fornendo propri dati, che anzi trovava il supporto del Garante europeo, ma nei confronti dell'opzione terminologico-concettuale di utilizzare a tal uopo l'espressione "dati come controprestazione", ritenuta foriera di una concezione di fondo aberrante e biasimevole⁹⁸. Al riguardo pareva invero avanzarsi il timore che l'introduzione di una disposizione così formulata nell'ambito di un atto legislativo dell'Unione potesse prestarsi ad un'interpretazione nel senso del riconoscimento giuridico del *business model* in questione e così della legittimazione del "mercato dei dati personali" in contrasto con i principi fissati dal quadro delle fonti primarie e secondarie⁹⁹. La nozione censurata, infatti, implicando un'equiparazione dei dati personali al denaro o ad una "*mere commodity*", si riteneva inconciliabile con la loro attinenza a diritti fondamentali quali la protezione dei dati personali e la tutela della vita privata, come tali non suscettibili di essere ridotti a "*simple consumer interests*", monetizzati o resi oggetto di una transazione commerciale, quand'anche ne fosse parte lo stesso interessato¹⁰⁰. Pertanto, al fine di pervenire al medesimo risultato pratico avuto di mira dalla Commissione evitando i denunciati inconvenienti, il Garante europeo suggeriva due possibili soluzioni alternative all'utilizzo della stigmatizzata espressione: delineare l'ambito di applicazione della direttiva sfruttando l'ampia

⁹⁸ Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.

⁹⁹ Merita riportare alcune espressioni particolarmente incisive adoperate del Garante europeo (EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.): "*There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation*" (p. 7); dal che conseguiva un monito "*against any new provision introducing the idea that people can pay with their data the same way as they do with money*" (p. 3).

L'idea che la scelta circa l'inclusione o meno delle ipotesi in cui il consumatore in cambio del contenuto digitale fornisce dati avrebbe segnalato l'accettazione o, viceversa, il rifiuto del fenomeno socio-economico della commercializzazione dei dati personali era messa in evidenza da A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 93, per i quali tale dibattito "*reflects the tension between two regulative approaches to the intersection between markets, data protection and consumer protection*".

¹⁰⁰ Così EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., *passim*.

definizione di “servizio” riconosciuta dall’art. 57 TFUE, la quale per come interpretata dalla Corte di Giustizia richiede una “remunerazione” che non deve essere necessariamente pagata dal consumatore e che dunque ben potrebbe consistere nel valore che il fornitore è in grado di ritrarre dai dati del consumatore senza che questi debbano tecnicamente intendersi come “controprestazione” contrattuale da parte del consumatore; oppure ancorandolo alla mera offerta di contenuti digitali, indipendentemente dalla circostanza che il consumatore paghi un prezzo o che sia richiesto un qualsiasi tipo di controprestazione¹⁰¹.

Inoltre, in senso contrario all’idea dei dati come controprestazione si sono poi additate incongruenze concettuali e difficoltà pratiche, ritenute discendenti dalla refrattarietà di talune caratteristiche intrinseche ed ontologiche dei dati rispetto ad un inserimento in un contesto contrattualistico. In quest’ottica si è fatto riferimento al carattere non esclusivo e non rivale dei dati, tale da non precludere la possibilità di fornirli a più controparti contemporaneamente, nonché alla difficoltà di determinarne il valore, che si riflette negativamente sulla consapevolezza del consumatore e rende disagiata la predisposizione di una disciplina in tema di restituzioni¹⁰². Ancora, si è sostenuto, sul presupposto che la concezione in esame fosse necessariamente implicante l’idea di una “proprietà sui dati”,

¹⁰¹ Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., il quale osservava come il primo approccio fosse stato seguito per la definizione di “servizio della società dell’informazione” dalla Direttiva 2000/31/CE dell’8 giugno 2000 (“Direttiva sul commercio elettronico”), e già dalla Direttiva 98/34/CE del 22 giugno 1998 e dalla Direttiva 98/84/CE del 20 novembre 1998, ed il secondo ricalcava la tecnica adoperata per la delineazione dell’ambito di applicazione del GDPR dal suo art. 3. In maniera non molto dissimile, suggeriva l’abbandono dell’espressione in parola a favore di una formulazione che si limitasse ad evidenziare la gratuità o meno del contenuto fornito il parere dell’Italia sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui al documento *Camera dei Deputati, Doc. XVIII, N. 39*, cit., p. 3, ponendo l’accento sul rischio che potessero altrimenti essere compromesse quelle garanzie in tema di profilazione che il GDPR aveva invece inteso rafforzare.

¹⁰² Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; *IAB Europe revised position*, cit., p. 2. A tal proposito *AmCham EU’s position*, cit., p. 3 evidenziava come la concezione in esame fraintendesse ove la creazione del valore dei dati avvenisse, essendo questo non insito nei dati in sé ma derivante dalle elaborazioni effettuate dall’operatore economico.

come questa mal si conciliasse tanto con la distribuzione in capo a diversi soggetti di una serie di diritti insistenti sui *dataset*, tanto con la limitata disponibilità dei dati personali dovuta ai cogenti poteri di controllo riconosciuti all'interessato¹⁰³.

Infine, si è evidenziato come affidare la delimitazione del raggio di operatività dell'emanando strumento normativo ad una nozione tanto nuova e controversa, quale quella di "controprestazione sotto forma di dati", avrebbe comportato inevitabili incertezze rispetto alla sua concreta applicabilità¹⁰⁴.

Nonostante l'ampiezza e la gravità di tali e tante critiche, la proposta della Commissione è stata sostanzialmente confermata dai successivi atti e documenti che hanno scandito l'*iter* legislativo¹⁰⁵, pur tentando di migliorare la tecnica legislativa al fine di superare le criticità emerse, ed in tal senso particolarmente rilevante è stato l'impegno della dottrina nel tentativo di superare o quanto meno ridimensionare le riferite obiezioni.

¹⁰³ *IAB Europe revised position*, cit., p. 2; BITKOM, *Stellungnahme*, cit., p. 8 s., che evidenziava anche la difficoltà di conciliare il concetto in parola con l'*Abstraktionsprinzip* proprio dell'ordinamento tedesco.

¹⁰⁴ EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; pure *BEUC preliminary position*, cit., p. 3.

Per le difficoltà legate alla pluralità di soggetti coinvolti nei cc.dd. "EULA" (*End-User License Agreement*), che spesso si ricollegano alla fornitura di contenuti o servizi digitali, cfr. H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 13 s.; ID., *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 38 s.; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 191; si veda altresì *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 4 e 16 s.

¹⁰⁵ Al di là dei riferimenti specifici di volta in volta indicati, per un'espressa adesione a tale proposta cfr. il Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)) della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO) e della Commissione giuridica (JURI) del 7 novembre 2016, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_IT.pdf, in "Motivazione", p. 41, nonché le dichiarazioni di Axel Voss, uno dei correlatori del Progetto, alla *ERA Conference "New EU Rules for Digital Contracts"*, tenutasi a Bruxelles il 18 febbraio 2016, due mesi dopo la presentazione della Proposta DCD da parte della Commissione, riportate da L. BEIL, *Conference Report: ERA Conference "New EU Rules for Digital Contracts"*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 2, p. 110.

Così ci si è in primo luogo dedicati agli spinosi problemi di coordinamento tra la DCD e la normativa di protezione dei dati personali¹⁰⁶. Al riguardo si è additato come punto di partenza la necessità di una corretta impostazione del rapporto tra i due quadri normativi, già desumibile da un'attenta lettura dell'art. 3, par. 8, Prop. DCD, all'insegna di una loro applicabilità parallela e contestuale¹⁰⁷. In tal guisa il quadro giuridico fissato

¹⁰⁶ La notevole problematicità di tale rapporto risulta testimoniata dai moniti in tal senso provenienti anche da chi era in linea di principio favorevole alla scelta della Commissione, nonché dagli sforzi compiuti dalle Istituzioni coinvolte nell'iter legislativo per un miglioramento su questo fronte. Oltre a quanto si dirà a breve, si vedano, dal primo punto di vista, *BEUC preliminary position*, cit., p. 3 s.; l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 2; la Dichiarazione del Governo finlandese del 28 gennaio 2016, disponibile all'indirizzo https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kirjelma/Sivut/U_25+2015.aspx, par. 6; *Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills*, cit.; *Beschluss des Bundesrates*, cit., n. 19; in effetti, l'unica voce a non aver sollevato alcuna riserva a tale riguardo risulta essere quella di B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 4. Dal secondo punto di vista si vedano innanzitutto Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 2 giugno 2016, n. 9768/16, cit., p. 6; Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 1 dicembre 2016, n. 14827/16, cit., p. 8, punti 15, 16 e 17; Parere della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), destinato alla commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori e alla commissione giuridica, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), del 21 novembre 2016, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_IT.pdf, nella "breve motivazione", p. 98 s.; Prog. IMCO/JURI, "Motivazione", p. 41; Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)) della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori e della Commissione giuridica, del 27 novembre 2017, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_IT.pdf, "Motivazione", p. 96; peraltro, la stessa Commissione, nel secondo riscontro al Parlamento olandese (*Brief van de eerste Vicevoorzitter van de Europese Commissie, de heer Dr. F.C.G.M. Timmermans, en Mevrouw Vera Jourová, Lid van de Europese Commissie*, 11 gennaio 2017, disponibile all'indirizzo https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvij5epmj1ey0/vkb0moptzwwj/f=/kst34211g.pdf), riconosceva la possibilità di prendere in considerazione qualsiasi modifica volta ad assicurare piena coerenza tra DCD e GDPR.

¹⁰⁷ Così R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 5 s. (e 1 e 25 s.), nonché ID., *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, October 2017, PE 608.748, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608748/EPRS_BRI%282017%29608748_EN.pdf, p. 10, che descriveva la relazione tra i due corpi normativi in termini di "regimi giuridici paralleli", sulla base del rilievo per cui la normativa di protezione dei dati personali sfuggiva all'art. 3, par. 7, Prop. DCD, che poneva invece la rimanente legislazione UE in rapporto di specialità con la direttiva, corroborato sul piano sistematico dalla diversa

dal GDPR avrebbe continuato ad essere pienamente applicabile agli aspetti relativi al trattamento dei dati personali nel contesto dei contratti di fornitura di contenuti digitali, anche con riguardo alle relative condizioni di liceità, senza alcuna interferenza sul punto da parte della DCD, e ai diritti dell'interessato, esercitabili congiuntamente ed indipendentemente dai diritti dei consumatori previsti dalla DCD¹⁰⁸. In tal modo potevano scongiurarsi tutte le evidenziate preoccupazioni legate ai rischi di una sovrapposizione dei diversi corpi normativi, all'effettività della facoltà di revoca del consenso al trattamento, nonché più in generale al timore di una compromissione degli *standard* fissati dal GDPR in materia di protezione dei dati personali, cui

natura dei due strumenti, l'uno di diritto privato, rivolto al bilanciamento degli interessi privati dei consumatori e degli operatori economici sottesi all'acquisto di contenuti digitali, l'altro di diritto pubblico, mirante a proteggere i diritti fondamentali degli individui (nella stessa linea di pensiero R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 25 s., ove si sottolineava come i due strumenti afferissero ad "aree diverse di legislazione"); v. anche R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, May 2017, PE 603.929, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI%282017%29603929_EN.pdf, p. 5, ove si osservava come peraltro questa costituisse una situazione tutt'altro che inusuale, atteso che la grande maggioranza delle relazioni economiche sono simultaneamente soggette a molteplici regimi giuridici, citando, tra l'altro, l'esempio di un semplice contratto di vendita di beni, che non è regolato soltanto da norme privatistiche ma è anche soggetto a norme tributarie (IVA) e ad altre norme pubblicistiche (ad es., sicurezza alimentare), o quello di un contratto avente ad oggetto la costruzione di un'opera.

Per analoga soluzione cfr. L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4, che tuttavia la radicava nella previsione della sussidiarietà della DCD rispetto a tutti gli altri atti dell'UE, destinati a prevalere in caso di conflitto, di cui all'art. 3, par. 7, Prop. DCD; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 94 s.; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 202 s.; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58 s. e 70.

¹⁰⁸ Cfr. R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 25 s. per la tutela risarcitoria prevista dai due strumenti; p. 30 per la facoltà di revoca del consenso, in parallelo rispetto al rimedio della risoluzione del contratto e al conseguente dovere del fornitore di astenersi dall'utilizzo dei dati; p. 31 per il diritto alla portabilità dei dati, in parallelo rispetto al diritto del consumatore di recuperare i dati in caso di risoluzione del contratto. Analogamente, L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4, che espressamente richiamava anche il diritto di accesso e il diritto di rettifica; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58; R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 26; nonché il primo riscontro della Commissione al Parlamento olandese (*Brief van het Lid van de Europese Commissie, Mevrouw Vera Jourová*, cit.).

peraltro ben possono contribuire altri atti normativi, incluso lo stesso diritto dei consumatori¹⁰⁹.

In ogni caso, i vari atti e documenti che hanno scandito il prosieguo del procedimento legislativo, raccogliendo i moniti emersi nel dibattito, si sono prefissi l'obiettivo di migliorare il coordinamento della DCD rispetto alla normativa di protezione dei dati personali.

In quest'ottica si era innanzitutto proposto di introdurre una definizione di dati personali facendo rinvio a quella sancita dall'art. 4 GDPR¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cfr. L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 5 (che rinvia a N. HELBERGER, *Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law*, in *Digital Revolution*, cit., p. 147 ss. e a N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 5, p. 1459 con specifico riferimento alla direttiva sulle clausole vessatorie); N. HELBERGER, M.B.M. LOOS, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, *op. cit.*, p. 51 s. in merito alla rilevanza della normativa di protezione dati personali rispetto alla disciplina DCD. A quest'ultimo riguardo nel Parere LIBE, nella "breve motivazione", p. 98 s. si osservava come la protezione del consumatore in merito all'acquisto di contenuti digitali fosse funzionale anche a rafforzare la tutela della *privacy online*; V. MAK, *op. cit.*, p. 26 osservava che l'introduzione delle disposizioni in tema di risoluzione determinava un significativo "back-up" tramite il diritto dei contratti dei diritti dei consumatori in relazione ai loro dati; analogamente B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 11. Come precisato da L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4, in ogni caso non vi sarebbe stata necessità di aggiungere come base giuridica dell'intervento l'art. 16 TFUE accanto all'art. 114 TFUE, dovendosi considerare tale ulteriore profilo come supplementare a quello dell'agevolazione del mercato interno. In generale circa la sempre più stretta connessione tra "data protection" e "consumer law" v. M. ĐUROVIĆ, F. LECH, *Big Data and Consumer Law*, in *New Legal Challenges of Big Data*, a cura di J. Cannataci, V. Falce, O. Pollicino, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 154 ss.

¹¹⁰ Cfr. l'art. 2, n. 6a in Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16 (disponibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10231-2016-INIT/en/pdf>), confermato da Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16 (disponibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15674-2016-INIT/en/pdf>); Cons., *Orientamento generale*, doc. del 1 giugno 2017, n. 9901/17 ADD 1, disponibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9901-2017-ADD-1/it/pdf>, art. 2, par. 6-bis. Per quanto riguarda il Parlamento UE, un tale proposito pare risalire all'emendamento di compromesso n. 1 all'art. 2 Prop. DCD (v. R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, *Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 4); v., poi, Parere LIBE, em. 16, volto a inserire un par. 1-bis all'art. 2, nonché "Breve motivazione", p. 99; tuttavia, tale iniziativa non ha poi avuto seguito nelle versioni finali del testo (cfr. la Relazione Parl. UE, cit.). Per una tale proposta v. già la *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 4; l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 4 s.; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 95; l'opportunità di considerare un simile rinvio come già operante in via interpretativa era stata segnalata da M.

Inoltre, si era mirato a rendere maggiormente dettagliate le disposizioni inerenti al rapporto tra DCD e normativa di protezione dei dati personali, in via generale tentando di perfezionare la formulazione dell'art. 3, par. 8, Prop. DCD e dei corrispondenti "considerando" o talvolta finanche emblematicamente optando per l'introduzione di un apposito articolo rubricato, per l'appunto, "Protezione dei dati"¹¹¹. In particolare, si tendeva a chiarire espressamente come la DCD non fosse intesa a disciplinare gli aspetti relativi al trattamento dei dati, lasciando totalmente impregiudicati e pienamente applicabili gli strumenti afferenti al quadro giuridico europeo in materia di *privacy*, dei quali venivano per lo più esplicitati ed aggiornati i riferimenti¹¹², con la precisazione che gli stessi fossero destinati a prevalere in ipotesi di conflitto con le disposizioni della DCD¹¹³.

NARCISO, *op. cit.*, p. 202 s. Più in generale, non si era sottaciuta la necessità di una terminologia coerente tra DCD e GDPR: cfr. la *Stakeholders feedback note*, cit., p. 2 s. e 5; *IAB Europe position*, cit., p. 4 e 6 s.; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 95 e nt. 21 anche per delle precisazioni di carattere generale circa la tecnica legislativa con cui effettuare i rinvii dalla prima alla seconda delle fonti *de quibus*.

¹¹¹ Così l'art. -1 di cui alla Relazione Parl. UE, cit., e già l'art. 19-*bis* di cui al Parere LIBE, em. 50.

¹¹² Al riguardo cfr. soprattutto Cons., *Orientamento generale*, cit.; già Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit.; Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit.; Prog. IMCO/JURI, em. 14 e 41; Parere LIBE, em. 7 (sostanzialmente ripreso dalla Relazione Parl. UE, em. 30) e 10. È interessante ricordare la proposta di aggiungere al cons. 55, tra gli articoli della Carta di Nizza relativi ai principi che la Direttiva avrebbe comunque rispettato e osservato, accanto agli artt. 16, 38 e 47 già originariamente indicati, anche gli artt. 7 e 8 (così Parere LIBE, em. 14; Relazione Parl. UE, em. 65; sul punto L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 2 e 3.2), sebbene poi nella versione definitiva (v. già la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), P8_TA-PROV(2019)0232, con cui è stata adottata la Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 26 marzo 2019 in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, P8_TC1-COD(2015)0287, disponibile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2019/03-26/0232/P8_TA-PROV\(2019\)0232_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2019/03-26/0232/P8_TA-PROV(2019)0232_IT.pdf)) si sia esteso il riferimento alla Carta nella sua globalità.

¹¹³ R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS*, October 2017, cit., p. 10, riteneva che in tal modo venisse superata la ricostruzione del rapporto tra i due corpi normativi in questione in termini di regimi giuridici paralleli, in favore di una vera e propria relazione gerarchica, con la sicura conseguenza, prima invece ricavabile a maggior fatica, dell'invalidità del contratto eventualmente violativo della normativa *privacy*.

In tale prospettiva si segnalano anche le interessanti proposte volte a sancire la non vincolatività per il consumatore delle clausole contrattuali non compatibili con la normativa di protezione dei dati¹¹⁴, nonché quelle dirette ad incidere sul contenuto del contratto con la previsione che esso dovesse comprendere le informazioni relative al trattamento dei dati personali in conformità al GDPR¹¹⁵.

¹¹⁴ Il Prog. IMCO/JURI, em. 43, introduceva un art. 4-*bis*, in base al quale le clausole contrattuali riguardanti il trattamento dei dati costituenti la controprestazione, se lesive dei diritti del consumatore quale interessato ai sensi della normativa di protezione dei dati personali, e le clausole definenti le caratteristiche del contenuto digitale, se a tale normativa non conformi, non sarebbero state vincolanti per il consumatore, con la precisazione che per la restante parte il contratto sarebbe rimasto vincolante, salvo non potesse sussistere senza quelle clausole (sul punto v. anche “Motivazione”, p. 41 s.). Rispetto a tale disposizione, R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service, March 2017, PE 599.310*, disponibile all’indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI\(2017\)599_310_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI(2017)599_310_EN.pdf), p. 10 (nonché R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 6 e nt. 11, ove peraltro ci si interrogava anche circa le soluzioni adottabili in mancanza di essa), osservava che tale regola seguiva il modello della nullità parziale, per cui *utile per inutile non vitiatur*, proprio della Direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie. In quest’ottica merita segnalare che la Relazione Parl. UE, con l’em. 121, introduceva un nuovo par. -1 all’art. 20, nel quale prevedeva talune ipotesi da aggiungere proprio al par. 1 dell’allegato della Direttiva 93/13/CE, tra cui una nuova lett. *q-quater*: “eludere tramite mezzi contrattuali i diritti degli interessati ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 che disciplina la protezione dei dati personali dei consumatori” (sul punto v. anche la “Motivazione” p. 96, ove si sottolineava la necessità di “garantire che, qualora una clausola contrattuale relativa al trattamento dei dati personali nell’ambito della conclusione o dell’esecuzione di un contratto risulti pregiudizievole nei confronti dei consumatori interessati a norma del GDPR, tale clausola non sia vincolante per i consumatori”). In siffatte proposte L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4.3 ravvisava un significativo allineamento tra diritto dei contratti di protezione dei consumatori e protezione dei dati personali.

In proposito, lo studio comparatistico di da M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *op. cit.*, p. 162 s. aveva rilevato come le clausole contrattuali limitative o violative dei diritti in materia di *privacy* venissero considerate vessatorie, benché il fondamento giuridico di una tale conclusione si rivelasse spesso assente o vago (per taluni possibili approcci al riguardo v. M.B.M. LOOS, *op. cit.*, p. 152 s.).

¹¹⁵ Parere LIBE, em. 24, relativo all’art. 6, par. 1, parte introduttiva; al cons. 18 veniva aggiunto un ultimo periodo (em. 6), con il quale si specificava che la disposizione si riferisse al caso in cui il consenso al trattamento venisse fornito come controprestazione non pecuniaria (ma tale limitazione non emergeva nell’art. 6), che tali informazioni dovessero essere chiaramente distinguibili dagli altri elementi del contratto e che inoltre icone facilmente comprensibili avrebbero dovuto illustrare gli elementi principali del trattamento.

Sempre in quest’ottica si aggiungevano, tra gli enti a cui gli Stati membri avrebbero dovuto riconoscere la legittimazione ad adire gli organi giurisdizionali o amministrativi competenti per l’applicazione delle disposizioni nazionali di recepimento, gli organismi, organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, attivi nel settore della protezione dei diritti degli interessati, di cui all’art. 80 GDPR¹¹⁶.

Infine, a chiusura degli indicati interventi, si modificava la clausola di riesame di cui all’art. 22, par. 1, Prop. DCD, indicando la necessità di esaminare, in sede di revisione, tra l’altro, l’interazione e la conformità della direttiva con l’applicazione del GDPR¹¹⁷.

Si è poi controbattuto alle obiezioni incentrate sull’idea dell’incompatibilità tra l’attribuzione ai dati personali di una connotazione anche patrimoniale e il loro immanente legame con diritti fondamentali, negando che tali aspetti fossero effettivamente da considerarsi mutamente escludenti, come testimoniato anche da altri esempi rinvenibili nel quadro normativo¹¹⁸, dimodoché non potesse ravvisarsi in ciò un reale ostacolo neppure alla legittimità del *business model* in discorso¹¹⁹.

¹¹⁶ Cfr. la nuova lett. *c-bis* del par. 2 dell’art. 18, aggiunta dalla Relazione Parl. UE, em. 119, e già dal Parere LIBE, em. 49.

¹¹⁷ Relazione Parl. UE, art. 22 (em. 125); e già Parere LIBE, em. 51.

¹¹⁸ L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4 citava l’esempio della proprietà, situazione di natura indubbiamente patrimoniale che pure è riconosciuta come un diritto fondamentale per l’Unione europea dall’art. 17 Carta dir. fond. UE; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 94 s. osservavano come altri diritti correlati alla personalità, come i diritti d’autore o i “*publicity rights*”, pure possano avere simultaneamente una dimensione patrimoniale. Cfr. anche C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, 6, p. 218 ss.

¹¹⁹ Cfr. L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4., che richiama poi il cons. 23 GDPR, osservando come questo, il quale dispone che l’ambito di applicazione del Regolamento copre anche l’offerta di “beni e servizi (...) indipendentemente da se connessi ad un pagamento”, per quanto non preveda in alcun modo un’espressa legittimazione del *business model* in questione, possa nondimeno essere interpretato come un approccio pragmatico per assicurarne la copertura sotto il GDPR. Cfr. anche A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 818 ss., nonché 864 s., ove afferma che il riconoscimento di tale rapporto di scambio tra servizi e dati rappresenta un’importante pietra miliare sulla strada verso una disciplina giuridica degli assetti del mercato dei dati personali. In questa prospettiva, A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 87 ss. sosteneva l’opportunità che la definizione di “prezzo” di cui alla Prop. DCD venisse adeguata

Comunque, l'eco delle varie critiche ed obiezioni emerse nel dibattito che si è schematicamente tentato di ricostruire ha sensibilmente impattato sull'evoluzione dell'*iter* legislativo. Dopo il severo Parere del Garante europeo per la protezione dei dati, infatti, il Parlamento europeo aveva avvertito circa la necessità di precisare che l'emananda direttiva sui contratti di fornitura di contenuti digitali non intendesse in alcun modo aggravare, incoraggiare o legittimare il fenomeno, già esistente, della commercializzazione o monetizzazione dei diritti personali, adottando taluni accorgimenti lessicali tendenti a smorzare i riferimenti troppo espliciti al campo semantico del mercato¹²⁰. Ma, ancor più incisivamente, essa ha certamente influito in modo rilevante sulle scelte inerenti alla formulazione delle disposizioni contemplanti le ipotesi in discorso.

A tale riguardo, oltre agli aspetti più specifici di cui si dirà nel prossimo paragrafo¹²¹, si ponevano innanzitutto i problemi di impostazione generale sottesi a precise scelte terminologiche, concernenti essenzialmente l'utilizzo del termine "contratto" in relazione alle fattispecie involgenti la fornitura di contenuti digitali a fronte di dati e, in riferimento a questi ultimi, dell'espressione "controprestazione" fornita "in cambio" di detti contenuti. Tali opzioni lessicali, invero, nei primi atti e documenti del procedimento legislativo successivi alla originaria Proposta della Commissione erano state confermate, ove non addirittura ulteriormente irrobustite tramite l'inserimento di apposite definizioni.

Così, l'espressione "*counter-performance other than money*" veniva definita come dati (personali e non) "*that is due to be provided in exchange for the supply of digital content or a digital facility*"¹²². Circa l'esatta

in modo da ricomprendere anche i dati forniti dal consumatore a fronte dell'accesso al servizio, accanto all'idea di un'interpretazione evolutiva in tal senso delle nozioni di "prezzo" e di "pagamento" nell'ambito della Direttiva 2011/83/UE (cd. *Consumer Rights Directive*).

¹²⁰ Relazione Parl. UE, "Motivazione", p. 95 e em. 20 (relativo al cons. 13).

¹²¹ Cfr. *infra*, par. 3.2.

¹²² Art. 2, n. 6b di Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit.

individuazione del significato dell'espressione, però, si era già precedentemente rilevato come, in realtà, nelle ipotesi in questione l'oggetto della prestazione andasse ravvisato non tanto nella semplice trasmissione dei dati, quanto piuttosto nel consenso al loro trattamento per finalità che consentono al professionista di trarne valore, il che non risultava correttamente inquadrato dalla norma¹²³.

Inoltre, si era proposto di introdurre una “*contract for the supply of digital content or a digital facility*” volta a ricomprendere “*any contract under which the supplier supplies or undertakes to supply digital content to the consumer or provides or undertakes to provide the consumer access to a digital facility in exchange for the payment of a price or [provision of personal data or other data][a counter-performance other than money]*”¹²⁴.

Tuttavia, a partire da un certo punto del procedimento in poi, corrispondente proprio all'intervento dell'EDPS, le Istituzioni legislative, pur mantenendo l'inclusione della fornitura di contenuti digitali a fronte di dati nell'ambito di applicazione della direttiva, preferirono abbandonare il ricorso

¹²³ M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58 s. (e 70); già C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 220. *Analogamente Beschluss des Bundesrates*, cit., n. 19.

Per la coincidenza tra l'area coperta dalla nozione di dati come controprestazione e quella delimitata dalla condizione di liceità del consenso al trattamento di cui agli artt. 6, lett. a, e 7 GDPR cfr. *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 3; A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 821 ss.; ID., *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 3; R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, *Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 9 s.

¹²⁴ Cfr. Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., che proponeva di sostituire all'art. 2, n. 7, tale definizione a quella generica di “contratto”. Entrambe tali definizioni venivano eliminate da Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., che però manteneva l'utilizzo delle espressioni in questione, nell'art. 3, par. 1, Prop. DCD così come anche *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 16 (e 40 per la bozza di articolo).

a simili espressioni¹²⁵, senza però seguire alcuna delle due opzioni alternative segnalate dal Garante europeo¹²⁶.

Tali modifiche, comunque, generalmente non incontrarono il favore della dottrina, ove si evidenziò come esse avessero incrementato le ambiguità

¹²⁵ Per quanto riguarda il termine “controprestazione”, già il Prog. IMCO/JURI, nel riformulare il testo della Proposta, tendeva ad evitare di ricorrervi, in particolare all’art. 3, par. 1, al cons. 13, prima parte, all’art. 3, par. 4 e all’art. 15, par. 2, lett. *b*; tale terminologia, tuttavia, continuava a risultare adoperata in altro luogo dello stesso cons. 13, pure rimaneggiato, nonché in altre disposizioni che non venivano affatto interessate dagli emendamenti proposti, tra cui i cons. 14, 37, 42 e gli artt. 13, 16, 22 (al riguardo v. R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 1); similmente nel Parere LIBE, ove il termine *de quo* non figurava più all’art. 3, par. 1, purtuttavia continuando a persistere in altre disposizioni; scelta analoga venne poi effettuata dal Cons., *Orientamento generale*, cit., nella riformulazione dell’art. 3, par. 1, e dei corrispondenti cons. 13 e 14 (integrati insieme nella nota 15) e dalla Relazione Parl. UE, ove l’eliminazione del termine in questione era completa (tuttavia merita sottolineare che nella versione inglese, l’em. 80, all’art. 3, par. 1, utilizzava al posto di detto lemma l’espressione volta a indicare il contenuto digitale come fornito “*under the condition*” della fornitura o della raccolta dei dati, mancando invece nella versione italiana una corrispondente formulazione) e ove si affermava, in “Motivazione”, p. 95, che i correlatori accettavano con riluttanza la nozione di dati come controprestazione; tutto ciò, peraltro, ben si coniugava con la posizione assunta in riferimento alla commercializzazione dei dati personali, sia in “Motivazione” che nel cons. 13, oggetto dell’em. 20, benché vada precisato come, curiosamente, del medesimo cons. 13 risultava esservi anche un’altra formulazione, oggetto dell’em. 19, la quale continuava a contenere il termine “controprestazione” (in proposito v. anche A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 93 e nt. 5).

Quanto alla nozione di “contratto”, si deve richiamare essenzialmente la Relazione Parl. UE, em. 20 (relativo al cons. 13), ove si precisava che la DCD non intendeva prendere posizione sulla questione della validità dei contratti per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali che prevedessero la fornitura di dati personali o l’accesso agli stessi, rimettendola al diritto nazionale. Nella versione definitiva, poi, tale termine è scomparso dall’art. 3, par. 1, in riferimento alle fattispecie di fornitura a fronte di dati personali, sebbene risulti mantenuto in altri luoghi del testo normativo (al riguardo si rimanda all’analisi *funditus* svolta *infra* nel Cap. II, par. 3).

¹²⁶ Cfr. L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 3.3; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 93; R. MAŃKO, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, February 2018, PE 614.707, disponibile all’indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614707/EPRS_BRI\(2018\)614_707_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614707/EPRS_BRI(2018)614_707_EN.pdf), p. 11; N. ŠAJN, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, March 2019, PE 635.601, disponibile all’indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635601/EPRS_BRI\(2019\)635_601_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635601/EPRS_BRI(2019)635_601_EN.pdf), p. 8.

recate dal dato normativo¹²⁷, senza peraltro contribuire in alcun modo al raggiungimento di apprezzabili finalità legislative¹²⁸.

Ovviamente, è appena il caso di precisare, nell'ambito di applicazione della direttiva venivano a risultare ricompresi anche i cc.dd. “contratti misti”, nei quali la controprestazione del consumatore constasse in parte del pagamento di un prezzo e in parte della fornitura di dati¹²⁹.

Una notazione finale meritano le reazioni suscitate dall'esclusione dal campo di applicazione della direttiva delle situazioni in cui il consumatore fosse esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali, cui faceva cenno il cons. 14 Prop. DCD. Se essa venne generalmente accolta con favore nella sua sostanza¹³⁰, nondimeno se ne criticarono la formulazione, ritenuta eccessivamente semplicistica¹³¹, e la collocazione, sul presupposto che, in nome della chiarezza e della certezza giuridica, sia preferibile affidare le eccezioni e le restrizioni relative

¹²⁷ Cfr. R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS*, October 2017, cit., p. 9 s., (per quanto riguarda Cons., *Orientamento generale*, cit.) e R. MAŃKO, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS*, February 2018, cit., p. 8 (circa la Relazione Parl. UE), con particolare riferimento all'esistenza di un nesso sinallagmatico tra l'accesso ai dati e la fornitura del servizio.

¹²⁸ Cfr. A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 90 e 95 s., ove si auspicava la conservazione del concetto e della formulazione “*data as counter-performance*”, indicando (nt. 18) come alternativa accettabile quella del riferimento a contenuti e servizi “*against data*” (adoperata dalla Relazione Parl. UE, al cons. 13, nella versione di cui all'em. 19).

¹²⁹ Il Prog. IMCO/JURI all'art. 3, par. 1 (em. 31), intendeva specificarlo esplicitamente (v. anche “Motivazione”, p. 41). In argomento v. pure F. ZOLL, *op. cit.*, p. 186 s.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, p. 34; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205 s., la quale, anche con calzanti esemplificazioni, sottolinea la predominanza di tale modello nel mondo delle *app mobile*.

¹³⁰ Cfr. l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 4 s.; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 193. In senso contrario L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4.3.

¹³¹ M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59 rilevavano l'inadeguatezza della semplice formula adoperata, a causa del mancato rispetto del sistema significativamente più differenziato di cui all'art. 13 della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

all'ambito di applicazione al testo dell'articolato e non ai considerando¹³². Tale scelta, comunque, è stata costantemente confermata, esplicitamente o implicitamente, nelle successive fasi del procedimento legislativo¹³³, e talvolta era stata finanche eliminata la menzione di tali ipotesi dalla clausola di revisione di cui all'art. 22 Prop. DCD¹³⁴.

3.2. La delimitazione del perimetro della nozione: dati non personali, dati raccolti passivamente e dati trattati esclusivamente per l'esecuzione del contratto o per soddisfare obblighi di legge

Al di là della questione di massima relativa alla stessa opportunità di includere nell'ambito di applicazione dell'emananda direttiva sui contenuti digitali le ipotesi in cui questi fossero forniti non in cambio di un prezzo bensì di dati, il dibattito sorto a seguito della presentazione della Proposta DCD da parte della Commissione europea si è appuntato anche su taluni aspetti attinenti all'ampiezza della nozione di “controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati”, tali da condizionare i casi in cui la stessa dovesse ritenersi integrata.

¹³² Cfr. l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 4 s.

¹³³ Il Cons., *Orientamento generale*, cit., nel mantenere tale limitazione nel considerando relativo all'art. 3, specificava che essa valeva solo se non vi fosse un contratto tra consumatore e fornitore, con la precisazione che gli Stati membri rimanevano liberi di disciplinare le ipotesi in tal modo escluse nel modo ritenuto più opportuno. La Relazione Parl. UE sul punto non intaccava il cons. 14, terza parte, (pur per altri aspetti oggetto di rilevanti modifiche, con l'em. 21); va osservato che il Parere LIBE proponeva invece l'eliminazione del riferimento a tale esclusione nel cons. 14 (em. 4), ma senza che per questo le fattispecie in parola potessero ritenersi incluse nell'ambito di applicazione, non essendo ciò in alcun luogo previsto e potendo quindi reputarsi ricompresa tra le ipotesi caratterizzate da una “controprestazione” diversa da quelle contemplate nella direttiva, attratte alla clausola di riesame di cui all'art. 22 (l'em. 51, dedicato a tale articolo, non incideva sul punto).

¹³⁴ Così il Cons., *Orientamento generale*, cit.; invece, la Relazione Parl. non ne eliminava il riferimento dalla clausola di revisione *ex art. 22* (pure per altri aspetti oggetto di rilevanti modifiche, con l'em. 125).

Innanzitutto, come si è visto, l'art. 3, par. 1, Prop. DCD, nella versione originaria presentata dalla Commissione europea, prevedeva che nella nozione in parola potessero rientrare tanto "dati personali" quanto "qualsiasi altro dato". Anche tale aspetto ha innescato reazioni contrastanti, suscitando sin da subito anche nelle Istituzioni europee la consapevolezza della necessità di un'approfondita riflessione¹³⁵.

Le perplessità riguardavano essenzialmente la scarsa chiarezza dell'espressione utilizzata e di conseguenza l'incertezza del relativo ambito applicativo¹³⁶. Invero, se essa era destinata ad essere intesa per differenza rispetto alla nozione di "dati personali", cui nel frasario legislativo era giustapposta, e dunque ad identificarsi essenzialmente coi "dati non personali"¹³⁷, nondimeno isolarne l'effettiva area di operatività sarebbe risultata operazione tutt'altro che semplice, considerata specialmente l'ampia e flessibile nozione di "dati personali" fornita dal GDPR¹³⁸: invero, i dati forniti dal consumatore nel contesto in questione avrebbero praticamente

¹³⁵ V. già Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 2 giugno 2016, n. 9768/16, cit., p. 8; Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 1 dicembre 2016, n. 14827/16, cit., p. 9, punti 19 e 26, ove si dava atto, rispettivamente, del coinvolgimento di esperti informatici e della diversità di vedute tra gli Stati membri, nonché p. 3 e 8 ss. (lett. B; spec. punti 27-29) ove si sottoponeva tale questione al Consiglio Giustizia; Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., nt. 14.

¹³⁶ Cfr. BUSINESSSEUROPE, *Comments*, cit., p. 3, che rilevava l'insufficienza a tal fine del tentativo di spiegazione di cui al cons. 14 Prop. DCD.

¹³⁷ In questo senso anche la proposta di definizione nel Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., all'art. 2 n. 6b, volto a specificare che per "other data" doveva intendersi "any data other than personal data"; la stessa locuzione, come si è detto, era stata già adoperata da Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., nella definizione di "counter-performance other than money" (art. 2, n. 6b); per la necessità di un'apposita definizione con esempi ed esclusioni cfr. anche la *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 4 s. In proposito cfr. altresì R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, *Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 4.

¹³⁸ R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, *Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 5 s. rammentavano come, in virtù dell'interpretazione dell'EDPS, vi rientrassero anche i metadati, i dati esterni delle comunicazioni e i dati pseudonimizzati. Cfr. anche l'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 4 s., la quale, insieme a *IAB Europe position*, cit., p. 4 e 7 s. manifestava preoccupazioni anche rispetto ai maggiori oneri in capo alle imprese che dall'ampia formulazione della disposizione in esame sarebbero derivati.

sempre finito per dover essere considerati come tali, essendo in pratica sempre possibile farli risalire a una specifica persona¹³⁹, col rischio dunque di trovarsi di fronte a una nozione vuota¹⁴⁰.

Comunque, proprio tali difficoltà di delimitazione tra dati personali e non si sono offerte anche, all'opposto, come argomento a favore della scelta compiuta dalla Commissione, grazie alla quale si sarebbe appunto evitato di ancorare l'individuazione dell'ambito di applicazione ad una sì insidiosa qualificazione dei dati forniti dal consumatore in un senso o nell'altro¹⁴¹. Nello stesso senso si evidenziava come un residuo ambito applicativo della nozione in parola, pur significativo per quanto ristretto, fosse comunque individuabile, bastando pensare – anche a prescindere da potenziali sviluppi successivi, che pure suggerivano l'adozione di soluzioni “*future-proof*” – ai cd. *user generated contents* e ai dati anonimizzati¹⁴². Inoltre, si è posto l'accento sul fatto che i dati dei consumatori hanno un valore economico per i fornitori di contenuti digitali indipendentemente dal loro eventuale carattere personale, il che avrebbe reso opportune le tutele contrattuali previste dalla direttiva a prescindere da tale circostanza¹⁴³.

¹³⁹ Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 1 dicembre 2016, n. 14827/16, cit., punti 21, 22 e 23; così anche EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., p. 11. V. già BITKOM, *Stellungnahme*, cit., p. 8 s.

¹⁴⁰ Cfr. R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, *Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 5 s.

¹⁴¹ Cfr. A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 95; in tal senso erano le preoccupazioni manifestate anche da alcune delegazioni nazionali in seno al Consiglio, come riferito da Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 1 dicembre 2016, n. 14827/16, cit., punto 24.

¹⁴² Cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 95, ove si rilevava come i dati forniti dai consumatori in cambio di contenuti digitali spesso entrassero nel circuito commerciale come dati non personali proprio in quanto anonimizzati una volta giunti presso il fornitore. Si paventava il rischio che limitando in tal modo l'applicazione della direttiva si sarebbe potuto eluderla semplicemente anonimizzando i dati Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 1 dicembre 2016, n. 14827/16, cit., punti 24 e 25.

¹⁴³ M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 58; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 90, 95 e 96, ove si offrivano anche spunti di tecnica legislativa.

Nelle successive fasi dell'*iter* legislativo, tuttavia, è prevalsa la posizione negativa, che ha portato alla soppressione del riferimento a “qualsiasi altro dato”, lasciando soltanto quello ai dati personali¹⁴⁴.

Inoltre, il dibattito si è concentrato sulla scelta della Commissione di limitare la nozione di “controprestazione non pecuniaria” ai soli dati “attivamente” forniti dal consumatore, la quale ha raccolto dissensi quasi unanimi, prestandosi a diversi rilievi critici¹⁴⁵. Molti di questi facevano leva sulle incertezze circa la corretta interpretazione dell'espressione¹⁴⁶, in particolare con riguardo al rapporto con la prestazione del consenso al

¹⁴⁴ Tale riferimento è stato presente, per il Consiglio, fino a Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., ed è stato soppresso con Cons., *Orientamento generale*, cit.; per il Parlamento europeo, invece, fino al Parere LIBE, che si limitava ad apportare soltanto lievi modifiche, per poi venire eliminato con la Relazione Parl. UE: v. le versioni ivi riformulate del cons. 13 (em. 20), dell'art. 3, par. 1 (em. 80), dell'art. 3, par. 4 (em. 83) – ove veniva soppresso il riferimento agli “altri dati” – e del cons. 14 (em. 21) – ove ai generici riferimenti ai “dati” veniva aggiunto l'aggettivo “personali” –. A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 95 osservavano come in tali atti non venissero illustrate le ragioni alla base della scelta.

¹⁴⁵ In effetti, l'unica posizione favorevole risultava essere quella espressa dall'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 4 s., sebbene con i consueti rilievi circa l'impropria collocazione delle limitazioni dell'ambito di applicazione poste nel cons. 14 in luogo che nel testo degli articoli di riferimento (nella specie, art. 3, par. 1). In senso contrario, oltre ai più specifici riferimenti riportati nelle note seguenti, si vedano in generale *BEUC preliminary position*, cit., p. 3; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 185 s.; B. LURGER, *op. cit.*, p. 35 (della quale si consideri anche la posizione espressa al Convegno tenuto a Vienna l'11 marzo 2016, come riportato in T. R. SCHMITT, M. HÖNISCH, *Conference Report: Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? – Vienna, 11 March 2016*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 3, p. 147; R. SCHULZE, *Supply of Digital Content*, cit., p. 141; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 2, p. 424.

¹⁴⁶ Cfr. R. JANAL, *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 65.

trattamento dei dati personali¹⁴⁷ e all'utilizzo di *cookie*¹⁴⁸, nonché rispetto ad espressioni linguistiche finite quali “intenzionalmente”¹⁴⁹ e “consapevolmente”¹⁵⁰. Al di là di ciò, si è poi rilevato come una limitazione così congegnata avrebbe finito per escludere dalla tutela predisposta dalla direttiva proprio le situazioni di maggiore frequenza pratica¹⁵¹, tra cui, oltre al menzionato caso dei *cookie*, tutte quelle in cui non sia richiesta una registrazione o un'esplicita concessione dell'accesso ai dati da parte del consumatore¹⁵², nonché i contratti cd. “*browsing-wrap*”, come quelli relativi

¹⁴⁷ Cfr. *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 3 e 15, ove ci si chiedeva altresì se rientrassero nella nozione i dati prodotti attraverso l'utilizzo attivo del contenuto digitale ma trasferiti automaticamente e senza alcuna ulteriore azione da parte del consumatore. Parevano ritenere che la prestazione del consenso al trattamento fosse idonea a integrare il concetto di fornitura attiva di dati *IAB Europe position*, cit., p. 2 s., EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; L. DRECHSLER, *op. cit.*; cui sembra possano aggiungersi anche H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 13, e A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 80 s. (v. la nota seguente). In senso contrario, A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 821 s.; ID., *Data as Counter-Performance*, cit., p. 3 (ivi ulteriori riferimenti in entrambi i sensi); *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., ove proprio da ciò si traeva un importante argomento per stigmatizzare la limitazione in parola.

¹⁴⁸ Benché esplicitamente escluso dal cons. 14, supposevano che ove il consumatore accettasse i *cookie* potesse rientrarsi nella nozione di fornitura attiva di dati H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 13, e A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 80 s.

¹⁴⁹ M. NARCISO, *op. cit.*, p. 203 escludeva che il requisito in parola implicasse la necessità che il consumatore fornisse i dati “intenzionalmente”, atteso che tale termine pareva più soggettivo di “attivamente”.

¹⁵⁰ In Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., nt. 13, si prospettava il dubbio in merito a quale dei due avverbi – “actively” o “consciously” – fosse più adatto al raggiungimento degli scopi prefissati, conseguentemente proponendosi, in relazione alla formulazione dell'art. 3, par. 1, Prop. DCD le due opzioni in via alternativa. Riteneva preferibile la seconda espressione A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 81 s., seppur comunque nettamente contrario alla stessa idea di mantenere tale limitazione.

¹⁵¹ Cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59, ove veniva paventato il rischio di vedere in tal modo vanificata la finalità protettiva per i consumatori perseguita dalla Commissione tramite l'assoggettamento all'applicazione della direttiva dei contenuti digitali forniti in cambio di dati; già *Beschluss des Bundesrates*, cit., pt. 20.

¹⁵² Cfr. in proposito le notazioni di G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 192 s. e nt. 42, in particolare quella per cui in tal modo il motore di ricerca

all'utilizzo di siti *web*, nei quali il consenso perfezionativo non è manifestato in maniera espressa¹⁵³.

Peraltro, se le ragioni a sostegno di un tale restringimento dell'ambito della tutela offerta dall'emananda direttiva si stentavano a comprendere¹⁵⁴, al contrario agevolmente individuabili risultavano plurimi profili sotto i quali lo stesso si mostrava inopportuno. In primo luogo, da una prospettiva di *policy*, siccome avrebbe determinato una discriminazione tra gruppi di consumatori priva di qualsiasi plausibile giustificazione, non rilevandosi alcuna differenza in punto di valore economico dei dati e di potenziale impatto negativo sugli interessi dei consumatori¹⁵⁵. In secondo luogo, in relazione al coordinamento con la normativa *privacy*, là dove non si fa questione di una simile distinzione¹⁵⁶, che peraltro avrebbe potuto determinare un *vulnus* per la protezione dei dati personali finendo potenzialmente per tradursi in un perverso incentivo per i fornitori a non richiedere al consumatore il consenso

Google sarebbe stato normalmente escluso dall'applicazione della direttiva, mentre servizi quali *Facebook* vi sarebbero stati sempre soggetti; R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 65.

¹⁵³ Cfr. M. NARCISO, *op. cit.*, p. 203 s. e 206, la quale (a p. 202) svolgeva interessanti notazioni circa il rapporto tra le disposizioni in esame e il ruolo dell'"*intent*".

¹⁵⁴ Cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 9; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 193; *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 3; H. BEALE, *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 36; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 80 s. Non sembrava chiarire i dubbi la risposta della Commissione alla Germania, *Stellungnahme der Europäischen Kommission zu dem Beschluss des Bundesrates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte*, cit., p. 5 in cui essa dichiarava di aver scelto questo approccio in quanto intendeva operare una distinzione chiara, pragmatica dal punto di vista del consumatore medio, ed evitare di regolare numerose questioni relative all'uso di Internet.

¹⁵⁵ Cfr. A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 821 s.; ID., *Data as Counter-Performance*, cit., p. 3; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 96 (che rimandavano a G. SPINDLER, *Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte*, in *MMR*, 2016, p. 149 e alla nt. 28 facevano l'esempio di *Google Analytics*); A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 80 s. e R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 65, anche per ulteriori riferimenti.

¹⁵⁶ Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., che rammentava come, ad esempio, l'art. 20 GDPR, in relazione al diritto alla portabilità, parlava di "dati forniti", formula che il *Working Party Article 29* aveva interpretato come comprensiva tanto dei dati attivamente forniti quanto di quelli osservati e raccolti dall'utilizzo di un servizio da parte dell'interessato. V. pure L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 3.1.

al trattamento dei propri dati al fine di sottrarsi all'applicazione della direttiva¹⁵⁷.

Dal canto loro, le Istituzioni legislative, che avevano fin dall'inizio riconosciuto l'opportunità di ulteriori riflessioni al riguardo¹⁵⁸, dopo qualche fallito tentativo di trovare una soluzione di compromesso¹⁵⁹, giunsero all'eliminazione di tale limitazione onde evitare la creazione di lacune inopportune¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 3.1 e 4.1; v. già H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, cit., p. 13; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 204; così pure Parere LIBE, "Breve motivazione", p. 99, richiamato adesivamente da A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 96. In argomento cfr. pure R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 16.

¹⁵⁸ Cons., *Dibattito orientativo*, doc. 2 giugno 2016, n. 9768/16, cit., p. 8; Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., nt. 13; Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit.

¹⁵⁹ Cfr. Cons., *Orientamento generale*, cit., che pur sopprimendo l'avverbio "attivamente", tuttavia nel corrispondente "considerando" prevedeva l'esclusione dal campo di applicazione delle situazioni in cui il fornitore raccogliesse solamente metadati, l'indirizzo IP o altre informazioni generate automaticamente come le informazioni raccolte e trasmesse mediante *cookies*, fatta eccezione per i casi in cui ciò fosse considerato un contratto ai sensi del diritto nazionale.

¹⁶⁰ Cfr. Relazione Parl. UE: em. 80 circa l'art. 3, par. 1; em. 21 circa il cons. 14, prima parte, ove si precisava che "la presente direttiva dovrebbe applicarsi ai contratti in cui l'operatore economico richiede dati personali e il consumatore glieli fornisce nonché laddove l'operatore raccolga dati personali. Ciò include ad esempio il nome e l'indirizzo e-mail o foto, forniti in modo diretto o indiretto all'operatore economico, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l'accesso alle fotografie dei consumatori, o i dati personali raccolti dall'operatore, come l'indirizzo IP"; cfr. altresì "Motivazione", p. 95 s.; v. già il Parere LIBE: em. 18 circa l'art. 3, par. 1; em. 4 circa il cons. 14 frase 1; cfr. anche "Breve motivazione", a p. 99; tuttavia, sembrerebbe per distrazione, veniva lasciato il riferimento alla raccolta indiretta di dati nell'ambito della clausola di riesame di cui all'art. 22, quale controprestazione diversa da quelle contemplate nella direttiva (l'em. 51, dedicato a tale articolo, non incideva sul punto); e il Prog. IMCO/JURI: em. 31 circa l'art. 3, par. 1; "Motivazione", p. 41 (tuttavia, verosimilmente per dimenticanza, non conteneva alcun emendamento dedicato al cons. 14). Analoghe proposte di modifica in *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 2 s. e 15 s. (40 per la bozza dell'art. 3, par. 1, e del cons. 14); conseguentemente, a p. 66, si proponeva l'eliminazione, nella clausola di revisione di cui all'art. 22, della locuzione "o raccolta indiretta di dati".

Giova qui osservare, peraltro, come in connessione con l'eliminazione dell'avverbio in questione si registrasse negli indicati atti anche la tendenza ad una più generale riformulazione del dato testuale recato dalla disposizione, diretta ad effettuare adattamenti terminologici per meglio ricomprendere anche la cd. raccolta passiva dei dati da parte del fornitore: al riguardo cfr. A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 96;

Strettamente collegato al problema dell'ampiezza della nozione di "dati come controprestazione" si è mostrato poi il dibattito intorno alle limitazioni dell'ambito di applicazione della direttiva proposta previste dall'art. 3, par. 4, Prop. DCD, rispetto alle quali non è passata inosservata la consonanza pressoché totale con le basi giuridiche del trattamento rispettivamente previste dall'art. 6, lett. *b* e *c*, GDPR¹⁶¹. Proprio tale aspetto veniva additato come fonte di un possibile difetto di coordinamento tra le due fonti normative, in quanto avrebbe potuto far pensare a un'interferenza della DCD nella disciplina delle condizioni di liceità e dei principi in materia di trattamento dei dati personali dettata dal GDPR, e ciò anche a causa della non perfetta corrispondenza tra le formule legislative rispettivamente adoperate¹⁶².

Comunque, proprio l'osservata corrispondenza ha favorito l'individuazione della *ratio* dell'esclusione delle ipotesi in parola proprio

R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 4 s.; in questo senso era già il *drafting* proposto da *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 16 e 40.

¹⁶¹ IAB Europe position, cit., p. 3; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 30; R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 8 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 192, nt. 38; EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 83 s.

¹⁶² Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., p. 14 ss.; sottolineava la necessità di un chiarimento al riguardo anche il *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale» [COM(2015) 634 final — 2015/0287 (COD)] e alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni» [COM(2015) 635 final — 2015/0288 (COD)] (2016/C 264/07)*, disponibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015AE6292>, punto 4.3.2.3, n. 5. Circa l'irrelevanza delle lievi discrasie terminologiche cfr. R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 8 s. e L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 3.1, nt. 26, ove, al par. 4.1, si precisava come le evidenziate preoccupazioni sarebbero state destinate a svanire accedendo ad un'impostazione del rapporto tra le due fonti in termini di regimi giuridici paralleli (come illustrato *supra*, par. 3.1).

nell'impossibilità di ravvisarvi una controprestazione sotto forma di dati, configurandosi piuttosto una fornitura effettivamente gratuita¹⁶³, e su tale base la soluzione aveva trovato ampio consenso¹⁶⁴. Tuttavia, non si era mancato di rilevare talune criticità applicative¹⁶⁵, specie in talune zone grigie¹⁶⁶, nei casi di utilizzo dei dati per scopi promiscui¹⁶⁷ e in relazione all'interpretazione dell'elemento della "necessarietà" dei dati¹⁶⁸, nonché le

¹⁶³ R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers, Briefing EPRS*, April 2016, cit., p. 4, nonché ID., *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 15 (e 30); ID., *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS*, March 2017, cit., p. 3; ID., *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS*, February 2018, cit., p. 8, richiamato anche da M. NARCISO, *op. cit.*, p. 204; A. STAKHIRA, *op. cit.*, p. 174; M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59; J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services*, cit., p. 44; proprio per questo l'EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., sostenne che la nozione di "data as counter-performance" si sarebbe potuta ricavare dal negativo della disposizione in esame; A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 823; tale a., in ID., *Data as Counter-Performance*, cit., p. 3, insieme a R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 65 e nt. 36 e ad A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., nt. 110, p. 83 s., precisava che una controprestazione si sarebbe, viceversa, configurata ove in un momento successivo i dati fossero stati trattati per finalità diverse. Proprio in virtù di quanto detto, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 40 s. reputava "confusing" riferirsi ai dati ricompresi in tali ipotesi col termine "controprestazione" nell'art. 3, par. 4, Prop. DCD, e il Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., riformulava tale disposizione affermando chiaramente che in detti casi "data is provided by the consumer not as counter-performance"; più ambiguo Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., che eliminava del tutto il riferimento al termine "controprestazione" ma parlava di dati forniti dal consumatore "in exchange" rispetto al contenuto, mentre nelle versioni successive simili riferimenti scomparvero del tutto.

¹⁶⁴ *Contra* A. STAKHIRA, *op. cit.*, p. 174, la quale in generale criticava l'esclusione dei contratti gratuiti dall'ambito di applicazione. M. NARCISO, *op. cit.*, p. 204 s., sebbene con argomentazioni ed esemplificazioni che non paiono pienamente probanti, ravvisava in tali limitazioni un elemento di differenziazione nella disciplina e nella tutela a seconda che i contenuti digitali fossero acquistati a fronte di un prezzo oppure di dati, così ponendosi il problema di verificarne la giustificazione.

¹⁶⁵ *Position of the Polish Confederation Lewiatan*, cit., p. 4 s.; Parere CESE, punto 4.3.2.3, n. 9; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶⁶ Così G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 192, che portava l'esempio di un servizio con contenuti generati dall'utente quale *Wikipedia*.

¹⁶⁷ Cfr. BITKOM, *Stellungnahme*, cit., p. 8 che in tali casi ipotizzava una possibile rilevanza dello "Schwerpunkt" della raccolta dei dati; *Position of the Polish Confederation Lewiatan*, cit., p. 4 s.; Parere CESE, punto 4.3.2.3, n. 10.

¹⁶⁸ La problematica era posta da A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 84, il quale (richiamandosi a B. LURGER, *op. cit.*, e a V. MAK, *op. cit.*, p. 9) riteneva che tale elemento dovesse essere interpretato in modo non soggettivo,

prevedibili difficoltà probatorie a carico del consumatore¹⁶⁹. Così, per quanto si prendesse atto della limitata ricorrenza nella pratica delle ipotesi in tal modo escluse dall'ambito di applicazione¹⁷⁰, il testo della disposizione venne reso oggetto di rilevanti rimaneggiamenti, tesi essenzialmente a un suo miglioramento tecnico, specie dal punto di vista della razionalità e della chiarezza¹⁷¹, anche spostandone la collocazione al par. 1, appena dopo la

bensi oggettivo e quanto più possibile restrittivo; in senso analogo R. MAŃKO, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS*, February 2018, cit., p. 8.

¹⁶⁹ G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 192, (il quale rimanda a B. LURGER, *op. cit.*); in quest'ottica, il Parere CESE, punto 4.3.2.3, n. 9 aveva proposto di invertire l'onere probatorio ponendolo a carico del fornitore.

¹⁷⁰ Cfr. R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 65; *Position of the Polish Confederation Lewiatan*, cit., p. 4 s.; l'EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., che aveva ritenuto eccessivamente ampia e generica l'espressione "utilizzo dei dati per finalità commerciali", tale da far venire meno l'ipotesi di esclusione e rendere nuovamente applicabile la direttiva.

¹⁷¹ Tali esigenze erano stato evidenziate da H. BEALE, *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 38 s., anche nell'ottica della successiva implementazione da parte degli Stati membri, nonché da *IAB Europe position*, cit., p. 3, che ne suggeriva una riformulazione in positivo anziché in negativo.

Al riguardo cfr. Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit. (su cui cfr. A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., nt. 133); Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit.; Parere LIBE, art. 3, par. 4 (em. 19) e cons. 14, frase 2 (em. 4); Prog. IMCO/JURI, art. 3, par. 4 (em. 35), e sul punto v. anche "Motivazione", p. 41; Cons., *Orientamento generale*, cit. (si noti che tale limitazione era stata eliminata, con la soppressione del par. 4 e il mancato reinserimento da alcuna altra parte, in Cons., *Testo di compromesso*, doc. del 8 maggio 2017, n. 8800/17, cit., probabilmente in virtù di una mera svista); la Relazione Parl. UE, art. 3, par. 4 (em. 83), ove si aggiungeva anche, quale ulteriore finalità, quella del miglioramento del contenuto o servizio digitale, rispetto alla quale L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 3.1, affermava che tale formulazione sembrava alludere alla base di liceità del "legittimo interesse del titolare" ex art. 6, par. 1, lett. f, GDPR, tuttavia senza l'importante avvertimento che questo non potesse essere superato dai diritti e dalle libertà fondamentali dell'interessato; nonché il cons. 14 (sul punto cfr. "Motivazione", p. 96, che però si esprime in modo non perfettamente coincidente con la norma); il Parere CESE, punto 4.3.2.3, n. 5 suggeriva che l'esclusione avrebbe dovuto comprendere non solo l'esecuzione ma anche la "stipula del contratto"; *IAB Europe position*, cit., p. 3 aveva ritenuto che l'esclusione avrebbe dovuto estendersi anche alle altre condizioni di liceità del trattamento previste dal GDPR diverse dal consenso.

Sulla portata delle modifiche apportate, sebbene in senso non sempre pienamente condivisibile, cfr. R. MAŃKO, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS*, February 2018, cit., p. 8; ID., *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS*, March 2017, cit., p. 9; R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 5; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS*, October 2017, cit., p. 7; L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 3.1.

definizione dell'ambito di applicazione con l'inclusione delle ipotesi involgenti la fornitura di dati¹⁷².

3.3. Gli aspetti peculiari della disciplina

Per quanto attiene agli aspetti peculiari della disciplina dettata per le fattispecie involgenti la fornitura di contenuti digitali in cambio di dati, l'attenzione si è focalizzata innanzitutto sulla disposizione dell'art. 6, par. 2, lett. *a*, sopra richiamata, la cui *ratio* veniva individuata sull'assunzione per cui le legittime, ragionevoli aspettative del consumatore, che si riteneva dovessero incidere sulla valutazione della conformità¹⁷³, fossero inferiori ove la controprestazione non consistesse nel pagamento di un prezzo bensì avesse natura non pecuniaria¹⁷⁴. Tale assunto veniva però contestato, oltre che in base a evidenze empiriche di segno opposto¹⁷⁵, sul rilievo della crescente

¹⁷² Lo si era proposto già con Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., nt. 17; Cons., *Orientamento generale*, cit.

¹⁷³ A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *op. cit.*, p. 117 definirono le “*reasonable expectations*” del consumatore come le “*missing words*” della disposizione; v. pure *BEUC preliminary position*, cit., p. 4.

¹⁷⁴ Lo rilevava R. MAŃKO, *Towards new rules on sales and digital content. Analysis of the key issues, In-depth analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service)*, 2017, PE 599.359, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/599359/EPRS_IDA%282017%29599359_EN.pdf, p. 13. La differenza nelle aspettative dei consumatori a seconda che sia pagato oppure no un prezzo era stata evidenziata pure dallo studio di M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *op. cit.*, p. 177, 180 s., 276, che era dunque incline ad ammettere un test di conformità influenzato da tale fattore (in tal senso anche M.B.M. LOOS, C. MAK, *op. cit.*, p. 15 s.), rispetto a cui v. in senso critico le osservazioni di M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205. Per tale idea cfr. altresì *BEUC preliminary position*, cit., p. 4; *IAB Europe position*, cit., p. 2; *Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills*, cit. (cfr. il *Twenty-third Report* dell'*European Scrutiny Committee*, cit., punto 4.32); B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 7; C. WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content*, cit., p. 15, propose una formulazione della disposizione relativa ai requisiti di conformità nell'ambito della Proposta OSD (art. 5) dichiarando apertamente di condividere le norme previste dall'art. 6, par. 1, lett. *a*, e par. 2 Prop. DCD (p. 13 s.).

¹⁷⁵ Cfr. M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205, la quale indica come potenziali fattori condizionanti delle aspettative dei consumatori sui contenuti digitali non il tipo di controprestazione, ma la piattaforma intermediaria, il marchio del fornitore, le recensioni *online*. Per l'a. è poi

consapevolezza dei consumatori circa il valore dei propri dati¹⁷⁶, apparendo irragionevole soprattutto se posto in relazione alle aspettative originate da contenuti forniti per un prezzo particolarmente basso¹⁷⁷.

Inoltre, anche avverso la differenziazione nella sua sostanza vennero sollevati diversi rilievi critici, rilevandosi come essa finisse per vanificare il proposito, pur dichiarato dalla Commissione, di creare condizioni di parità tra *business models* nel mercato dei contenuti digitali¹⁷⁸, determinando un livello di tutela insufficiente per il consumatore “pagante” in dati, specie se combinata con la prevalenza accordata ai criteri di conformità soggettivi rispetto a quelli oggettivi¹⁷⁹. Essa, poi, avrebbe condotto a conseguenze illogiche in relazione ai cc.dd. contratti “misti”, ove si sarebbero potuti avere livelli di tutela diversi a seconda della parte del contenuto inficiata dal difetto, e rispetto ai quei contenuti offerti tramite diversi canali in cambio di controprestazioni diverse, laddove il medesimo difetto si sarebbe dovuto valutare alla stregua di criteri differenti¹⁸⁰. Inoltre, si rilevava come una tale

irrealistico che il consumatore possa avere livelli diversi di aspettative in relazione alle diverse parti di un medesimo contenuto oggetto di un contratto misto (v. in proposito l'efficace esempio proposto dei vari livelli di un medesimo gioco, i primi forniti gratuitamente e i successivi sbloccati previo acquisto *in-app*).

¹⁷⁶ Cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 4, 11, 17 s., 28, che a testimonianza di ciò cita il caso *Schrems vs. Fb*; nonché A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 110 s. Rilevano come in tal senso abbia determinato un contributo notevole lo scandalo “*Cambridge Analytica*”, J. ISAAK, M.J. HANNA, *User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*, in *Computer*, 2018, 8, p. 56 ss.

¹⁷⁷ A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *op. cit.*, p. 119.

¹⁷⁸ G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 198 s.; nonché ID., *Verträge über digitale Inhalte*, cit., p. 152, richiamato anche da A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *op. cit.*, nt. 47 e 63 e da A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., nt. 173.

¹⁷⁹ Cfr. M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205 s. e A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 106 e 108 s., i quali sottolineavano il fondamentale ruolo dei criteri oggettivi in chiave di tutela soprattutto per tale categoria di consumatori. Tali aa. inoltre rilevavano anche la genericità della formulazione adottata e la conseguente scarsa chiarezza dello specifico meccanismo attraverso cui la natura della controprestazione avrebbe dovuto influenzare l'applicazione degli *standard* di conformità (in tal senso v. pure G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 199, nt. 70).

¹⁸⁰ Per tali osservazioni cfr. M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205 s., anche con calzanti esempi (per il primo caso l'esempio del gioco già menzionato, per il secondo quello di un' *app* offerta sul *PlayStore* di *Google* in cambio dell'accesso ai propri dati mentre a pagamento sull' *App Store* di *Apple*); A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 111.

diversificazione, oltre a non tenere conto di quelle tipologie di contenuti e servizi le cui caratteristiche intrinseche siano tali da legittimare un considerevole interesse al loro corretto funzionamento da parte del consumatore¹⁸¹, non potesse ritenersi supportata né dalle peculiari connotazioni della controprestazione consistente in dati (*in primis* un suo preteso minor valore), né da alcun apprezzabile obiettivo di *public policy* (quale il contributo ad un miglior funzionamento del *Digital Single Market*), con la conseguenza di dover concludere per la mancanza di una valida giustificazione, anche alla luce dei principi di eguaglianza e non discriminazione, della disparità di trattamento tra le due classi di consumatori in tal modo creata¹⁸². Piuttosto, si era suggerita quale possibile alternativa quella di attribuire una rilevanza, non alla natura, bensì al valore del corrispettivo prestato dal consumatore¹⁸³. Tuttavia, nelle successive versioni del testo si preferì eliminare ogni riferimento alla controprestazione del consumatore nell'ambito dei criteri di valutazione dei requisiti di conformità¹⁸⁴.

¹⁸¹ Cfr. A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *op. cit.*, p. 11, che facevano l' esempio dei servizi *cloud* e dei *social network*, i quali, ove non funzionino correttamente, possono comportare la perdita di dati preziosi per i consumatori o una fuga di informazioni personali.

¹⁸² In tal senso cfr. A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 106; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 205 s.; nonché *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 46; A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸³ Cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 17 s.; A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 858, secondo cui ciò avrebbe potuto funzionare a condizione che i tribunali avrebbero valutato realisticamente il valore materiale dei dati comunicati dal consumatore; *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 46 (peraltro con talune modifiche alla disposizione complessiva); così Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., art. 6a (nel quale venivano collocate, con talune modifiche, i requisiti oggettivi di conformità), lett. b: "(...) taking into account: (i) the amount paid for in money or the value of the counter-performance other than money provided in exchange for the digital content or digital facility".

¹⁸⁴ Cfr. Cons., *Orientamento generale*, cit., (nel quale i requisiti oggettivi di conformità venivano ricollocati in un nuovo art. 6-bis), e già Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit.; Relazione Parl. UE, art. 6-bis, introdotto con em. 99 (ove venivano spostati i requisiti oggettivi di conformità), e già Prog. IMCO/JURI, che abrogava il par. 2 dell'art. 6 (em. 56) e dettava una disciplina dei requisiti oggettivi di conformità in un nuovo art. 6-bis (em. 60), mentre il Parere LIBE confermava, invece, la disposizione della

Nel corso del dibattito in esame, in collegamento con l'aspetto appena analizzato è emersa un'altra rilevante tematica ad esso connessa, attinente al rapporto tra requisiti di conformità del contenuto digitale, da un lato, e quadro giuridico in materia di *data protection*, dall'altro, facendo emergere ulteriori interessanti punti di contatto tra diritto dei contratti, tutela dei consumatori e protezione dei dati personali.

Sotto un primo aspetto, tale problema involge l'interrogativo se i requisiti posti dalla normativa *privacy* dovessero ritenersi inclusi tra i criteri (oggettivi) di conformità del contenuto digitale. Si è infatti sostenuto che, per quanto non fossero espressamente menzionati tra gli *standard* enumerati dall'art. 6 Prop. DCD, essi dovessero nondimeno già reputarsi come tali, atteso anche il carattere non esaustivo dell'elenco¹⁸⁵. In senso contrario si è invece sostenuta l'insufficienza a tal uopo del generico richiamo agli obblighi giuridici posti dal diritto UE, non attenendo i requisiti in questione direttamente agli *standard* contrattuali, rendendosi pertanto necessaria una norma aggiuntiva di diritto contrattuale che andasse a menzionarli esplicitamente. In tale direzione paiono muoversi le proposte nel senso di un'espressa inclusione nel catalogo dei criteri di conformità del contenuto digitale i requisiti sanciti dalla normativa di protezione dei dati personali¹⁸⁶,

Proposta originaria, soltanto leggermente specificandone la formulazione (em. 27, relativo all'art. 6, par. 2, lett. a).

¹⁸⁵ G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 198; A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁶ L'attenzione si è focalizzata in particolare sui principi di *privacy by design* e *privacy by default*, cfr. *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 5 e 23, nonché 24 e 47, ove si proponeva la bozza di un nuovo par. 2A dell'art. 6, a tenore del quale il contenuto digitale avrebbe dovuto essere progettato in modo tale da non trattare più dati personali generati dall'utilizzo del contenuto digitale di quanto sia strettamente necessario, e programmato in modo tale da avere una non divulgazione dei dati personali come impostazione predefinita ove il consumatore potesse scegliere tra diverse opzioni; adesivamente H. BEALE, *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 41; C. WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content*, cit., p. 14 s. e 21, con riguardo ai requisiti di conformità dei beni nell'ambito della OSD. V. pure il Parere LIBE, il cui em. 32 inseriva un nuovo par. 5-*bis* all'art. 6; in senso più generale v. la Relazione Parl. UE, il cui art. 6-*bis*, introdotto con em. 99 e contenente la disciplina dei requisiti oggettivi di conformità, includeva un par. 5 volto a prevedere che ai fini della conformità con il contratto

con la conseguenza che le relative violazioni per via di tali contenuti avrebbero dato luogo ad una corrispondente tutela di natura contrattuale in favore del consumatore-interessato¹⁸⁷.

Sotto un secondo profilo, poi, a venire in rilievo è stata la relazione tra l'anzidetto quadro normativo e i requisiti (soggettivi) di conformità, rispetto a cui ci si è occupati, in particolare, della possibilità, per un verso, di pattuire contrattualmente criteri contrastanti con tale normativa¹⁸⁸ e, per altro verso, di considerare la *privacy policy* del fornitore quale fonte concorrente nella determinazione di detti requisiti¹⁸⁹.

L'attenzione si è poi focalizzata sull'altro punto della regolamentazione predisposta dalla direttiva che si atteggiava in maniera peculiare in relazione alle ipotesi di fornitura di contenuti digitali la cui controprestazione fosse consistente in dati, ossia quello attinente alla risoluzione del contratto.

Innanzitutto, vi è da dire che taluni atti e documenti del procedimento legislativo avevano inteso incidere sui presupposti della risoluzione per difetto di conformità, subordinandola alla non lieve entità dello stesso soltanto allorquando il consumatore avesse pagato un prezzo e non anche in

il contenuto avrebbe dovuto soddisfare anche, ove opportuno, i requisiti del GDPR (v. L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4.3); in prospettiva analoga v. già *Beschluss des Bundesrates*, cit., punto 28.

¹⁸⁷ Cfr. L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4.3, la quale poneva l'accento su come un tale strumento avrebbe potuto trovare ulteriore valorizzazione in virtù della riconosciuta legittimazione attiva in capo alle organizzazioni operanti nel settore della protezione dei dati (cfr. *supra*, par. 3.1).

¹⁸⁸ Cfr. l'art. 4a, introdotto con em. 43, del Prog. IMCO/JURI (su cui *supra*, par. 3.1). Lo *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 23 affermava che i requisiti di conformità rappresentati dal rispetto dei principi di *privacy by design* e *by default*, che contestualmente andava ad inserire, sarebbero stati soggetti alla generale possibilità di derogare ai criteri di conformità mediante consenso espresso del consumatore (*qualified derogation*), che contestualmente proponeva di introdurre (a p. 19).

¹⁸⁹ Cfr. R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 11, che rilevavano come la Proposta omettesse di fornire alcuna indicazione sul punto.

caso di controprestazione non pecuniaria, ove viceversa il rimedio rimaneva esperibile anche per difetti “minori”¹⁹⁰.

Ma l’aspetto maggiormente dibattuto è stato quello relativo agli obblighi incombenti sul fornitore a seguito del verificarsi della risoluzione del contratto. Le relative disposizioni vennero dai primi commentatori salutate con sostanziale favore, seppur con diffusi avvertimenti sulla necessità di chiarificazioni quanto ai rapporti con il quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali¹⁹¹. Così, se con riguardo all’obbligo del fornitore di astenersi dall’utilizzo dei dati si era lamentata la sovrapposizione rispetto all’istituto della cancellazione dei dati di cui all’art. 17 GDPR¹⁹² e l’incoerenza con la regolazione delle condizioni di liceità ivi previste¹⁹³, quanto all’obbligo di consentire il recupero dei dati da parte del consumatore se ne era evidenziata l’interferenza con le disposizioni sul diritto di accesso e sulla portabilità dei dati contenute nel GDPR¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cfr. Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit., art. 12, par. 5 (opzione 2) e 6; Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit., art. 12, par. 5 e 6; Cons., *Orientamento generale*, cit. (e così già Cons., *Revised compromise text proposal on Article 12 and Article 13a(1)*, doc. del 12 aprile 2017, n. 7909/17, disponibile all’indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7909_2017_INIT&from=ES, e Cons., *Testo di compromesso*, doc. del 8 maggio 2017, n. 8800/17, cit.), art. 12, par. 5, con la precisazione che gravava sul fornitore l’onere prova della lieve entità.

¹⁹¹ V. MAK, *op. cit.*, p. 26 sottolineava come l’introduzione di tali regole determinasse un potenziamento dei diritti dei consumatori in relazione ai loro dati; analogamente B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 11; H. BEALE, *Conclusion and Performance of Contracts*, cit., p. 42, R.H. WEBER, *Data Protection in the Termination of Contract*, in *Contracts for the Supply of Digital Content*, cit., p. 195 s.; R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, *Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 11; C. WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content*, cit., p. 20, proponeva di introdurre disposizioni simili nell’ambito della OSD con riguardo ai beni con contenuti digitali incorporati.

¹⁹² Cfr. A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., nt. 188, che richiama G. SPINDLER, *Verträge über digitale Inhalte*, cit., p. 222, e l’EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., ove si sottolineavano la maggiore estensione del primo rispetto al secondo degli istituti in questione. Viceversa, esprimeva soddisfazione per la coerenza tra le due norme *Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills*, cit. (cfr. il *Twenty-third Report* dell’*European Scrutiny Committee*, cit., punto 4.38).

¹⁹³ In questo senso sembrano le preoccupazioni di *Position of the Polish Confederation Lewiatan*, cit., p. 8; *LAB Europe position*, cit., p. 6.

¹⁹⁴ Cfr. EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; v. pure le perplessità sollevate dall’opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the*

Inoltre, tali disposizioni erano state criticate anche sotto altri profili, *in primis* per il fatto di ricomprendere negli obblighi in questione anche i dati non personali, originariamente tali ovvero successivamente anonimizzati¹⁹⁵, dal momento che in questo modo il relativo adempimento avrebbe costretto il fornitore a ricondurli al consumatore cui si riferissero, e ciò, sempreché in assoluto possibile, avrebbe generato una serie di criticità. Per un verso, infatti, si sarebbe posto in antitesi rispetto alla linea di tendenza tracciata dal GDPR, spingendo i fornitori ad operare in contrasto con il principio di *privacy by design* e con quello posto dall'art. 11 GDPR in tema di trattamenti che non richiedono l'identificazione; per altro verso, avrebbe finito per imporre agli operatori pesanti investimenti per il necessario adeguamento tecnico, creando oneri sproporzionati e irragionevoli, specialmente in relazione all'obbligo di consentire al consumatore il recupero dei dati, atteso che un tale interesse generalmente sussiste in relazione ai contenuti prodotti o archiviati durante l'utilizzo del contenuto digitale (ad esempio foto o video), ma non a ogni tipo di dato coperto dall'ampia formulazione proposta (come le statistiche di utilizzo o le interazioni nei *social media*), sicché se ne proponeva un restringimento volto a un più equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi¹⁹⁶. Con specifico riguardo all'obbligo da ultimo menzionato,

supply of digital content, cit., p. 6; BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 7 s.; IAB Europe position, cit., p. 5 ss.; R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 59 ss., 67 s., la quale opera altresì un lucido raffronto tra le disposizioni in questione e quelle sulla portabilità di cui al GDPR, sul cui accostamento v. anche G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 209, 214 s. e nt. 128; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Remedies in the Proposed Digital Content Directive: An Overview*, in *Contracts for the Supply of Digital Content*, cit., p. 134; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 103 s.

¹⁹⁵ Circa i dati che dovevano ritenersi ricompresi in tali obblighi si vedano, anche con vedute differenti, EDPS, *Opinion 4/2017*, cit.; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 209 s., 214 s. e nt. 128; Id., *Verträge über digitale Inhalte*, cit.; R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 67 s. e nt. 44; *Beschluss des Bundesrates*, cit., punto 42.

¹⁹⁶ V. le preoccupazioni manifestate soprattutto dall'opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 4; IAB Europe position, cit., p. 7; BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 7 s.; *AmCham EU's position*, cit., p. 5; cfr. anche l'*Explanatory Memorandum Minister for Skills at the Department for Business, Innovation and Skills*, cit. (cfr. il *Twenty-third Report dell'European Scrutiny Committee*, cit., punto 4.32); la lettera del *Minister for Intellectual Property at the Department of Business, Innovation and Skills (Baroness Neville-Rolfe)* del

funzionale ad evitare effetti di *lock-in*¹⁹⁷, si paventavano poi ulteriori perplessità, tra cui il rischio di poter facilmente determinare un *vulnus* alla tutela della proprietà intellettuale e della concorrenza¹⁹⁸, la mancata previsione di un’eccezione volta alla generale salvaguardia dei diritti e libertà altrui (a differenza che nell’art. 20 GDPR), nonché l’inoperatività in corso di esecuzione del contratto, nelle ipotesi di scioglimento diverse da quelle specificamente contemplate (come ad esempio in caso di un recesso del consumatore *ex art. 9 CRD* oppure contrattualmente pattuito prima dei dodici mesi) e di *software “embedded”* (ossia “integrati” in un bene, come lo *smartphone* o l’automobile), dal momento che in tali casi i dati vengono raccolti dal produttore, con il quale il consumatore generalmente non intrattiene alcuna relazione contrattuale¹⁹⁹.

Ancora, voci critiche si appuntarono sulle difficoltà di carattere applicativo e probatorio che si temeva sarebbero scaturite dalla previsione degli obblighi in questione, specialmente nei casi in cui il fornitore avesse trasferito i dati a terze parti²⁰⁰, nonché sulla confusa tecnica legislativa

7 aprile 2016, cit. (cfr. il *Sixth Report* dell’*European Scrutiny Committee*, cit., punti 3.21 ss.); nonché la tabella comparativa tra Proposta DCD e *Consumer Rights Act* inglese redatta dal Governo del Regno Unito (riportata nell’Annex 1 del *Sixth Report* dell’*European Scrutiny Committee*, cit.) per le opinioni degli *stakeholders* consultati e *ivi*, punto 3.28, per la dichiarazione del Governo. In senso più generale si vedano le perplessità mostrate da BDI, *Stellungnahme*, cit., p. 4 s. In dottrina si vedano le osservazioni critiche di R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 66 circa la mancanza di una limitazione di tale diritto improntata a un requisito di proporzionalità.

¹⁹⁷ A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 103; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 209; R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 60, 66.

¹⁹⁸ Cfr. le considerazioni di BUSINESSEUROPE, *Comments*, cit., p. 8 rispetto soprattutto al settore specifico delle piattaforme *online* di vendita e dell’opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 6.

¹⁹⁹ Per tali osservazioni cfr. R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 65 ss. cui si rinvia anche per approfondimenti; circa altri casi di scioglimento del contratto anche R.H. WEBER, *op. cit.*, p. 195 s. Sui rapporti tra le diverse parti in relazione ai contenuti “*embedded*” v. pure A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 101.

²⁰⁰ Sollevò la questione il Parlamento olandese nella replica al riscontro della Commissione UE al Parere sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, contenuta nel doc. del Consiglio dell’UE n. 13742/16 del 26 ottobre 2016, cit., p. 2.; il punto venne toccato anche da B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 14 s.; G. SPINDLER, *Contracts*

utilizzata nel ripetere disposizioni quasi identiche per ciascuna ipotesi di scioglimento contemplata, delle quali si era auspicato un raggruppamento o, quanto meno, un riallineamento, specie in relazione alla formulazione del contenuto dell'obbligo di astensione e alla relativa eccezione concernente i contenuti generati dal consumatore congiuntamente con altri²⁰¹.

Tali riflessioni incisero profondamente sulle successive versioni delle disposizioni in questione, specialmente nel senso di pervenire ad un migliore bilanciamento degli interessi in gioco e di migliorare il coordinamento con le previsioni in materia di protezione dei dati personali²⁰². Schematicamente, può ricordarsi come, dal primo punto di vista, si tentò, in linea di massima, di perfezionare l'individuazione delle tipologie di dati ricomprese negli obblighi gravanti sul fornitore, generalmente escludendo quelle che comportassero sforzi sproporzionati o che fossero privi di utilità per il consumatore al di fuori del contesto del contenuto digitale²⁰³. Dal secondo punto di vista, invece,

For the Supply of Digital Content, cit., p. 209, 214 s. e nt. 128; *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 13. In senso più generale R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 11; M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, p. 138; R.H. WEBER, *op. cit.*, p. 195 s.

²⁰¹ Si vedano le osservazioni di R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 32; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 15 e 22 ss.; opinione anonima (...) *input regarding Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit., p. 6; Parere CESE, punto 4.3.2.10, n. 1; *Posizione italiana preliminare*, cit., p. 12 e 14 s., anche per altri aspetti di carattere terminologico, per i quali si vedano anche *Beschluss des Bundesrates*, cit., punto 41; *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, cit., p. 16 (nonché 55 s. e 60 s. per le bozze degli artt. 13, par. 2, lett. b; 15, par. 2, lett. b; 16, par. 4, lett. a).

²⁰² Già la Commissione europea, nel secondo riscontro al Parlamento olandese (*Brief van de eerste Vicevoorzitter van de Europese Commissie, de heer Dr. F.C.G.M. Timmermans, en Mevrouw Vera Jourová, Lid van de Europese Commissie*, 11 gennaio 2017, cit., p. 1 s.), si dichiarava disponibile a prendere in considerazione qualsiasi accorgimento sul punto per assicurare piena coerenza tra la proposta e la normativa di protezione dati.

²⁰³ V. il par. 3 dell'art. 13a, richiamato da disposizioni successive per le altre ipotesi di risoluzione, di cui a Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit. e Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit.; il Cons., *Orientamento generale*, cit., art. 13-bis, par. 2 e 3, richiamato dall'art. 16, par. 3; la Relazione Parl. UE, art. 13-bis (neo-introdotta, con l'em. 110), par. 2, 3 e 4, richiamato dall'art. 11 (interessato dall'em. 106), par. 1-ter, dall'art. 15 (interessato dall'em. 114), par. 2, e dall'art. 16, em. 115, par. 4, nonché i cons. 38 (em. 50) e 40 (em. 52); il Parere LIBE, artt. 13, par. 2, lett. b (em. 38) e c (em. 39), art. 16, par. 4, lett. a (em. 46) e b (em. 47), cons. 37, 38 (em. 11) e 39 (em. 12), nonché "breve motivazione", p. 100; il Prog. IMCO/JURI, art. 15, par. 2, lett.

prevalse presto la tendenza a limitare le nuove disposizioni, di cui spesso si cercò di migliorare la formulazione, ai soli dati non personali, facendo rinvio, quanto ai dati personali, agli obblighi previsti dal GDPR²⁰⁴.

Sempre rispetto alle conseguenze della risoluzione vennero altresì svolte talune notazioni di respiro più generale. Ad esempio, si era rilevato che la mancata previsione di un diritto del consumatore di ottenere una compensazione per l'utilizzo dei dati effettuato dal fornitore fino al momento della risoluzione, specie ove questa fosse dovuta a difetto di conformità, avrebbe comportato un ingiustificato vantaggio in capo al fornitore nonostante si fosse rivelato inadempiente e una disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di fornitura in cambio di un pagamento in denaro, per le quali era invece riconosciuto un vero e proprio "diritto al rimborso" (art. 13, par. 2, lett. a, Prop. DCD)²⁰⁵.

Le riflessioni probabilmente più interessanti sono quelle concernenti le conseguenze dello scioglimento del contratto sul consenso eventualmente

b (em. 68); il Cons., *Testo di compromesso*, doc. del 8 maggio 2017, n. 8800/17, cit. In senso critico verso tali limitazioni A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 90 s., 104 s.

²⁰⁴ Cfr. art. 13a, par. 2 e 3 (richiamati per le altre ipotesi di risoluzione dagli artt. 11, par. 2; 15, par. 2 e 16, par. 4) di Cons., *Revised text proposal*, doc. 15 giugno 2016, n. 10231/16, cit. e Cons., *Revised text proposal*, doc. 23 dicembre 2016, n. 15674/16, cit.; poi Cons., *Orientamento generale*, cit., art. 13-bis, par. 2 e 3 (richiamato dall'art. 16, par. 3); Relazione Parl. UE, art. 13-bis, par. 2 (neo-introdotta con l'em. 110), richiamato dall'art. 11 (interessato dall'em. 106), par. 1-ter, dall'art. 15 (interessato dall'em. 114), par. 2, dall'art. 16 (em. 115), par. 4 e dall'art. 13-bis, par. 3 e 4; Parere LIBE, em. 38 e 46, ove si specificava che il fornitore non dovesse trattare dati personali al solo scopo di consentire il collegamento al consumatore di dati e contenuti non personali per potergli permettere di recuperarli. Favorevolmente L. DRECHSLER, *op. cit.*, par. 4.1; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 90, 95, nt. 95, p. 103 ss.

²⁰⁵ Per tali osservazioni cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, cit., p. 59 s. e 69, e già *Beschluss des Bundesrates*, cit., punto 45; A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 862. In tale prospettiva v. anche C. WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content*, cit., p. 20 che nel proporre l'inserimento di una norma corrispondente circa l'obbligo di astensione nell'ambito della OSD, la formulava proponendo in alternativa l'obbligo di pagare un importo ragionevole per l'utilizzo di tale controprestazione, in particolare ove i dati fossero già stati trattati e l'atto del trattamento fosse irreversibile. Invece per A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 118 (e ivi ulteriori riferimenti) ciò sarebbe potuto risultare sproporzionato.

prestato dal consumatore costituente la base giuridica del trattamento dei propri dati personali²⁰⁶. In proposito si è invero sostenuto che la risoluzione andasse interpretata nel senso di importare la revoca implicita di tale consenso, con la conseguenziale applicabilità delle conseguenze previste dal GDPR, che fa salva la liceità del trattamento pregresso e abilita l'interessato a esercitare il diritto alla portabilità²⁰⁷.

4. Le soluzioni adottate nella versione definitiva della “DCD”

L'ampio dibattito conseguito alla presentazione della Proposta DCD da parte della Commissione europea – che nel paragrafo precedente si è tentato di tratteggiare nelle sue linee essenziali – e la conseguente evoluzione sotto vari punti di vista della regolamentazione in essa contenuta nel corso del procedimento legislativo hanno condotto alle soluzioni definitivamente adottate nella versione finale del testo della Direttiva relativa a determinati

²⁰⁶ Quanto all'inverso problema delle conseguenze della revoca del consenso al trattamento sul vincolo contrattuale (su cui v. *infra*, Cap. III, par. 3) si vedano fin d'ora V. MAK, *op. cit.*, p. 9; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 30 s.; R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 10; R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS*, October 2017, cit., p. 10; a seguito dell'entrata in vigore della DCD cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 129 ss.

²⁰⁷ Per tali osservazioni A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 861 s., anche in considerazione del fatto che l'art. 7, par. 3, GDPR non richiede requisiti formali per la revoca (in proposito v. pure le acute notazioni di A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *op. cit.*, p. 108); R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, cit., p. 30 ss. che perviene a questa conclusione sulla base della ricostruzione del rapporto tra i due strumenti in termini di regimi giuridici paralleli e della considerazione per cui la risoluzione ha l'effetto di estinguere il diritto del fornitore di utilizzare i dati del consumatore (così anche R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS*, May 2017, cit., p. 10, i quali osservano che la risoluzione deve essere considerata in accordo con i principi di necessità e di limitazione della finalità di cui al GDPR). In tale prospettiva v. pure B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 14 s. e *IAB Europe position*, cit., p. 6 e 8.

aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, emanata il 20 maggio 2019, identificata col numero 2019/770²⁰⁸.

Innanzitutto, come esplicitato nel cons. 24, il legislatore europeo, muovendo dal riconoscere l'ampia diffusione, in diverse forme ed in una parte considerevole del mercato, di modelli commerciali che prevedono che il consumatore non paghi un prezzo ma fornisca dati personali all'operatore economico, ha confermato la necessità di dover garantire ai consumatori rimedi contrattuali anche nell'ambito di tali modelli. Così, quanto all'ambito di applicazione della Direttiva, l'art. 3, par. 1, dopo aver previsto, in prima battuta, che essa "si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo", soggiunge subito, al secondo periodo, che la stessa "si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico (...)"²⁰⁹.

La disposizione va analizzata innanzitutto sul piano del tenore terminologico e strettamente letterale²¹⁰.

²⁰⁸ Per una panoramica degli aspetti più interessanti del testo della Direttiva dallo specifico punto di vista della problematica affrontata nella presente indagine può rinviarsi innanzitutto a S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction*, in *Data as Counter-Performance*, cit., p. 9 ss.

²⁰⁹ Interessante è la precisazione svolta dal cons. 24, per cui "I dati personali potrebbero essere forniti all'operatore economico al momento della conclusione del contratto o successivamente, ad esempio nel caso in cui il consumatore acconsente a che l'operatore economico utilizzi gli eventuali dati personali caricati o creati dal consumatore utilizzando il contenuto digitale o il servizio digitale".

²¹⁰ Per un'approfondita analisi può rinviarsi fin d'ora a D. STAUDENMAYER, *Article 3. Scope. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 57 ss.; A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, in *Data as Counter-Performance*, cit., p. 25 ss., descrive il linguaggio della disposizione come allo stesso tempo "explicit and narrow".

Il primo dato che colpisce, infatti, è che diversamente rispetto alla prima ipotesi (l'operatore economico fornisce un contenuto o servizio digitale e il consumatore paga un prezzo), per descrivere la seconda (l'operatore economico fornisce un contenuto o servizio digitale e il consumatore fornisce dati personali) non viene utilizzato il termine "contratto". E però, se così è nell'art. 3, tale lemma viene ancora adoperato in riferimento alle ipotesi *de quibus* nel cons. 24, ove esplicitamente (e ripetutamente) si afferma che la direttiva dovrebbe applicarsi ai "contratti" in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e "in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali" all'operatore economico. Inoltre, nell'ambito della Direttiva possono rintracciarsi diversi altri elementi da cui parrebbe emergere una qualificazione delle fattispecie in discorso in senso contrattuale. Di tale problematica, tuttavia, ci si occuperà in *sedes materiae*²¹¹.

Nel prosieguo, l'anzidetta disposizione si preoccupa di prevedere una prima delimitazione del campo di applicazione così individuato, facendo salvo "il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti"²¹². Un'esemplificazione di tali situazioni è offerta dal cons. 25 tramite il riferimento ai casi in cui "la registrazione del consumatore è obbligatoria a norma delle leggi applicabili ai fini di sicurezza e di identificazione". Peraltro,

²¹¹ V. *infra*, Cap. II, par. 3.

²¹² Tali eccezioni, peraltro, riecheggiano già nel cons. 24, ove si tenta di specificare ulteriormente le situazioni incluse nell'ambito di applicazione richiamando il "caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge" e quello "in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico".

la limitazione posta in via generale dalla norma in esame pare trovare una specifica applicazione nel disposto dell'art. 3, par. 5, lett. *f*, in virtù del quale la direttiva non trova applicazione in relazione ai contratti concernenti *software* offerti sulla base di una licenza libera e aperta, senza la corresponsione di un prezzo, se “i dati personali forniti dal consumatore sono trattati esclusivamente dall'operatore economico al fine di migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del software specifico”²¹³.

Altre eccezioni in senso ulteriormente restrittivo del campo di applicazione risultano poi affidate al menzionato cons. 25, il quale precisa che la Direttiva non si applica “a situazioni in cui l'operatore economico raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione, tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale”. Subito dopo la medesima disposizione soggiunge che “Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il consumatore, senza avere concluso un contratto con l'operatore economico, è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali o a un servizio digitale”. A tal proposito, l'art. 25 DCD ha previsto una clausola di riesame dell'ambito di applicazione della direttiva rispetto ai contratti di fornitura di contenuto digitale o servizi digitali diversi da quelli ivi già contemplati, facendo espresso richiamo, tra questi, proprio a quelli forniti a fronte di inserzioni pubblicitarie²¹⁴.

Viceversa, sebbene non venga precisato espressamente dall'art. 3, da taluni diversi punti della Direttiva si evince che il legislatore ha inteso renderla applicabile anche alle fattispecie cc.dd. “miste”, nelle quali il

²¹³ Cfr. anche il cons. 32.

²¹⁴ Su tale disposizione cfr. D. STAUDENMAYER, *Article 25. Review. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 341 ss.

consumatore a fronte del contenuto o del servizio offra sia il pagamento di un prezzo che l'accesso ai propri dati personali²¹⁵.

Esaminata la delimitazione dell'ambito di applicazione e passando alla specifica regolamentazione predisposta²¹⁶, occorre preliminarmente rilevare come in caso di mancata conformità del contenuto o servizio digitale l'art. 14 offra al consumatore i rimedi del ripristino della conformità²¹⁷ ovvero, in determinati casi, della riduzione del prezzo – ovviamente solo in caso di corrispettivo pecuniario o di fattispecie “miste” – e della risoluzione del contratto. Come precisato dal par. 6 della disposizione richiamata, se il contenuto o il servizio digitale è stato fornito dietro pagamento di un prezzo tale ultimo rimedio può essere esperito solo se il difetto di conformità non è di lieve entità, con relativo onere della prova a carico dell'operatore economico, potendosi altrimenti far luogo solamente alla riduzione del prezzo. Detto requisito non è invece richiesto ove il consumatore fornisca propri dati personali, il quale dunque dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto qualunque sia l'entità del difetto, e ciò dal momento che non potrebbe usufruire del rimedio della riduzione di prezzo²¹⁸.

²¹⁵ Si vedano, in questo senso, i cons. 67 e 69.

²¹⁶ Come si è avuto modo di anticipare in sede di esame del dibattito inerente all'*iter* legislativo, nessuna distinzione viene più fatta in base al tipo di controprestazione in relazione alla disciplina dei requisiti di conformità del contenuto digitale. Sui requisiti di conformità nella versione approvata della DCD cfr., per tutti, D. STAUDENMAYER, *Article 6. Conformity of the digital content or digital service. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 107 ss.; ID., *Article 7. Subjective requirements for conformity. Digital Content Directive (2019/770)*, *ivi*, p. 118 ss.; ID., *Article 8. Objective requirements for conformity. Digital Content Directive (2019/770)*, *ivi*, p. 131 ss.

²¹⁷ Tale rimedio è escluso dall'art. 14, par. 2, DCD ove, sebbene non impossibile, imponga all'operatore economico costi sproporzionati, tenuto conto di tutte circostanze del caso, tra cui il valore del contenuto digitale, parametro che potrebbe risultare di difficile definizione ove lo stesso sia offerto in cambio di dati: lo rilevava, già a proposito dell'art. 12 Prop. DCD, G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content*, cit., p. 205.

²¹⁸ Si vedano le dettagliate disposizioni del cons. 67, ove in relazione alle operazioni “miste” viene precisato che il consumatore ha il diritto di beneficiare, alle condizioni previste, di tutti e tre i rimedi, inclusa dunque la riduzione del prezzo, il che lascia desumere l'applicabilità dell'ulteriore requisito della non lieve entità per l'esperibilità del rimedio della risoluzione.

Deve poi menzionarsi quanto previsto dall'art. 16, riguardante gli obblighi dell'operatore economico in caso di risoluzione del contratto per difetto di conformità, richiamato dagli artt. 13, par. 3 e 19, par. 3, in relazione alle ipotesi di risoluzione, rispettivamente, per mancata fornitura ed a seguito di modifica del contenuto o servizio digitale. Esso, in particolare al par. 2, dispone che "Per quanto riguarda i dati personali del consumatore, l'operatore economico rispetta gli obblighi applicabili a norma del [GDPR]", da coordinarsi con il cons. 69, il quale chiarisce che "Tali obblighi dovrebbero essere rispettati anche qualora il consumatore paghi un importo e fornisca dati personali", ossia appunto nelle cc.dd. fattispecie "miste"²¹⁹.

È evidente come tale disposizione, congegnata con la tecnica del rinvio, sia finalizzata ad evitare che un'apposita regolamentazione delle conseguenze della risoluzione potesse interferire con gli obblighi posti in capo al titolare del trattamento dalla normativa *privacy*, secondo un atteggiamento diffuso che pervade l'intero testo della Direttiva. E nella stessa ottica va considerata la scelta dell'art. 2, n. 8, di fornire una definizione di "dati personali" *per relationem*, facendo richiamo all'art. 4, par. 1, GDPR²²⁰.

Particolare attenzione meritano, invero, altre disposizioni con cui pure si è inteso assicurare il coordinamento tra la disciplina del rapporto

Su tali disposizioni si veda B. GSELL, *Article 14. Remedies for lack of conformity. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 241 ss.

²¹⁹ In argomento si vedano, in particolare, C. TWIGG-FLESNER, *Article 16. Obligations of the trader in the event of termination. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 278 ss.; M. FERVERS, *Article 13. Remedy for the failure to supply*, *ivi*, p. 221 ss.; M. WENDLAND, *Article 19. Modification of the digital content or digital service*, *ivi*, p. 316 ss.; J. SÉNÉCHAL, *Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data*, in *Data as Counter-Performance*, cit., p. 147 ss.; S. CÁMARA LAPUENTE, *Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice*, *ivi*, p. 163 ss.

²²⁰ In tema cfr. J. SÉNÉCHAL, *Article 2. Definitions. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 43 ss.

contrattuale introdotta con la DCD, da un lato, e il quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali, dall'altro²²¹.

Il legislatore europeo si mostra immediatamente sensibile e pienamente consapevole rispetto a tale problematica – emersa, come si è visto, in maniera particolarmente severa e vigorosa nel corso dell'*iter* legislativo²²² – già nel cons. 24, ove, pur ritenendo di dover garantire ai consumatori diritti contrattuali anche nell'ambito dei sopra descritti modelli commerciali, proclama di “riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce”. E così, sulla base di tale premessa, esso si preoccupa di dettare previsioni specificamente dedicate alla questione, in particolare all'art. 3, par. 8, accompagnato ed illuminato dagli ulteriori dettagli e chiarimenti contenuto soprattutto nei cons. da 37 a 40, come di seguito si tenterà schematicamente di illustrare²²³.

In primis, posto che “L'esercizio delle attività rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva potrebbe comportare il trattamento di dati personali” e che il diritto dell'Unione presenta un quadro completo in materia di protezione dei dati personali, il quale consta del regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE, viene chiarito che la DCD non intende incidere sulla disciplina del trattamento dei dati personali effettuato in relazione ai contratti rientranti nel proprio ambito di applicazione, ma fa a tal riguardo salve le anzidette fonti, che rimangono dunque pienamente applicabili e che anzi in caso di conflitto sono destinate ad avere prevalenza sulle disposizioni della DCD²²⁴.

²²¹ Su tale relazione v. l'ampia disamina di P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, in *Data as Counter-Performance*, cit., p. 47 ss.; V. JANEČEK, G. MALGIERI, *Data Extra commercium*, *ivi*, p. 95 ss.

²²² Cfr. *supra*, par. 3.1.

²²³ Per un commento a tali disposizioni si veda D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., p. 57 ss.

²²⁴ Cfr. anche i cons. 24 e 48 DCD.

Simili indicazioni, oltre ad essere affermate con portata generale, vengono poi ribadite con riferimento specifico all'individuazione delle condizioni di liceità del trattamento stesso, verosimilmente in ragione del fatto che – come si è visto²²⁵ – proprio su queste, nel corso del dibattito preparatorio, si erano appuntate le preoccupazioni maggiori concernenti la possibile insorgenza di sovrapposizioni ed incoerenze a causa dell'inclusione nell'ambito di applicazione della direttiva delle fattispecie involgenti una controprestazione sotto forma di dati personali. E – come pare – proprio col chiaro obiettivo di scongiurare ogni possibile dubbio in tal senso viene ulteriormente precisato che quando il trattamento dei dati personali sia basato sul consenso della persona interessata, sui cui requisiti di validità la direttiva non va in alcun modo ad incidere, trovano applicazione tutte le pertinenti disposizioni sancite dal GDPR, in specie quelle relative alle condizioni per valutare se il consenso sia stato o meno liberamente prestato.

Precisazioni di analogo tenore vengono poi riferite altresì ai diritti di cancellazione e portabilità dei dati, espressamente richiamando anche i casi di risoluzione del contratto, nonché al “diritto del consumatore di revocare il consenso al trattamento dei dati personali”, anch'essi dichiarati pienamente applicabili nell'ambito dei trattamenti relativi ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali regolati dalla direttiva.

Proprio in relazione al diritto da ultimo richiamato ci si preoccupa di dettare alcune previsioni dedicate a definirne in linea generale le reciproche interazioni con le vicende del rapporto contrattuale. Così, viene sancito, per un verso, che il diritto del consumatore di risolvere il contratto conformemente alla direttiva non pregiudica quello di revocare, ai sensi del GDPR, l'eventuale consenso prestato per il trattamento dei propri dati personali, e per altro verso che la direttiva non disciplina le conseguenze sui

²²⁵ Cfr. *supra*, par. 3.1.

rapporti contrattuali da essa contemplati derivanti dalla revoca dell'anzidetto consenso, riservate invece al diritto nazionale²²⁶.

Sempre nella prospettiva in esame, l'art. 21, nel sancire l'obbligo degli Stati membri di garantire mezzi adeguati ed efficaci per assicurare l'osservanza della direttiva, vi ricomprende disposizioni nazionali che permettano di adire gli organi giurisdizionali o amministrativi competenti per l'applicazione delle norme interne di attuazione, tra gli altri, ad "organismi, organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati di cui all'articolo 80 del regolamento (UE) 2016/679" (lett. d)²²⁷.

Infine, occorre soffermarsi su una previsione di particolare interesse e importanza circa la relazione tra DCD e normativa *privacy*, che si mostra peculiare fin dalla collocazione, atteso che si trova contenuta al cons. 48, ma senza alcun riferimento nell'ambito dell'articolato. Questa attiene alla possibilità di "considerare, in funzione delle circostanze del caso, che gli elementi che determinano un difetto di conformità rispetto ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679, inclusi principi fondamentali quali i requisiti in materia di minimizzazione dei dati, protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita, costituiscano un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi di cui alla presente direttiva". Ciò con l'importante conseguenza che, salvo che il contratto sia già nullo o annullabile a norma del diritto nazionale, il consumatore potrà avvalersi dei rimedi per difetto di conformità previsti dalla direttiva²²⁸.

²²⁶ In argomento M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, cit., p. 127 ss.

²²⁷ Tale disposizione va letta in combinato con il cons. 79.

²²⁸ J. SÉNÉCHAL, *Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data*, cit., p. 149 s.

La disposizione, che si innesta in maniera evidente sulle riflessioni condivise tra dottrina e Istituzioni europee nell'ambito del dibattito condotto durante l'*iter* legislativo²²⁹, prosegue offrendo talune esemplificazioni per ciascuna delle due tipologie di requisiti di conformità. Quanto ai requisiti soggettivi, viene indicato quale esempio il caso in cui il contratto preveda, esplicitamente o per via interpretativa, l'assunzione da parte dell'operatore economico di un obbligo contrattuale connesso agli obblighi derivanti dal GDPR. Quanto ai requisiti oggettivi, si osserva come il mancato rispetto del GDPR possa in pari tempo risolversi in un difetto di conformità del contenuto o servizio digitale, che può riguardare tanto l'adeguatezza agli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato un contenuto o servizio digitale del medesimo tipo (art. 8, lett. *a*), quanto le caratteristiche quantitative, qualitative e di prestazione, anche in materia di funzionalità, compatibilità, accessibilità, continuità e sicurezza, che si ritrovano abitualmente nei contenuti digitali o nei servizi digitali dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi (art. 8, lett. *b*). La prima ipotesi potrebbe verificarsi ove, ad esempio, un fornitore di *software* per la cifratura di dati non attui le misure adeguate previste dal GDPR per garantire sin dalla progettazione che i dati personali non siano divulgati a destinatari non autorizzati, rendendo così i propri prodotti inadeguati alla loro finalità prevista consistente nel trasferimento sicuro di dati dal consumatore ad un certo destinatario. La seconda, invece, potrebbe ricorrere laddove il fornitore di un'applicazione per gli acquisti *online* non adotti le misure previste dal GDPR in materia di sicurezza del trattamento dei dati personali del consumatore, esponendo di conseguenza le informazioni sulla carta di credito del consumatore a *malware* o *spyware*.

²²⁹ V. *supra*, par. 3.3.

5. I dati personali come corrispettivo di contenuti *online* e servizi digitali nella “CRD” modificata dalla Direttiva (UE) 2019/2161

Alcuni mesi dopo l’approvazione della DCD, è stato adottato un altro testo normativo anch’esso recante l’idea dei dati personali del consumatore come possibile corrispettivo contrattuale: si tratta della Direttiva (UE) 2019/2161, cd. “Direttiva *Omnibus*”, che si inserisce, insieme alla più recente Direttiva (UE) 2020/1828 sulla cd. “*class action europea*”²³⁰, nell’ambito del pacchetto “*New Deal for consumers*” presentato dalla Commissione europea²³¹ e che mira ad una migliore applicazione e alla modernizzazione delle norme europee in materia di protezione dei consumatori andando a novellare significativamente una serie di Direttive: la Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori; la Direttiva 98/6/CE in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette; nonché, soprattutto, per quelli che sono i limitati fini che in questa sede ci si prefigge, la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori²³².

Tralasciando il commento dettagliato delle novità introdotte²³³, è opportuno focalizzare l’attenzione su alcune modifiche apportate dall’art. 4

²³⁰ Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE. In proposito si vedano le considerazioni espresse con riguardo alla relativa Proposta dell’11 aprile 2018, COM (2018) 184 final, da J.M.L. VAN DUIN, C. LEONE, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds for Consumer-Litigants: On the Need for a Modernization, Part II*, in *European Review of Private Law*, 2019, 6, p. 1227 ss.

²³¹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Un "New Deal" per i consumatori*, 11 aprile 2018, COM(2018) 183 final, disponibile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN>.

²³² Per approfondimenti su queste importanti fonti, che ineriscono senz’altro al cuore del diritto europeo dei consumatori, può rinviarsi, per tutti, ad A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013 e, per il panorama internazionale, a N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT, K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014 e a G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Abingdon-New York, 2018.

²³³ Per cui può rinviarsi a I. SPEZIALE, *La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Il Corriere giuridico*,

alla Direttiva da ultimo richiamata. Invero, al par. 2, lett. *b* di tale disposizione viene previsto l’inserimento di un nuovo par. 1-*bis* all’art. 3 CRD, volto ad estendere l’applicabilità della stessa, e dei rilevanti diritti dei consumatori ivi previsti, “anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista”²³⁴. In tal modo il legislatore europeo ha recepito le istanze provenienti da più fronti nell’ambito dell’annoso dibattito circa l’applicabilità della CRD in mancanza di un corrispettivo pecuniario da parte del consumatore²³⁵.

Riguardo a tale scelta, ampie spiegazioni sono fornite dai “considerando” 31 e seguenti. Qui, infatti, rammentato come i contenuti e i servizi digitali sono spesso forniti *online* in cambio non del pagamento di un prezzo da parte del consumatore, bensì della comunicazione di dati personali al professionista, viene innanzitutto precisato come la direttiva 2011/83/UE trovasse già applicazione, indipendentemente dal fatto che il consumatore paghi un prezzo o fornisca dati personali, in relazione alla fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale, ossia *online*, ma non anche alla fornitura di servizi digitali, rispetto a cui l’applicabilità della stessa risultava condizionata alla previsione di un corrispettivo pecuniario. E così,

2020, 4, p. 441 ss.; A. CILENTO, “*New deal*” per i consumatori: risultati all’altezza delle ambizioni?, in *Contratto e impresa*, 2019, 3, p. 1195 ss.

²³⁴ Cfr. G. CAPILLI, *Le direttive 2019/770/UE, 2019/771/UE e 2019/2161: verso l’unificazione (salvo deroghe) della disciplina sulla tutela dei consumatori nel mercato digitale*, in *Diritto di Internet, Osservatorio Consumatori di G. Capilli e M. Dona*, 30 gennaio 2020.

²³⁵ Per tale dibattito cfr. M.B.M. LOOS, *Standard terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 1, p. 11; J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services*, cit., p. 44; M. NARCISO, *op. cit.*, p. 201 s.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 88 ss., 92 ss. per l’idea di un’interpretazione evolutiva del concetto di “prezzo” nell’ambito della vecchia CRD in modo da ricomprendervi anche l’accesso ai dati, nonché a p. 118 ss. per l’indicazione di taluni aspetti problematici nella relazione tra limitazioni del diritto di recesso e persistenza della facoltà di revoca del consenso.

considerata, per un verso, l'inopportunità di un trattamento differenziato tra "servizi digitali a pagamento e i servizi digitali forniti contro dati personali", in ragione della "loro somiglianza e la loro interscambiabilità", e, per altro verso, l'esigenza di coerenza con l'ambito di applicazione della DCD, si rilevava la necessità di ampliare l'ambito d'applicazione della CRD in modo da ricomprendere anche i contratti di servizi digitali contemplanti la comunicazione al fornitore di dati personali da parte del consumatore²³⁶.

La neo-introdotta disposizione, ricalcando l'analoga eccezione già vista in relazione all'ambito di applicazione della DCD, prosegue poi escludendo "i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo". Ulteriore limitazione, anche in questo caso corrispondente a quanto già previsto nella DCD, attiene poi alle "situazioni in cui il professionista raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia del browser, tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale" e a quelle "in cui il consumatore, senza avere concluso un contratto con il professionista, è esposto a pubblicità solo allo scopo di ottenere l'accesso a un contenuto digitale o a un servizio digitale"²³⁷.

Sempre l'art. 4 della Direttiva 2019/2161, al par. 10, mira ad aggiungere taluni nuovi paragrafi (da 4 a 8) all'art. 13 della Direttiva

²³⁶ Ulteriori interessanti notazioni in M. ĐUROVIĆ, *Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2020, p. 67 s., il quale pone l'accento sull'accresciuta consapevolezza dei consumatori circa la funzione di "corrispettivo" dell'utilizzo di piattaforme *online* assunta dai propri dati e commenta la scelta operata dalla Direttiva come "*a huge step forward in the regulatory system of consumer protection*" in grado di dimostrare "*an increasingly tight connection between the rules on data protection and consumer law*"; I. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 448.

²³⁷ Così il cons. 35 Dir. 2019/2161, analogamente al cons. 25 DCD.

2011/83/UE, dedicato agli obblighi del professionista in caso di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, il primo dei quali recita che “Per quanto riguarda i dati personali del consumatore, il professionista rispetta gli obblighi applicabili a norma del regolamento (UE) 2016/679”. Infine, il par. 1, lett. *b*, del medesimo articolo inserisce tra le definizioni di cui all’art. 2 CRD, al punto 4-*bis*, quella di “dato personale”, limitandosi ad operare un rinvio all’art. 4 GDPR²³⁸.

6. Brevi riflessioni conclusive

L’ampio *excursus* condotto nel presente Capitolo ha consentito di penetrare e sviscerare il vivace dibattito che ha accompagnato l’origine e l’evoluzione dell’idea dei “*data as counter-performance*” nell’ambito del lungo e complesso procedimento legislativo europeo sfociato nell’emanazione della Direttiva (UE) 2019/770 e idealmente proseguito con l’adozione della Direttiva (UE) 2019/2161 – attinenti ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali –, con le quali il tema si è insinuato, tramite il formante legislativo, nell’ordinamento positivo.

Sono così emersi, tra gli altri, rilevanti aspetti problematici, che spaziano dalla questione di massima concernente la scelta di includere nell’ambito di applicazione di detti strumenti le ipotesi in cui il consumatore, a fronte della fornitura del contenuto o del servizio digitale, fornisce propri dati personali, ad aspetti di maggior dettaglio, attinenti alla delimitazione della nozione in discorso e alla peculiare disciplina riservata alle relative ipotesi.

²³⁸ Tali disposizioni, che trovano degli omologhi, rispettivamente, negli artt. 16, par. 2, e 2, n. 8, DCD, sono da coordinarsi con l’ultimo periodo del cons. 33 Dir. 2019/2161, volto a chiarire, analogamente a quanto più analiticamente affermato, soprattutto, dai cons. 37-40 DCD, la necessità che il trattamento dei dati personali sia conforme al GDPR.

Si è così avuto modo di evidenziare come, rispetto alla versione di cui alla Proposta originaria presentata dalla Commissione, nel testo definitivo della *Digital Content Directive*, connotato da scelte terminologiche più sfumate, si sia, per un verso, scongiurato il rischio di predisporre moduli regolamentari – specie in punto di valutazione della conformità del contenuto o del servizio e di rimedi esperibili dal consumatore – ingiustificatamente penalizzanti per il caso di fornitura accompagnata non dal pagamento di un prezzo ma dalla concessione di dati personali. Per altro verso, si è perfezionato il coordinamento con il quadro giuridico relativo alla protezione dei dati personali – significativamente integrato con una tutela del consumatore cui i dati si riferiscono con specifico riguardo al rapporto di fornitura –, non solo rispetto alla generale operatività dello strumento, ma anche in relazione a singoli aspetti, quali la definizione di “dati personali” assunta nell’ambito della direttiva e la disciplina degli obblighi susseguenti allo scioglimento del contratto di fornitura nei casi ivi contemplati.

CAPITOLO II

VALIDITÀ E QUALIFICAZIONE DELLE FATTISPECIE INVOLGENTI LA “PRESTAZIONE” DI DATI PERSONALI

1. Le fattispecie “beni e servizi contro dati”: premessa e posizione del problema

È ormai ben noto come il rapido ed incessante sviluppo delle nuove tecnologie informatiche abbia negli ultimi anni ampliato in misura impressionante la capacità di generare, raccogliere, conservare, elaborare, aggregare e analizzare dati, estendendone in maniera esponenziale le possibilità di sfruttamento in tutti i settori della società. Temi come *Big Data*, intelligenza artificiale, *machine learning*, *Internet of Things* hanno ormai conquistato una posizione di assoluto rilievo nel dibattito scientifico, incluso quello giuridico, ponendo all’attenzione dell’interprete problematiche dall’importanza cruciale per la regolazione dei rapporti economico-sociali nel contesto di una realtà dominata dai nuovi paradigmi della *digital economy* e della società dell’informazione²³⁹. Rivolgendo la propria attenzione

²³⁹ Nell’ambito della sterminata letteratura su tali tematiche possono indicarsi, almeno, i contributi raccolti in *Concorrenza e mercato*, vol. 23/2016, numero speciale *Big Data e concorrenza*, a cura di F. Di Porto, in particolare V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, *ivi*, p. 29 ss.; A. SORO, *Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri*, in AA.VV., *Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri*. Atti del Convegno 30 gennaio 2017, Roma, 2017, disponibile in www.garanteprivacy.it, p. 3 ss.; G. D’ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design: anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017; L. MOEREL, A. VAN DER WOLK, *Big Data Analytics Under the EU General Data Protection Regulation*, 2017, disponibile in www.ssrn.com; C. GIUSTI, *Big data ed internet delle cose: quale destino per la tutela della privacy*, in *Comparazione e diritto civile*, 2017, disponibile in www.comparazionediritto.civile.it; *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2018; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, p. 32 ss.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica – Privacy –*

all’impatto di simili sviluppi e avanzamenti tecnologici sui più svariati settori dell’ordinamento, il giurista ha presto avuto occasione di coglierne quale minimo comune denominatore la profonda pervasività e i gravi rischi che al loro utilizzo e alla loro capillare diffusione si riconnettono, e ciò non solo ad un livello individuale, relativo alla tutela della singola persona, ma anche ad un livello collettivo o generale, attinente al presidio di interessi superindividuali, legati finanche alla stessa organizzazione della società e del potere²⁴⁰.

Le tecnologie sempre più innovative di elaborazione ed analisi dei dati hanno determinato un impiego progressivamente maggiore di questi ultimi (anche) nei processi aziendali e produttivi, tanto da far loro assumere una particolare connotazione quale *asset* economico, se non addirittura in termini di vero e proprio nuovo fattore della produzione²⁴¹. Ciò ha comprensibilmente

Responsabilità – Decisione, Pisa, 2020; *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020; *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020; A. DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020. Per un interessante strumento di ragguglio e aggiornamento circa le novità normative, dottrinali e giurisprudenziali concernenti tali tematiche può segnalarsi l’Osservatorio in *Big Data Management* di A. Musio, della rivista *Diritto di Internet*, all’indirizzo <https://dirittodiinternet.it/bigdatamanagement>.

²⁴⁰ In tale ultimo senso si pone in maniera particolare il delicato problema legato alla necessità di limitare e controbilanciare il potere derivante da grosse concentrazioni di dati, non solo in mani pubbliche, a cui si ricollegano preoccupazioni legate a fenomeni di controllo sociale come la *mass surveillance* e il capitalismo della sorveglianza: in proposito, oltre alle risalenti, ma ancora molto attuali, riflessioni di A. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, 1968, *passim* e S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 585 ss., si vedano, in particolare, A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual perspective to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, p. 238 ss., nonché, prima ancora, A. MANTELERO, G. VACIAGO, *The “Dark Side” of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance. How data collections by private entities affect governmental social control and how the EU reform on data protection responds*, in *Computer Law Review International*, 2013, p. 161 ss.; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, p. 40 ss.

²⁴¹ Cfr. H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, p. 1678 ss.; A. IANNINI, *La nuova economia fondata sui dati*, in AA.VV., *Big Data e Privacy*, cit., p. 15 ss.

A tal proposito basti pensare a come la disponibilità e la capacità di utilizzazione dei dati costituiscano i pilastri fondamentali dei nuovi modelli legati a Industria 4.0, sui quali può

portato alla nascita e allo sviluppo nella realtà economico-sociale di quello che può essere definito come “mercato dei dati personali”²⁴². Conseguentemente, i dati, inclusi, soprattutto, quelli avente carattere personale, in quanto riferibili ad una persona specificamente identificabile, hanno innegabilmente assunto, almeno a livello fattuale, un valore economico²⁴³, indubbiamente significativo per quanto di non facile quantificazione²⁴⁴.

In tal modo, la nuova dimensione dei dati quale risorsa fortemente ambita dalle imprese e ormai divenuta essenziale nei più svariati settori dell'economia ha condotto all'ampia diffusione di nuovi *business models* basati sull'acquisizione di dati personali in vista del successivo sfruttamento commerciale. L'effettivo funzionamento di siffatti modelli si manifesta attraverso una ricca pluralità di fattispecie e relazioni economico-sociali dalle caratteristiche variegata e continuamente cangianti, il cui comune sostrato è

rinviasi, per una prima panoramica, agli studi contenuti in *Industria 4.0: attualità e prospettive*, a cura di M. Giannini, Pisa, 2020 e in *La digitalizzazione delle imprese. Nuove prospettive nell'era di Industria 4.0*, a cura di A.R. Gurrieri, Torino, 2021.

²⁴² Cfr. S. SPIEKERMANN, R. BÖHME, A. ACQUISTI, K.L. HUI, *Personal data markets*, in *Electronic Markets*, 2015, p. 91 ss.; G.A.M. BELLOMO, “There ain't no such thing as free lunch”. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti, in *Concorrenza e mercato*, vol. 23/2016, cit., p. 205 ss.; V. ZENOVICH, *Do “data markets” exist?*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2019, 2, p. 1 ss.; con specifico riguardo al quadro normativo risultante dall'adozione della Direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (sulla quale ci si è ampiamente intrattenuti *supra*, Cap. I) si veda A. METZGER, *A Market Model for Personal Data*, cit., p. 25 ss.

²⁴³ In generale, sottolineano come lo sviluppo tecnologico abbia portato a una considerazione (anche) patrimoniale degli aspetti della personalità D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 339 ss.; M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, p. 9 s.

²⁴⁴ Sono stati a tal fine elaborati diversi modelli: v. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers, n. 220, Paris, 2013; G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 294 ss.; P. HACKER, *op. cit.*, p. 47 ss. Va sottolineato che il valore economico si riconnette non tanto al singolo dato o ai dati di un utente singolarmente considerato, ma scaturisce, piuttosto, dalle operazioni effettuate su grandi quantità di dati, da cui è possibile trarre informazioni utili a svariati fini: cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 36.

rappresentato dall'offerta di una qualche forma di utilità, ossia essenzialmente beni o, soprattutto, servizi, accompagnata dalla raccolta di dati personali del cliente o utente. Questa, il più delle volte, è preceduta da una richiesta di consenso al trattamento degli stessi – comunicati dall'interessato (ad esempio i propri dati identificativi forniti tramite una registrazione) o collezionati direttamente dall'operatore economico (ad esempio i dati di utilizzo, spesso mediante *cookie*) – per finalità diverse da quelle strettamente necessarie per l'erogazione del servizio, vuoi ad esso comunque collegate, come il miglioramento o la personalizzazione dello stesso, oppure no, ad esempio il *marketing*, la profilazione o la comunicazione a terzi. Specie laddove non sia richiesto, in aggiunta, il pagamento di un corrispettivo in denaro, la prestazione di tale consenso viene dall'operatore sovente posta come condizione per la fruizione stessa del servizio²⁴⁵. È proprio questo il *business model* ormai maggiormente diffuso nel mercato dei servizi *online* di uso più comune (*browser*, motori di ricerca, *mail*, *social media*, *cloud*, contenuti multimediali, siti *web*), con applicazioni sempre più frequenti anche nel mondo analogico (si pensi, ad esempio, alle “tessere fedeltà”²⁴⁶ o ai *software* “di bordo” in dotazione nelle automobili²⁴⁷).

Da un'attenta osservazione delle caratteristiche e del modo di atteggiarsi di siffatte fattispecie sul piano prettamente fattuale emergono plurimi profili problematici sui quali sussiste la necessità di un'approfondita

²⁴⁵ Per una dettagliata descrizione sul piano fattuale di tali fattispecie v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 23 ss., 34 ss., 94 ss., 158 ss., 182, la quale pone altresì in evidenza gli elementi di differenziazione, finalistica e strutturale, tra esse e le situazioni involgenti lo sfruttamento delle estrinsecazioni immateriali della persona più tradizionali (p. 23 ss. e 44 ss.); G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 411 ss.

²⁴⁶ Cfr. E.C. PALLONE, *La profilazione degli individui connessi a Internet: "privacy online" e valore economico dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2015, 2, p. 295 ss.

²⁴⁷ V. R. JANAL, *Data Portability*, cit., p. 61 ss.; T. PERTOT, *L'assicurazione auto con scatola nera. Sconti tariffari vs dati personali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 2, p. 529 ss.; da ultimo Z. EFRONI, *Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation*, in *Smart Urban Mobility, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 29*, a cura di M. Finck, M. Lamping, V. Moscon, H. Richter, Springer, 2020, p. 257 ss.

indagine a livello giuridico. La prassi descritta, infatti, se indubbiamente denota una chiara spinta della realtà sociale e del mercato verso una “commercializzazione” dei dati personali alla stregua di una “merce di scambio”, di una “*tradeable commodity*” suscettibile di “sfruttamento economico”²⁴⁸, deve inevitabilmente essere valutata in base ai canoni propri del sistema giuridico, non potendo gli interessi e le istanze di regolazione che essa esprime sottrarsi al vaglio di quei principi, attuativi dei valori posti dalla Carta costituzionale al vertice dell’ordinamento, che ne rappresentano le pietre angolari²⁴⁹.

Innanzitutto, vi è da chiedersi e da verificare se l’ordinamento, specie in virtù del quadro giuridico di matrice eurolunitaria in materia di protezione dei dati personali e dei principi fondamentali su cui questo risulta incardinato, effettivamente ammetta che il trattamento dei dati personali, e in particolare la prestazione del relativo consenso da parte dell’interessato, possa lecitamente e validamente costituire una condizione a cui sia subordinata la prestazione di una certa utilità, quale l’accesso, l’erogazione o la fornitura di un certo bene o servizio, e quindi la possibilità di concludere un eventuale contratto che abbia tale oggetto.

²⁴⁸ A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, *Data as a Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2016, 1, p. 51 ss.; H. ZECH, *Data as a Tradeable Commodity*, in *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., p. 51 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D’Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 1381 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, 4, p. 689 ss.; ID., *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, p. 95 ss.

²⁴⁹ Per un analogo avvertimento in tal senso cfr. F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 2, p. 593 ss.; C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 2, p. 613 ss.; per tali esigenze cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, p. 719 s.; ID., *L’informazione e il contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 367 ss.

Poi, le relazioni in esame pongono rilevanti problemi qualificatori circa il puntuale inquadramento dell'operazione economico-sociale in tal modo realizzata, muovendo dalla definizione della posizione in essa assunta dal consenso al trattamento dei dati personali per giungere alla ricostruzione dei relativi contorni, con particolare riguardo alla verifica della possibilità di una qualificazione della fattispecie in chiave unitaria ed in termini contrattuali. A tale riguardo affiorano infatti questioni ricostruttive di primaria importanza, *in primis* circa il modo in cui tale consenso viene a relazionarsi con la prestazione dell'operatore economico e con i vari elementi caratterizzanti dette operazioni, nonché rispetto alle loro caratteristiche strutturali e funzionali, quali le modalità perfezionative, gli effetti prodotti, le connotazioni causali, con le consequenziali ricadute in punto di individuazione della specifica disciplina applicabile alla fattispecie e al rapporto che ne deriva. Un'indagine così delineata postula dunque l'affrontamento di questioni – del massimo rilievo ed interesse non soltanto dal punto di vista teorico ma anche da quello pratico – eterogenee ma strettamente interrelate quali il rapporto tra autonomia negoziale e dati personali, la natura giuridica del consenso al trattamento dei dati personali e la configurabilità dei dati personali come beni giuridici²⁵⁰.

Come si è visto nel capitolo precedente²⁵¹, il legislatore europeo ha preso in considerazione proprio tali fattispecie, ove attinenti alla fornitura di contenuti o servizi digitali, nel congegnare l'ambito di applicazione dei più recenti strumenti normativi volti a delineare il quadro giuridico della protezione dei consumatori in tale settore del mercato, segnatamente la Direttiva (UE) 2019/770 e la Direttiva (UE) 2019/2161²⁵². A tal proposito,

²⁵⁰ In tema cfr. I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2010; F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008; M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, cit., p. 88 ss.

²⁵¹ V. *supra*, Cap. I.

²⁵² Sulla specifica problematica dei “dati come controprestazione” nei rapporti tra soggetti professionali, al momento non affrontata in modo diretto dai richiamati strumenti normativi, attinenti alla tutela dei consumatori, si veda lo studio di M. FRIES, *Data as*

piuttosto diffuse sono le affermazioni per cui tale strumento, includendole nei propri ambiti di applicazione, avrebbe determinato il riconoscimento positivo della liceità di simili operazioni e della validità di “contratti” aventi ad oggetto lo “scambio” tra contenuti o servizi digitali e dati personali²⁵³.

Pertanto, il punto di partenza di una tale indagine non può che essere rappresentato dall’esigenza di stabilire se e come simili iniziative normative abbiano inciso sulle problematiche sottese alla nostra ricerca, onde verificare l’eventuale sussistenza e l’effettiva entità del contributo che tali strumenti hanno offerto al nostro tema, segnatamente ai quesiti che si sono prospettati, e per tale via alla ricostruzione delle questioni di carattere giuridico poste dai fenomeni socio-economici e di mercato che si è dinanzi provveduto a illustrare.

2. Il requisito della libertà del consenso al trattamento posto come condizione dell’offerta di beni o servizi (cd. *tying*)

Avviando l’indagine nella direzione indicata, occorre innanzitutto verificare se, ed eventualmente in che modo, la Direttiva (UE) 2019/770 e la Direttiva (UE) 2019/2161 abbiano inciso sulla questione della giuridica ammissibilità delle fattispecie che si sono poc’anzi descritte nei loro connotati fattuali, con particolare riguardo ai profili inerenti alla protezione dei dati personali.

A tal fine è necessario operare un’attenta ricostruzione del rapporto tra gli anzidetti strumenti di diritto contrattuale volti alla protezione dei

Counter-Performance in B2B Contracts, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, cit., p. 253 ss.

²⁵³ Si vedano, in particolare, i riferimenti contenuti in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 420 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 184 ss., 206 (benché l’a. precisi che la Direttiva 2019/770 non determina un ampliamento dell’area di liceità di simili operazioni per come si debba stabilire in base al GDPR).

consumatori, da un lato, e, dall'altro, il quadro giuridico in materia di *privacy*, avvalendoci delle indicazioni desumibili dai risultati dall'analisi in tal senso propedeuticamente svolta nel capitolo precedente²⁵⁴.

Invero, come in quella sede si è avuto modo di approfondire, il legislatore europeo, in risposta alle serie e diffuse perplessità emerse in seno al dibattito sviluppatosi intorno alla Proposta presentata dalla Commissione europea²⁵⁵, si è premurato di chiarire in modo particolarmente vigoroso ed esplicito che la DCD non è volta ad incidere sulla disciplina del trattamento dei dati personali effettuato nel contesto dei contratti di fornitura di contenuti digitali, rispetto ai quali continuano a trovare piena ed impregiudicata applicabilità le fonti che compongono il quadro giuridico in materia di *data protection*, in *primis* il GDPR e la Direttiva 2002/58/CE, e ciò anche per quanto riguarda le condizioni di liceità del trattamento stesso, dovendo all'uopo necessariamente sussistere una delle basi giuridiche ivi previste, e segnatamente i requisiti di validità del consenso della persona interessata, incluse le condizioni per valutare se esso sia stato liberamente prestato, nonché la facoltà di revoca dello stesso²⁵⁶.

Considerazioni simili devono ritenersi riferibili anche al modo di porsi, rispetto alle menzionate fonti in tema di *data protection*, della CRD

²⁵⁴ Cfr. Cap. I, par. 4 e 5.

²⁵⁵ Cfr. Cap. I, par. 3.1.

²⁵⁶ È quanto emerge dalla lettura congiunta dell'art. 3, par. 8, DCD e dei cons. 37-40, nonché 24 e 48, ai cui principi risultano ispirati anche l'art. 16, par. 2 (richiamato dagli artt. 13, par. 3 e 19, par. 3) e l'art. 2, n. 8, DCD. Particolarmente esplicito ed incisivo al riguardo è il tenore letterale della prima parte del cons. 38: "La presente direttiva non dovrebbe disciplinare le condizioni per il trattamento lecito dei dati personali, dal momento che tale questione è specificamente disciplinata dal regolamento (UE) 2016/679. Di conseguenza, qualsiasi trattamento di dati personali in relazione a contratti rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva è lecito solo se è conforme alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 relativo ai fondamenti giuridici per il trattamento dei dati personali. Quando il trattamento dei dati personali si basa su un consenso, segnatamente a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) 2016/679, si applicano le disposizioni specifiche di tale regolamento, comprese quelle relative alle condizioni per valutare se il consenso sia stato o meno liberamente prestato. La presente direttiva non dovrebbe disciplinare la validità del consenso prestato.". Per il commento di tali disposizioni si veda D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., p. 57 ss. Sul rapporto tra DCD e quadro normativo in materia di protezione dati personali cfr. pure P. HACKER, *op. cit.*, p. 47 ss.

nella versione rimodulata ad opera della Direttiva 2019/2161, relativamente alla disciplina dei contenuti *online* e dei servizi digitali forniti in cambio di dati personali dei consumatori, in virtù non solo dell'analogia ispirazione alla base dei rispettivi interventi²⁵⁷ ma anche del parimenti esplicito, seppur più stringato, riconoscimento della necessità che il trattamento dei dati personali sia conforme al GDPR²⁵⁸.

Pertanto, alla luce di queste precisazioni, non può ritenersi che le summenzionate Direttive abbiano importato il riconoscimento della legittimità dal punto di vista giuridico delle fattispecie oggetto di analisi, la quale deve continuare ad essere valutata e verificata in base al quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali, come risultante *in primis* dalle norme contenute nel GDPR, e senza che possa da esse trarsi alcun apporto interpretativo in tale direzione.

Ciò significa, innanzitutto, che al fine di poter considerare ammissibili tali fattispecie non può prescindersi dalla sussistenza di una delle basi giuridiche che costituiscono le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali ivi previste, che normalmente, nel contesto in questione, potrà considerarsi offerta dal consenso dell'interessato²⁵⁹. In secondo luogo, pertanto è necessario che di questo ricorrano tutti i requisiti di validità sanciti dal GDPR, segnatamente dall'art. 4, n. 11, ossia quelli della libertà, della specificità, dell'informazione e dell'inequivocabilità. Tra questi, quello che

²⁵⁷ Attestata anche dall'espreso richiamo all'esigenza di garantire la coerenza fra i rispettivi ambiti di applicazione effettuato dal cons. 32 Dir. 2019/2161.

²⁵⁸ Così l'ultima parte del Cons. 33 Dir. 2019/2161, da collegarsi anche al neo-introdotto art. 13, par. 4, CRD.

²⁵⁹ Su tale aspetto può rinviarsi a C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 220; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, p. 67 ss.; ID., *Dati personali e contratto tra Reg. (Ue) 2016/679 e Dir. 2019/770/Ue*, in *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, a cura di S. Pagliantini, Napoli, 2020, p. 281 ss.; F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, p. 34 ss.; A. SATTLER, *Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR*, in *Data as Counter-Performance*, cit., p. 241 ss.; EDPS, *Opinion 4/2017*, cit., p. 14 ss.

chiaramente risulta maggiormente problematico nel contesto in esame è senza dubbio quello della libertà del consenso²⁶⁰.

In particolare, l'aspetto che risulta maggiormente problematico sotto tale punto di vista è rappresentato dalla circostanza che in esse il consenso al trattamento dei dati personali del consumatore venga richiesto come condizione per la fornitura del bene o del servizio, configurando il cd. fenomeno del "tying", il quale invero potrebbe determinare un *vulnus* innanzitutto rispetto al requisito in parola.

Prima dell'avvento del GDPR, in mancanza di una previsione specifica si era formato un indirizzo interpretativo nettamente preclusivo, secondo cui il requisito di libertà (previsto dagli artt. 2, lett. *h* e 7, lett. *a*, Direttiva 95/46/CE e dall'art. 23, c. 3, d.lgs. 196/2003, cd. "codice *privacy*") dovesse ritenersi inficiato ogniqualvolta l'accesso a un bene o a un servizio fosse reso dipendente dal consenso al trattamento dei dati personali per finalità ulteriori, scollegate dalla causa e non necessarie all'esecuzione del contratto a monte²⁶¹.

²⁶⁰ In generale su tale requisito cfr. A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 58 ss.; S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 13 ss.; EAD., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 2, p. 513 ss.; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, *passim*; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997, p. 285; V. CUFFARO, *Il consenso dell'interessato*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 221 ss.; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, p. 455 ss.; A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003, p. 511; ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, WP259rev.01, 10 aprile 2018, p. 7 s.

²⁶¹ In questo senso era il consolidato orientamento del Garante italiano: v., ad es., provv. 22 maggio 2018 n. 363, disponibile in www.garanteprivacy.it, doc. web n. 8995274; provv. 10 marzo 2016, n. 110, *ivi*, doc. web n. 4988238; provv. 8 gennaio 2015 n. 6, *ivi*, doc. web n. 3857003; provv. 25 settembre 2014 n. 427, *ivi*, doc. web n. 3457687; provv. 9 gennaio 2014 n. 3, *ivi*, doc. web n. 2904350; provv. 21 novembre 2013, *ivi*, doc. web n. 2830611; provv. 4 luglio 2013, n. 330, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, *ivi*, doc. web n. 2542348; provv. 7 marzo 2013 n. 105, *ivi*, doc. web n. 2406175; provv. 24 gennaio 2013 n. 27, *ivi*, doc. web n. 2433614; provv. 19 febbraio 2011 n. 200, *ivi*, doc. web n. 1823148; provv. 7 ottobre 2010, *ivi*, doc. web n. 1763037; provv. 22 luglio 2010, *ivi*,

Siffatte situazioni sono state ora espressamente prese in considerazione dal legislatore europeo col GDPR, che all'art. 7, par. 4, stabilisce 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'interpretazione di tale disposizione non è semplice e ha dato luogo a posizioni contrastanti.

Essa, infatti, secondo taluni²⁶², in linea di continuità con l'orientamento precedente, sarebbe totalmente ostativa rispetto all'ammissibilità di un simile condizionamento, che renderebbe in ogni caso invalido, per difetto del requisito di libertà, il consenso al trattamento, il quale dunque non potrebbe mai essere remunerato ma dovrebbe necessariamente

doc. web n. 1741988; provv. 15 luglio 2010, *ivi*, doc. web n. 1741998; provv. 5 marzo 2009, *ivi*, doc. web n. 1615731; provv. 22 febbraio 2007, *ivi*, doc. web n. 1388590; provv. 9 marzo 2006, *ivi*, doc. web n. 1252220; provv. 3 novembre 2005, *ivi*, doc. web n. 1195215; provv. 12 ottobre 2005, *ivi*, doc. web n. 1179604; provv. 24 febbraio 2005, “Fidelity card” e garanzie per i consumatori. *Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione*, *ivi*, doc. web n. 1103045; provv. 3 febbraio 2005, *ivi*, doc. web n. 1109503; provv. 10 giugno 2003, *ivi*, doc. web n. 29836; provv. 22 ottobre 1997, *ivi*, doc. web n. 1055346; provv. 8 settembre 1997, *ivi*, doc. web n. 1055101; provv. 28 maggio 1997, *ivi*, doc. web 40425; tale indirizzo pareva innestarsi sulla posizione autorevolmente espressa da G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 285. Esso, poi, risultava diffuso anche presso le omologhe Autorità indipendenti straniere: cfr., per il Regno Unito, INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Direct marketing guidance*, version 1.1, 24 ottobre 2013, disponibile in www.ico.org.uk; per la Francia, COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux Cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978*, disponibile in www.cnil.fr; nell'ordinamento tedesco questa pratica è espressamente vietata nella legge federale sulla protezione dei dati personali, relativamente all'uso ulteriore dei dati per finalità promozionali (cd. *Koppelungsverbot*). Cfr. S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., p. 538 s.; EAD., *Il consenso al trattamento dei dati come condizione per la fruizione di servizi on line*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri, L. Ruggeri, Napoli, 2015, p. 459 ss.; EAD., *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 162 s.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 428 s.

²⁶² J.P. ALBRECHT, *The EU's New Data Protection Law – How A Directive Evolved Into A Regulation*, in *Computer Law Review International*, 2016, 2, p. 36; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, 2017, p. 96; in tal senso sembra militare pure ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, cit., p. 8.

improntarsi al paradigma della gratuità analogamente al modello di circolazione del corpo umano.

Se un simile indirizzo ha senz'altro il pregio di assicurare ampia tutela all'interessato rispetto alle pressioni sulla propria capacità di autodeterminazione che il *tying* è indubbiamente in grado di esercitare, nondimeno a una più meditata analisi è agevole individuare plurimi argomenti militanti in direzione diversa.

Innanzitutto, è da notare come il dato letterale dell'art. 7, par. 4, GDPR non appaia volto ad introdurre un divieto *tout court*, bensì a fissare semplicemente un parametro di valutazione, che, proprio per quanto da tenere nella “massima considerazione”, non pare potersi reputare esclusivo e assorbente. Peraltro, una simile lettura è destinata a risultare avvalorata dal confronto di tale disposizione con la diversa formulazione che ne era stata proposta nel corso dei lavori preparatori dal Parlamento europeo, in quel senso senz'altro *tranchant*, rimasta tuttavia disattesa²⁶³.

In proposito, poi, il cons. 43 afferma che nelle medesime situazioni connotate da un *tying* “Si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato”. L'idea che il legislatore abbia in tal modo inteso introdurre una presunzione soltanto relativa (*iuris tantum*), e non assoluta (*iuris et de iure*)²⁶⁴, sembra suggerita anche dal fatto stesso di avere qui dettato per le ipotesi in questione una tale autonoma previsione invece di accomunarle al caso del consenso prestato ad un'autorità pubblica, contemplata nella prima

²⁶³ Cfr. il Progetto della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento europeo, 17 dicembre 2012, emendamento 107, volto ad introdurre un par. 4b all'art 7 (“*The execution of a contract or the provision of a service may not be made conditional on the consent to the processing or use of data that is not necessary for the execution of the contract or the provision of the service pursuant to Article 6(1)(b)*”); ulteriori riferimenti in G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 98 ss.

²⁶⁴ In questi termini G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 432. Di “paternalismo debole” e non “forte” quale paradigma ispiratore della norma parla G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 101.

parte del cons. quale ipotesi tipica di “evidente squilibrio tra l’interessato e il titolare del trattamento”, in cui il consenso senz’altro non può costituire un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali.

Un ulteriore argomento in questo senso potrebbe poi trarsi, sul piano sistematico, dall’assenza di una previsione volta a porre un requisito di necessaria gratuità dell’atto di consenso al trattamento dei dati personali, come in generale per lo sfruttamento degli attributi immateriali della personalità, a differenza di quanto espressamente sancito in relazione al corpo²⁶⁵.

Pertanto, sembra doversi accogliere un’interpretazione dell’art. 7, par. 4, GDPR secondo cui vada esclusa una preclusione assoluta e automatica della possibilità di ritenere integrato il requisito di libertà del consenso al trattamento ove questo sia posto come condizione per l’accesso a un bene o a un servizio²⁶⁶. In tal senso, peraltro, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione italiana, con una sentenza ricca di utili spunti ricostruttivi nonostante, pur essendo stata emessa successivamente all’entrata in vigore del GDPR, si riferisca al contesto giuridico previgente²⁶⁷.

²⁶⁵ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 430 s., i quali hanno peraltro rimarcato pure come, in un’ottica giusrealistica, “lo scollamento del sistema giuridico con la realtà, che conosce e legittima da lungo tempo il mercato dei dati personali, si rivelerebbe drammatico”; in proposito v. *infra*, par. 5.

²⁶⁶ Cfr., in particolare, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 94 ss., 161 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 431 ss.; A. METZGER, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 5; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 113; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 98 ss.

²⁶⁷ Cfr. Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 12, p. 1778 ss., con nota di F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*; in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 3, p. 301, con nota di A. VIGENTINI, *"Newsletter" pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato*; in *Cyberspazio e diritto*, 2018, 3, p. 421 ss., con nota di L. FALCIAI, *Il consenso dell’interessato come condizione per l’offerta di un servizio: la sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018*; in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 3, p. 533 ss., con nota di S. THOBANI, *Operazioni di "tying" e libertà del consenso*.

A questo punto, se così è, occorre stabilire a quali condizioni debba ritenersi che il descritto fenomeno del *tying* non violi il requisito di libertà del consenso al trattamento e dunque risulti ammesso.

A tale compito sembra doversi attendere assumendo quali stelle polari i rischi specifici posti dal condizionamento *de quo* rispetto alla libertà del consenso al trattamento e che minano quegli interessi la cui tutela pare concretizzare la *ratio* sottostante alla disposizione in esame, i quali sembrano potersi ravvisare essenzialmente, per un verso, nello squilibrio tra le parti coinvolte e, per altro verso, in un *vulnus* alla consapevolezza dell'interessato²⁶⁸.

In relazione al primo aspetto, si è tentato di delineare un criterio riguardante il tipo di bene o servizio la cui prestazione viene subordinata al consenso al trattamento dei dati personali. In particolare, si è da più parti ritenuto che la libertà del consenso dovesse escludersi laddove tale bene o servizio fosse da considerarsi “essenziale” per l'individuo²⁶⁹, mentre altri hanno ritenuto preferibile individuare un requisito più ampio, reputando a tal fine sufficiente la difficoltà (o l'impossibilità) di procurarsi quel bene o

²⁶⁸ Cfr. in proposito la persuasiva analisi di S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 164 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

²⁶⁹ Cfr. A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., II, p. 172; AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati*, 2018, p. 161 ss. Tali sarebbero, ad esempio, la retribuzione lavorativa (cfr. GARANTE PRIVACY, provv. 28 ottobre 1999, *Il consenso parziale del dipendente*, disponibile in www.garanteprivacy.it) e i servizi bancari e sanitari (cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 166 s.).

Scettico verso un simile criterio si mostra G. COMANDÈ, Sub *artt. 11-12*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, Padova, 1999, p. 149 ss., il quale afferma che una situazione in cui l'interessato si trova in realtà costretto o necessitato a fornire le informazioni richieste e ad acconsentire alla loro circolazione e utilizzazione, con seri dubbi per il requisito di libertà del consenso, sussiste non solo quando il *tying* riguardi la fruizione di servizi essenziali, o ritenuti tali, ma già l'esempio della comunicazione commerciale, che lega “la possibilità di una favolosa vincita” all'autorizzazione all'uso delle informazioni personali ed al profilo che ne deriva, potrebbe essere sufficiente.

servizio a condizioni alternative, quale il pagamento di una (congrua) somma di denaro, e in tal modo forgiando il criterio della “infungibilità”²⁷⁰.

Quanto al secondo profilo, si è guardato alle modalità della richiesta del consenso, nel senso di doverne ritenere esclusa la libertà ove lo stesso sia raccolto con modalità atte a provocare indebiti condizionamenti o perturbamenti della capacità di autodeterminazione dell’interessato²⁷¹, oppure laddove una piena consapevolezza e una serena ponderazione della scelta rischino di essere compromesse in ragione della pervasività delle tecnologie adoperate, di un’accentuata discrasia tra la semplicità delle azioni necessarie ad accordarlo e la complessità di quelle volte a negarlo o, ancora, della prospettazione dell’utilità erogata in termini di “gratuità” senza adeguata rappresentazione dell’esistenza del “costo” rappresentato, appunto, dal consenso al trattamento²⁷².

²⁷⁰ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., ha fatto riferimento ai casi in cui la “prestazione offerta (...) sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l’interessato”. V. inoltre S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 167 (nt. 124 anche sulla possibile superfluità del secondo termine indicato dalla Suprema Corte), la quale osserva come ne deriverebbe la libertà del consenso prestato per ottenere in cambio una somma di denaro, essendo questo “bene sommamente fungibile”. In tal senso v. già ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, 9 aprile 2014, p. 47: “*In the context where consumers signing up for ‘free’ online services actually ‘pay for’ these services by allowing the use of their personal data, it would also contribute towards a favourable assessment of the balance – or towards the finding that the consumer had a genuine freedom of choice, and therefore valid consent was provided under Article 7(a) – if the controller also offered an alternative version of its services, in which ‘personal data’ were not used for marketing purposes*; in pratica si fa riferimento ai cc.dd. “*active choice models*”, su cui P. HACKER, B. PETKOVA, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and the New Regulatory Frontiers*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2017, 1, p. 20 ss. Tuttavia in senso contrario alla validità di una simile soluzione v. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, cit., p. 10.

²⁷¹ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., “[a]ll’intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento”. In tal senso anche S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 168, secondo cui utili spunti potrebbero trarsi dall’elenco delle pratiche commerciali aggressive di cui all’art. 26 cod. cons.

²⁷² Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 168 ss.

A tale ultimo riguardo, giova porre mente alle considerazioni operate dal recentissimo arresto del Consiglio di Stato²⁷³, che ha confermato la sentenza del T.A.R. Lazio²⁷⁴ concernente il provvedimento con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) aveva inflitto pesanti sanzioni a *Facebook* per pratiche commerciali scorrette²⁷⁵. Tale era stata ritenuta, per l’appunto, l’indicazione dell’espressione “È gratis e lo sarà per sempre” che compariva sulla *home page* del *social*, accanto all’invito ad iscriversi alla piattaforma; ciò in quanto, pur non richiedendosi, a tal fine, il pagamento di una somma di denaro, veniva posta quale condizione la prestazione del consenso dell’utente al trattamento dei propri dati personali per finalità non strettamente inerenti alla fornitura del servizio, bensì per scopi aventi natura commerciali da parte della società fornitrice.

Comunque, accanto a quelli poc’anzi indicati, sono stati individuati anche altri possibili parametri di valutazione, tra cui merita sottolineare soprattutto le condizioni della concorrenza nel settore, la funzione professionale o meno del bene o del servizio e la relativa strumentalità rispetto all’esercizio di diritti fondamentali²⁷⁶.

Pertanto, può ribadirsi come il fenomeno del *tying*, tipico delle operazioni oggetto di analisi, non debba considerarsi precluso *in toto* dall’art. 7, par. 4, GDPR, potendo viceversa ritenersi compatibile con il requisito di

²⁷³ Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, in www.dirittodiinternet.it, con nota di G. CASSANO, *Si può fare commercio di dati personali?*, 6 aprile 2021; sul punto v. altresì le considerazioni a caldo del Componente del Garante per la protezione dei dati personali G. Scorza (*Si può fare commercio di dati personali? Scorza: "Consiglio di Stato bocchia ricorso Facebook, ecco le questioni aperte"*, in *Agenda Digitale*, 30 marzo 2021).

²⁷⁴ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Diritto di Internet*, 2020, 3, p. 535 ss., con nota di F. BRAVO, *La «compravendita» di dati personali?*, cit.; v. pure G. D’IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2020, 3, p. 634 ss. In proposito si veda, altresì, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 261, *ivi*.

²⁷⁵ Si veda G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2017, 2, p. 418 ss.

²⁷⁶ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 432 (anche per ulteriori riferimenti).

libertà del consenso al trattamento in virtù di una valutazione casistica, svolta prendendo in esame le particolari circostanze che caratterizzano la specifica fattispecie concreta, sulla base dei criteri che si sono poc'anzi individuati²⁷⁷.

3. Inclusione delle fattispecie “servizi contro dati” nell’ambito di applicazione dei recenti strumenti normativi europei e qualificazione in termini contrattuali

Negativamente risolta la questione relativa alla possibilità di ritenere che i recenti interventi normativi eurounitari a tutela dei consumatori operati con la Direttiva (UE) 2019/770 e con la Direttiva (UE) 2019/2161 abbiano implicato il riconoscimento dell’ammissibilità, sul piano della protezione dei dati personali, della pratica commerciale volta a condizionare la fornitura di beni o servizi alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali per finalità ad essa ultronee, occorre ora interrogarsi su se le dette fonti implicino una qualificazione in termini contrattuali di tali fattispecie, ed eventualmente di contratto a prestazioni corrispettive.

A tal proposito bisogna partire dalla constatazione che sia l’art. 3, par. 1, DCD, che l’art. 3, par. 1-bis CRD, introdotto dalla Direttiva (UE) 2019/2161, si riferiscono alle situazioni in cui il consumatore fornisce dati personali evitando di adoperare direttamente il termine “contratto”, ricorrendo piuttosto a sfumate perifrasi²⁷⁸. Tale elemento non può

²⁷⁷ Può qui soltanto accennarsi come della legittimità del *tying* possa dubitarsi anche sotto punti di vista diversi da quello attinente alla protezione dei dati personali fin qui considerato, come quello della buona fede precontrattuale (in tema v. P. GAGGERO, *Il trattamento dei dati personali nel settore bancario. Brevi note*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1998, p. 342, con specifico riguardo al rapporto tra banca e cliente) e quello della tutela avverso le clausole vessatorie (in tema v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 197 s., anche per più specifici ragguagli).

²⁷⁸ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati*

considerarsi casuale ma merita sicuramente di essere valorizzato alla stregua di una scelta effettivamente voluta e consapevole da parte del legislatore europeo, non solo perché gli atti in questione configurano strumenti legislativi volti a disciplinare, appunto, i contratti dei consumatori e perché, *a contrario*, il termine *de quo* viene invece espressamente utilizzato in relazione alle ipotesi in cui il consumatore paga un prezzo, ma anche, e soprattutto, alla luce dell'evoluzione che il testo di detti atti ha *in parte qua* subito nel corso dei rispettivi procedimenti legislativi e per contrasto con le relative versioni originarie oggetto delle Proposte presentate dalla Commissione²⁷⁹.

Cionondimeno, tale termine viene ancora esplicitamente – e ripetutamente – adoperato in riferimento alle ipotesi in questione in altri luoghi dei testi in esame, segnatamente al cons. 24 DCD, ove viene affermato che la direttiva dovrebbe applicarsi ai “contratti” in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e “in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali” all'operatore economico, nonché, variamente ma in modo analogo, ai cons. 31-33 della Direttiva 2019/2161.

Inoltre, a una lettura fugace, sembrano potersi rintracciare, in specie nell'ambito della DCD, anche diversi altri elementi da cui parrebbe emergere una qualificazione delle fattispecie in discorso in senso contrattuale.

Così, talune disposizioni utilizzano, letteralmente, il termine “contratto” (il più delle volte declinato al plurale) riferendosi indiscriminatamente a tutte le situazioni ricomprese nell'ambito di

personali, in *Giustizia civile*, 2019, 3, p. 505; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 174.

²⁷⁹ Quanto alla Proposta DCD (su cui, in senso critico rispetto a tale profilo, sebbene in una diversa prospettiva, v. *IAB Europe position*, cit., p. 3 s. e BDI, *Stellungnahme*, cit., p. 4) ci si può limitare a rinviare a quanto più approfonditamente esposto *supra* nel Cap. I par. 3.1.

Quanto alla CRD, la Proposta di Direttiva (UE) 2161/2019 (art. 2, par. 1, lett. d) conteneva definizioni (da introdurre all'art. 2 CRD) di “contratto per la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale” (n. 16) e di “contratto per servizi digitali” (n. 18), nelle quali venivano ricompresi “i contratti in base ai quali il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista”.

applicazione senza distinzioni, e dunque, indirettamente anche – e, in alcuni casi, soprattutto – a quelle in cui il consumatore non paga un prezzo bensì fornisce dati personali. In questo senso possono individuarsi i cons. 37-40 e 48 DCD, là dove chiariscono l'applicabilità del quadro giuridico di *data protection* ai “contratti” disciplinati dalla direttiva; l'art. 25 DCD, che riferisce la clausola di revisione ai “contratti” – di fornitura di contenuto o servizi digitali – diversi da “quelli” già contemplati²⁸⁰; nonché, in generale, tutte quelle disposizioni che utilizzano tale termine e che riguardano parimenti i casi in cui il consumatore paga un prezzo o fornisce dati personali²⁸¹.

Altre disposizioni, invece, inducono tale impressione sembrando suggerire che l'esistenza di una relazione contrattuale tra il consumatore e il fornitore venga presupposta quale circostanza essenziale ai fini della delimitazione del perimetro dell'ambito di applicazione. Tra queste vanno ascritti il cons. 25 DCD, che sancisce l'inapplicabilità della direttiva ove l'operatore economico raccolga solo metadati a meno che tale situazione “sia considerata come un contratto dal diritto nazionale” – disposizione che, peraltro, potrebbe anche indurre al ragionamento per cui se una tale qualificazione viene ritenuta dubbia ove siano raccolti solo “metadati”, viceversa essa sarebbe per ciò stesso implicitamente data per scontata ove ad essere raccolti siano “dati” veri e propri – e ove il consumatore sia esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti o al servizio digitale “senza avere concluso un contratto con l'operatore economico”²⁸²; e, prima ancora, il cons. 18 DCD, il quale, ribadito che la direttiva debba trovare applicazione ai “contratti” in cui l'operatore

²⁸⁰ Su tali disposizioni si fa rinvio *supra*, al Cap. I, par. 4.

²⁸¹ Ad esempio, e limitandoci soltanto a occorrenze relative all'articolato, si vedano gli artt. 5, 7, 8 (par. 5 e 6), 10-19 DCD.

²⁸² Per simili previsioni v. già Cons., *Orientamento generale*, cit., nel considerando corrispondente all'art. 3, nonché Cons., *Testo di compromesso*, doc. del 8 maggio 2017, n. 8800/17, cit.

economico fornisce contenuto o servizi digitali al consumatore, precisa che i fornitori di piattaforme potrebbero essere considerati operatori economici a tale stregua se agiscono (oltre che per finalità che rientrano nel quadro delle loro attività) “in quanto partner contrattuali diretti del consumatore per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali”²⁸³.

Tuttavia, sempre dal dato testuale della Direttiva (UE) 2019/770 possono altrettanto agevolmente desumersi altri indici che, in una direzione diversa, mostrano un disinteresse da parte del legislatore europeo rispetto ai problemi relativi alle qualificazioni formali concernenti i contratti in essa disciplinati.

In questo senso si pone, innanzitutto, l’art. 3, par. 10, DCD, il quale precisa che la direttiva non incide sugli aspetti del “diritto generale dei contratti” che non sono da essa disciplinati²⁸⁴, quali la formazione, la validità, la nullità, l’efficacia, le conseguenze della risoluzione (ulteriori rispetto a quelle specificamente previste) e il diritto al risarcimento, facendo salvi, rispetto ad essi, i diritti nazionali²⁸⁵. Similmente dispone anche la chiosa del cons. 24 DCD, il quale – dopo aver parlato, come si è poc’anzi detto, di “contratti” in riferimento alle ipotesi in cui il consumatore fornisce dati personali – si affretta a svolgere analoghe precisazioni, facendo all’uopo menzione anche della questione relativa alla “esistenza” del contratto;

²⁸³ V. *supra*, Cap. I, par. 4.

²⁸⁴ La norma è da correlare con l’art. 1 DCD, il quale chiarisce che gli aspetti disciplinati dalla direttiva sono limitati ai requisiti di conformità, ai rimedi per la mancata fornitura o per difetti di conformità e alla modifica del contenuto o servizio digitale. Per un commento v. R. SCHULZE, *Article 1. Subject matter and purpose. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 32 ss.

²⁸⁵ In tema cfr. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 18; D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., p. 57 ss.; K. SEIN, G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 3, p. 257 ss.; T. ARROYO VENDRELL, *La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la triplicación de los contratos de suministro de contenido digital: Un nuevo derecho de los contratos del derecho electrónico*, in *El mercado digital en la Unión Europea*, a cura di P. Castanos Castro, J.A. Castillo Parrilla, Madrid, 2019, p. 263 ss. Sui pro e i contro di un simile approccio, con riferimento alla versione oggetto della Proposta della Commissione, cfr. V. MAK, *op. cit.*, p. 12 s.

nonché, soprattutto, il cons. 12 DCD, il quale aggiunge tra gli anzidetti aspetti quello della “liceità del contenuto digitale o del servizio digitale” e chiarisce che la direttiva non definisce la “natura giuridica” dei contratti per la fornitura di contenuto o servizi digitali, spettando al diritto nazionale determinare “se tali contratti costituiscono, ad esempio, un contratto di vendita, di servizio, di noleggio o un contratto sui generis”²⁸⁶.

Se simili disposizioni vorrebbero dissuadere dall’idea che dalla normativa contenuta nella direttiva sia lecito desumere spunti ricostruttivi in materia contrattuale al di fuori dello stretto ambito degli aspetti alla cui disciplina essa è specificamente votata, tuttavia non può sottacersi come le stesse, ad una lettura meramente letterale, sembrerebbero potersi prestare, in una prospettiva addirittura opposta, a testimoniare un riconoscimento della qualifica contrattuale delle ipotesi di fornitura di contenuti o servizi digitali ad essa assoggettate, poiché, proprio nel rimettere al diritto nazionale la definizione della disciplina e della natura di tali “contratti”, non mette in dubbio che appunto di ciò si tratti.

Un ragionamento siffatto, però, è destinato a perdere persuasività già ove le disposizioni in esame vengano poste in relazione al principio di proporzionalità – enunciato dall’art. 5 TUE e richiamato, nel contesto della DCD, dal cons. 86 –, il quale impone di interpretare la portata della direttiva come limitata a quanto necessario per conseguire gli obiettivi che essa si propone – “segnatamente contribuire al funzionamento del mercato interno affrontando in modo coerente taluni ostacoli inerenti al diritto contrattuale per la fornitura di contenuto digitale o servizi digitali, evitando al tempo stesso la frammentazione giuridica” –, e appare chiaro che se tale deve considerarsi l’assoggettamento delle fattispecie in questione ad una certa regolazione giuridica volta ad assicurare ai consumatori determinati *standard* di tutela

²⁸⁶ Per precisazioni analoghe in merito ad altri aspetti si vedano anche i cons. 33, 34 e 58 DCD.

indipendentemente da se paghino un prezzo o se forniscano dati personali²⁸⁷, lo stesso non può dirsi di una qualificazione dogmatica delle fattispecie medesime.

Inoltre, nella stessa direzione paiono militare talune disposizioni che sembrano suggerire un diffuso utilizzo del termine “contratto”, nell’ambito della DCD, in un senso non strettamente tecnico e significativo dal punto di vista qualificatorio. Un esempio in tal senso è offerto dal cons. 16 DCD, il quale rammenta che gli Stati membri mantengono la facoltà di estendere l’applicazione delle norme della direttiva o di disciplinare in altro modo i “contratti esclusi” dal relativo ambito di applicazione, rispetto ai quali, proprio per tale circostanza, non vi sono dubbi che per il legislatore europeo una qualificazione in tal senso debba ritenersi del tutto indifferente e dunque esulante dalla portata da attribuire alla disposizione. Lo stesso può dirsi per l’art. 3, par. 5, DCD, anch’esso attestante un utilizzo del termine *de quo* in riferimento a situazioni dichiaratamente estranee al campo applicativo della direttiva.

Del resto, a ben guardare, pure le stesse disposizioni che paiono indirettamente suggerire una considerazione in termini di “contratto” di ogni situazione ricompresa nell’applicabilità della direttiva, nel senso prima indicato, sembrano adoperare tale lemma in un senso ampio e generico, volto più che altro ad evocare quelle operazioni involgenti, su un piano economico-sociale, la fornitura di contenuti o servizi digitali da un operatore economico a un consumatore nel quadro di una relazione giuridicamente vincolante, e ciò essenzialmente in considerazione della vasta gamma di specifiche declinazioni che il concetto *de quo* è tale da assumere nei diversi sistemi ordinamentali²⁸⁸. E infatti, quanto al cons. 18 DCD, ciò che realmente

²⁸⁷ Esigenza fortemente sottolineata fin dalla Proposta della Commissione ai cons. 13 e 14 – e già prima dal cons. 18 CESL – e ora dal cons. 24 DCD (v. ampiamente *supra*, Cap. I, par. 1, 2 e 4).

²⁸⁸ Per una panoramica è sempre utile confrontare K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 2011, p. 1 ss. Interessanti spunti comparatistici in relazione

interessa al legislatore europeo sembra essere l'esistenza di una relazione giuridica diretta tra operatore economico e consumatore, che non può ritenersi scontata proprio in ragione delle peculiari caratteristiche delle piattaforme stesse. Rispetto al cons. 25 DCD, poi, quanto ipotizzato sembra testimoniato dalla circostanza che, in entrambe le ipotesi contemplate, la preoccupazione relativa all'esistenza di un "contratto" sembra dipendere essenzialmente da temute incertezze in ordine alla possibilità di ritenere sussistente un'ideonea "consideration" – eventualmente ravvisabile, rispettivamente, nei metadati o nell'esposizione del consumatore a comunicazioni pubblicitarie –, circostanza, però, che nei sistemi di *civil law* non è indefettibile ai fini di una qualificazione in senso contrattuale di simili operazioni, ben potendo configurarsi contratti a titolo gratuito²⁸⁹. E tuttavia, pure deve notarsi come il menzionato art. 3, par. 5, DCD, in particolare alla lett. *f*, parli di "contratti" anche in riferimento alle situazioni in cui l'operatore economico, offrendo *software* sulla base di una licenza libera e aperta, non consegua dal consumatore un prezzo ma solo dati personali trattati esclusivamente al fine di migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del *software* specifico, e dunque a ipotesi nelle quali non risulta ravvisabile alcun corrispettivo, atteso che a una tale fornitura dei dati non sembra potersi in

alla figura contrattuale sono puntualmente offerti anche in H. KOTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2017, *passim*, nonché in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 249 ss.

²⁸⁹ Cfr. R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 275; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 140; ID., *Dati personali e contratto tra Reg. (Ue) 2016/679 e Dir. 2019/770/Ue*, cit., p. 277.

Osservano come l'importante regola sull'inclusione delle fattispecie involgenti la fornitura di dati personali concerna il sottostante concetto di contratto nel diritto europeo dei contratti, nel senso di poter avere indirettamente effetto su come la conclusione del contratto sia intesa (in particolare se la controprestazione sia considerata un requisito necessario per la conclusione del contratto) R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *op. cit.*, p. 18, ove si fa rinvio a R. SCHULZE, *Supply of Digital Content*, cit., p. 140 s.

Per un approfondimento sulla figura del "contract" può rinviarsi a G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001; *Il contratto nel Common Law inglese*, a cura di G. Alpa, R. Delfino, Padova, 2005.

alcun modo ricondurre, nemmeno su un piano meramente economico, una funzione remunerativa²⁹⁰.

Ciò pare offrire un'ulteriore conferma della propensione a un utilizzo chiaramente atecnico e perciò impreciso del termine nella *littera* della DCD, che consiglia di assumere un atteggiamento di massima cautela rispetto alla possibilità di desumere da essa qualificazioni formali, indici ricostruttivi o implicazioni sistematiche con riguardo all'inquadramento dogmatico e teorico-generale delle situazioni ivi regolate e considerate essenzialmente in virtù della loro funzione economico-sociale, non potendosi peraltro obliare che l'operazione di qualificazione delle fattispecie non compete al legislatore, bensì all'interprete, il quale può e deve discostarsi anche da eventuali etichette o formule legislative là dove non in linea con l'effettiva sostanza caratterizzante lo statuto disciplinare desumibile tramite l'interpretazione²⁹¹.

Pertanto, alla luce delle articolate considerazioni svolte, per quanto a prima vista potrebbe forse apparire scontato, non sembra invece potersi ritenere che la DCD postuli una qualificazione in senso contrattuale, e in specie di contratto sinallagmatico, delle fattispecie di fornitura di contenuti o servizi digitali a fronte di dati personali, lasciando sul punto campo aperto ai diritti nazionali²⁹².

²⁹⁰ In una tale direzione v. quanto rilevato in proposito dell'art. 3, par. 4 Prop. DCD, *supra*, Cap. I, par. 3.2.

²⁹¹ Sul valore delle definizioni legislative cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 227 ss.; A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, V, Torino, p. 149 ss.; M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004; S. LANDINI, *Il ruolo delle definizioni legislative nell'interpretazione del diritto civile*, in *Diritto privato 2001-2002, VII-VIII, L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 305 ss. (ivi ulteriori riferimenti).

²⁹² In tal senso v. pure A. METZGER, *A Market Model for Personal Data*, cit., p. 33.

4. Il dogma dell'indisponibilità dei cc.dd. diritti della personalità come possibile ostacolo alla contrattualizzazione dei dati personali

Essendosi dovuto escludere – all'esito dell'analisi svolta nel paragrafo appena concluso – che le recenti Direttive europee disciplinanti la fornitura di contenuti o servizi digitali abbiano importato il riconoscimento di una natura contrattuale in senso tecnico delle ipotesi in cui il consumatore, a fronte di essa, “fornisce, o si impegna a fornire” dati personali, si rende necessario procedere all'inquadramento e alla sistemazione delle stesse – e più in generale delle fattispecie involgenti la prestazione di beni o servizi a fronte dell'accesso a dati personali – attraverso le tecniche e gli strumenti propri del procedimento di interpretazione e qualificazione e alla luce di tutti gli elementi offerti dal complesso, ma unitario, ordinamento giuridico²⁹³.

Un'indagine come quella prospettata non può che muovere da quello che rappresenta l'assioma di fondo, tradizionalmente affermato e costantemente ribadito da ampia parte della dottrina, che ha storicamente condizionato la riflessione intorno ai cc.dd. attributi immateriali della personalità, tra cui vanno senz'altro annoverati anche i dati personali²⁹⁴, precludendo l'accesso in tale campo – nonostante le istanze in direzione diametralmente opposta provenienti dalla realtà sociale, specie sulla spinta

²⁹³ Sull'operazione di interpretazione e qualificazione come procedimento unitario si vedano, in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 612 ss.; ID., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 17 ss.

Sull'unitarietà e complessità dell'ordinamento giuridico v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 159 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 188 ss.

²⁹⁴ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 545 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 1 ss.; M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali e autodeterminazione della persona*, cit., p. 9 ss.

dell'evoluzione tecnologica, che, come si è visto, ha comportato un incremento esponenziale delle possibilità di un loro sfruttamento in senso economico – da parte dell'autonomia “privata” (*recte*, negoziale)²⁹⁵ e, quindi, del suo strumento principe, il contratto: il dogma della “indisponibilità” dei cc.dd. diritti della personalità²⁹⁶.

L'affermazione di un tale postulato è stata generalmente fondata sulla considerazione della “stretta inerenza” alla persona di tali diritti, dovuta alla loro stessa natura, e precisamente della conseguente impossibilità di separare, in quanto coincidenti, l'oggetto del diritto dalla persona del soggetto titolare²⁹⁷. In tal modo, invero, non sarebbe stato possibile configurare un trasferimento di tali diritti dal soggetto cui si riferiscono ad un altro,

²⁹⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 314 ss.; P. PERLINGIERI, C. DONISI, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2017, p. 443 ss., 450 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1999, p. 17 s.

²⁹⁶ Sui cc.dd. diritti della personalità si vedano, almeno, V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 430 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1991, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, Milano, 1982; G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959; E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1965; P. VERCELLONE, *Personalità (Diritti della)*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1965, p. 1083 ss.; A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza. Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Milano, 2002; G. COMANDÉ, *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003; L. LONARDO, *Diritti della personalità*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 175 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, II, Torino, 2014; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 139 ss. Sottolinea come la personalità sia un valore unitario, in specie “il valore fondante dell'ordinamento”, il quale “è alla base di una serie aperta di situazioni esistenziali, nelle quali si traduce la sua incessantemente mutevole esigenza di tutela” P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 720; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*.

²⁹⁷ Cfr. M. FERRARA SANTAMARIA, *Persona (diritti della)*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1939, vol. IX, p. 914; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 91 ss.; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV, Milano, 2011, p. 136. In tema v. altresì L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008.

implicando l'impossibilità giuridica dell'oggetto, con conseguente nullità, di un eventuale atto di disposizione di tali diritti²⁹⁸.

In questo modo, il consenso all'utilizzo, allo sfruttamento, da parte di terzi di attributi immateriali della propria personalità, quale è anche il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali, non poteva riconoscersi né natura contrattuale²⁹⁹, né attitudine a essere dedotto in contratto, cosicché l'affermato carattere dell'indisponibilità si traduceva nell'idea per cui gli attributi della personalità non fossero in alcun modo suscettibili di costituire il riferimento oggettivo di un contratto. A detto consenso, piuttosto, poteva riconoscersi, al più, natura di consenso dell'avente diritto, con valenza meramente autorizzatoria, volta alla rimozione del dovere generale di astensione e dunque tale da scriminare le interferenze da parte di terzi altrimenti illecite e quindi produttive di responsabilità³⁰⁰.

Così, al fine di superare siffatti ostacoli, la dottrina, muovendosi sul terreno della teoria dei beni, si è largamente profusa in variegati tentativi di identificare, quale oggetto dei diritti della personalità, un'entità concettualmente distinta dalla persona del titolare, benché ad essa strettamente connessa, individuata volta per volta in un attributo esteriore della stessa, quali il nome, l'immagine, i dati personali, ciascuno oggettivantesi in un autonomo bene giuridico immateriale, giungendo per tale via a eterogenee configurazioni accomunate dal fondamento della cd.

²⁹⁸ Cfr. F. REALMONTE, A. MAGRÌ, *Indisponibilità*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, III, Milano, 1999, p. 688 s., secondo cui, configurandosi nel caso dei diritti della personalità un'ipotesi di "indisponibilità oggettiva 'totale'", la conseguenza in relazione al negozio eventualmente compiuto sarebbe quella della "nullità assoluta per impossibilità dell'oggetto".

²⁹⁹ Cfr. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 137.

³⁰⁰ In generale, circa la possibilità di riconoscere a detto consenso efficacia scriminante in relazione a diritti indisponibili nel diritto civile, cfr., con opinioni diverse, P. VERCELLONE, *Personalità*, cit., p. 1087; A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 137 ss. Sulla natura di siffatto consenso cfr. altresì G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 434.

“reificazione” o “*commodification*” dei diritti della personalità. In questo modo poteva agevolmente sostenersi, sulla falsariga di un modo di argomentare propiziato dai coevi sviluppi nel campo del diritto industriale, che l’oggetto dell’atto di disposizione, e dunque del trasferimento, non era rappresentato dal diritto della personalità in quanto tale, bensì soltanto dalla relativa componente patrimoniale o da sue autonome estrinsecazioni³⁰¹.

Appare evidente come simili modi di ragionare costituiscano retaggio della dominanza di modelli concettuali di stampo dominicale, improntati alla logica dell’appartenenza, sul cui calco la categoria dei diritti della personalità aveva trovato la propria concettualizzazione ed elaborazione col giusnaturalismo inglese e di cui aveva mantenuto gli essenziali contorni assolutistici nella propria evoluzione attraverso, dapprima, l’impostazione illuministica francese del ‘700 e, poi, quella tedesca ottocentesca³⁰².

³⁰¹ V., ad es., con riguardo all’immagine, P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, p. 37 ss.; con riguardo al nome, M. MORELLI, *Professione: testimonial pubblicitario*, in *Il diritto di autore*, 2000, p. 528 s.; con riguardo ai dati personali, E. GIANNANTONIO, *Sub art. 1*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, Padova, 1999, 6; G. COMANDÉ, *Sub art. 11 e art. 12*, *ivi*, p. 149; F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giustizia civile*, 2002, 4, p. 175 ss.; V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Milano, 1999, p. 121; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, *ivi*, p. 168 s.; ID., *Personalità*, *cit.*, p. 436 s., P. MANES, *op. cit.*, p. 30 ss.; L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, p. 563 ss.; in tema si vedano altresì le considerazioni di A. BELLIZZI, *Considerazioni sull’oggettività giuridica dei «dati personali»*, in *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 71 ss. Correlato a tale questione è il tema dell’informazione intesa come bene giuridico, su cui cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *cit.*, p. 906 s.; ID., *L’informazione come bene giuridico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, *cit.*, p. 333 ss.; S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Il diritto dell’informazione dell’informatica*, 1987, p. 445 ss.

³⁰² Per tale evoluzione cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1039 ss.; G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in ID., *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985, p. 253 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, *cit.*, *passim*; D. MESSINETTI, *Personalità*, *cit.*, p. 357 ss.; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 428 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all’utilizzazione del nome e dell’immagine delle persone celebri*, in *Il diritto dell’informazione dell’informatica*, 1988, p. 20 ss.

Nell'ambito di siffatti modelli, invero, il potere di disposizione del diritto si inverte essenzialmente nella facoltà di trasferimento dello stesso e quindi in un mutamento della relativa titolarità, così finendo per prospettarsi l'equazione "disponibilità = trasferibilità"³⁰³. Ne deriva, dunque, una nozione di disponibilità tale da presupporre necessariamente, quale elemento indefettibile, la possibilità di configurare un oggetto del diritto separato dal soggetto e quindi suscettibile di essere trasferito, e pertanto imprevedibile in riferimento a quei diritti nei quali l'oggetto sia strettamente inerente alla persona del titolare³⁰⁴.

In un tale quadro possono allora trovare agevolmente spiegazione, ad un tempo, l'affermazione del carattere indisponibile dei diritti della personalità, nella concezione per cui essi siano caratterizzati dalla immanente coincidenza tra soggetto e oggetto³⁰⁵ e i conseguenti sforzi tesi ad enucleare quest'ultimo, viceversa, in un *quid* che fosse dal primo separabile e allo stesso legato da una relazione di appartenenza. Invero, non sfugge come un simile modo di procedere continui ad assecondare l'idea di fondo per cui il riconoscimento della disponibilità di un diritto ne postuli indefettibilmente la trasferibilità a terzi.

³⁰³ Cfr. L. MENGONI, F. REALMONTE, *Disposizione. I) Atto di disposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss., per i quali sono negozi di disposizione soltanto quelli "immediatamente traslativi (o costitutivi), cioè i contratti con efficacia reale nel senso dell'art. 1376 e i contratti traslativi (o costitutivi) reali"; v. pure A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 136.

³⁰⁴ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p. 85; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in ID., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 13.

³⁰⁵ A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 136, muovendo proprio dall'impossibilità di una separazione tra soggetto e oggetto nell'ambito dei diritti della personalità, sostiene che "[l]'idea del potere di disposizione, in quanto mutuato *tout court* dall'ambito dei diritti reali, suggerisce invece una facoltà di separazione dell'oggetto del diritto dal soggetto che ne è titolare (semanticamente *dis-porre* indica porre qualcosa, dal compendio in cui si trova, in un altro compendio), la quale sembra incompatibile già sul piano logico col concetto dei diritti della persona"; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 93 ss. ricollega l'indisponibilità dei diritti della personalità all'impossibilità di mutare soggetto in ragione della natura del proprio oggetto.

Inoltre, non sembra peregrino addebitare le riferite conclusioni in ordine al problema della (in)disponibilità dei diritti della personalità anche, collateralmente, al contributo giocato dalla diffusa commistione tra questi e i cc.dd. diritti fondamentali³⁰⁶.

Tuttavia, una concezione come quella descritta, proprio nello scontare un fortissimo condizionamento ad opera delle logiche assolutistiche di matrice dominicale che hanno storicamente pervaso la categoria in questione, non tiene conto di alcune circostanze che devono invece ritenersi fondamentali. Per un verso, infatti, è noto che il potere di disposizione, pur assumendo una rilevanza particolare nell'ambito dei diritti reali, può nondimeno riferirsi a ogni situazione soggettiva attiva. Per altro verso, al fine di poter ammettere una qualche forma di "contrattualizzazione" in relazione agli attributi immateriali della personalità, di modo che gli stessi possano assurgere a punto di incidenza oggettiva di atti di autonomia negoziale, non risulta in realtà porsi come condizione effettivamente necessaria la possibilità di configurare un trasferimento, e dunque neppure quella di individuare un oggetto esterno alla persona del titolare suscettibile di essere trasferito³⁰⁷, potendo invero concepirsi anche forme e modalità di disposizione diverse da quelle che involgono il trasferimento di un diritto. Infatti, si può agevolmente ipotizzare, in particolare, un negozio implicante l'assunzione di un'obbligazione concernente una certa prestazione relativa all'attributo della personalità, la quale può avere, ad esempio, un contenuto di *facere*, come quello di fornire propri dati personali, di *non facere*, come nel caso della concessione di un'esclusiva sulle proprie estrinsecazioni immateriali, o di

³⁰⁶ Condivisibili appaiono le osservazioni di S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 50. Su tale commistione cfr. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 801 ss.; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia. I*, Torino, 2019, p. 158 ss.

³⁰⁷ Per A. FICI, E. PELLECCIA, *op. cit.*, p. 505 ss. "non è necessario sostenere l'avvenuta reificazione dei dati personali [...] per «legittimare» il mercato delle informazioni".

mero *patis*, laddove l'interessato ne autorizzi l'utilizzazione da parte di terzi³⁰⁸. Nella stessa prospettiva si pone chi indica l'oggetto della disposizione non nel diritto della personalità in sé quanto nel relativo esercizio³⁰⁹.

A conforto di simili riflessioni può porsi mente all'analogo fenomeno sviluppatosi in relazione al contratto di lavoro subordinato, là dove, se dapprima, proprio al fine di evitare di dover considerare la persona stessa come oggetto del contratto, si era affermata una concezione volta a configurare l'energia lavorativa quale bene autonomo, scindibile dalla persona del lavoratore e suscettibile di trasferimento al datore di lavoro, questa nondimeno è stata poi superata in favore dell'idea per cui l'oggetto del contratto è costituito, indipendentemente da logiche traslative, dalla promessa di lavoro e quindi dalla prestazione di *facere* del lavoratore³¹⁰.

³⁰⁸ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 62 ss.; per V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., p. 574 "l'oggetto del negozio" può individuarsi "nella prestazione più che nell'attributo"; lo stesso a. (p. 592 ss.) osserva come i negozi sugli attributi della personalità possano inserirsi in tre diverse prospettive: "una prima, «realista» che assuma a modello i negozi attributivi, traslativi o concessivi di situazioni reali; una secondo «obbligatoria» che consideri tali negozi meramente costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni obbligatorie; una terza, infine, «industrialista» che attinga alla ricca esperienza negoziale in temi di c.d. beni immateriali"; in analogo ordine di idee cfr. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 137 evidenzia che "[d]al punto di vista del contenuto, l'atto può presentarsi astrattamente secondo diverse tipologie, come atto di disposizione nel significato di alienazione di un diritto o di rinuncia ad esso, ma anche come pura manifestazione di consenso a una invasione non permanente della sfera personale senza abdicazione dal diritto"; F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in *Il trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, II, Torino, 1999, p. 89, il quale sottolinea come l'atto di disposizione consista nello "ammettere altri nella sfera giuridica del disponente e non certo quello di trasferire consensualmente al titolare del trattamento diritti sul dato raccolto, in ossequio ad un modello rigidamente proprietario".

³⁰⁹ Per G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in ID., *Persona e formalismo giuridico*, cit., p. 350, posto che "[i]l diritto della personalità (a differenza degli altri diritti soggettivi assoluti, che abbiano per oggetto beni di natura patrimoniale) vede caratterizzato il proprio contenuto non già dall'esclusività del *godimento* e della *disposizione* (...) ma soprattutto dall'esclusività del *godimento* (...) il titolare del diritto della personalità, può in qualche modo e in taluni casi, *disporre dell'esclusività del godimento*, limitatamente a particolari aspetti del potere di cui è titolare ciò nel senso che egli, in tutto o in parte, può, a volte, *rinunciare* a tale esclusività (o non farne valere la tutela) nei confronti di una o più persone". In tal senso è la giurisprudenza consolidata a partire da Cass., 17 febbraio 2004, n. 3014, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 112.

³¹⁰ Cfr. G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, p. 224 ss.

Su tale tematica si vedano F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1913, p. 388 ss.; L. BARASSI, *Il contratto di*

Ecco, quindi, che, in definitiva, sulla base della ricostruzione svolta, bisogna prendere atto di come la “stretta inerenza” degli attributi immateriali della personalità, quali appunto i dati personali, alla persona del titolare, in virtù della loro stessa natura, non ne importi l’ineducibilità in contratto, né, dunque, costituisca un reale ostacolo alla possibilità di un ingresso dell’autonomia negoziale nel relativo peculiare ambito.

5. Valore economico e contenuto patrimoniale dei dati personali

A questo punto della ricostruzione, occorre rivolgere l’attenzione verso un altro dogma dal quale pure è tradizionalmente derivata l’idea di un’incomunicabilità tra la figura del contratto – o l’autonomia negoziale nella sua globalità, secondo l’abituale concezione limitata e parziale del ben più complesso fenomeno³¹¹ – e la dimensione degli attributi immateriali della personalità, quali i dati personali, ossia quello della non patrimonialità dei diritti della personalità.

È ben noto, infatti, che, per come definito dall’art. 1321 c.c., il contratto si configura come accordo, strutturalmente almeno bilaterale, volto a costituire, regolare o estinguere tra le parti “un rapporto giuridico patrimoniale”³¹². Pertanto, affinché possa ricadersi nell’alveo di tale figura

lavoro nel diritto positivo italiano, I, Milano, 1915, p. 440 ss.; M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, p. 309 ss.; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 123 ss.

³¹¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 318; M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all’immagine*, Napoli, 2000, p. 9 ss.

³¹² Cfr., per tutti, U. BRECCIA, *Sub art. 1321*, in *Dei contratti in generale*, I, *Artt. 1321-1349 c.c.*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, p. 5 ss.; M. PENNASILICO, *Sub art. 1321*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 353 ss.

occorre che la relazione disciplinata dal regolamento negoziale si contraddistingua per un contenuto che possa dirsi dotato del carattere della “patrimonialità”³¹³. Onde giungere alla definizione dell’esatto significato e della portata di tale requisito, la dottrina suole instaurare una stretta correlazione tra la disposizione menzionata e gli artt. 1174 e 814 c.c.

Quanto a quest’ultimo, la norma ivi espressa è volta a ricomprendere nell’ambito della qualifica di “bene mobile” anche le energie naturali, a condizione, però, che abbiano “valore economico”³¹⁴.

Il primo, invece, sancisce che la prestazione dedotta in obbligazione, pur potendo essere volta a soddisfare un interesse non patrimoniale del creditore, debba “essere suscettibile di valutazione economica”, espressione nella quale si ravvisa l’esplicazione ad opera del codificatore del “carattere patrimoniale della prestazione” a cui è fatto riferimento nella rubrica³¹⁵. Il diffuso atteggiamento dottrinario consistente nell’agganciare l’interpretazione in parte *qua* dell’art. 1321 c.c. al disposto dell’art. 1174 c.c. ha condotto all’acquisizione del dato per cui il carattere in questione vada

³¹³ A tale riguardo si vedano, sin d’ora, L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 13 ss.; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, spec. p. 227 ss.; D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, p. 1 ss.

³¹⁴ Sull’interpretazione di tale norma cfr. R. FERORELLI, *Sub art. 814*, in *Della proprietà, Artt. 810-868*, a cura di A. Jannarelli, F. Macario, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 36 ss.; R. PARDOLESI, *Energia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Milano, 1991, p. 444 ss.; ID., *Le energie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 2005, p. 26 ss.; F. DE MARTINO, *Sub art. 814*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 27 ss.; D. MESSINETTI, *Energia (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1965, p. 867 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 101 ss.

³¹⁵ Su tale disposizione cfr., almeno, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, I, p. 197 ss.; G. TRAVAGLINO, *Sub art. 1174*, in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2012, p. 49 ss.; A. DI MAJO, *Sub art. 1174*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 251 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1991, p. 36 ss.; L. FERRONI, *Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e principi di ordine pubblico costituzionale*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2006, p. 627 ss.

riferito non agli interessi perseguiti dalle parti, bensì alle prestazioni oggetto del regolamento³¹⁶. Peraltro, se tanto riguarda, chiaramente, i contratti che producano quale effetto vicende, appunto, di rapporti obbligatori, il problema si è posto con intensità e interesse nettamente minori quanto ai contratti da cui scaturiscano vicende di diritti reali³¹⁷, reputandosi questi ultimi pressoché sempre dotati di carattere patrimoniale³¹⁸.

Senza volersi in questa sede addentrare nell'ampio e profondo dibattito sviluppatosi sul punto, occorre almeno dare conto di come, a fronte dei pochi spunti largamente condivisi poc' anzi accennati, si siano nel tempo formate diverse concezioni, tra loro talvolta finitime, talaltra finanche antitetiche, con riguardo al modo di intendere il requisito della patrimonialità della prestazione e, dunque, del contratto, segnatamente quell'elemento rappresentato dalla "susceptibilità di valutazione economica" in cui si esaurisce l'unico *ubi consistam* espressamente offerto all'interprete dal dato positivo.

In linea di massima, dovendocisi necessariamente limitare a qualche schizzo generale e per ciò stesso inevitabilmente approssimativo, secondo un'impostazione di tipo fattuale-descrittivo la prospettiva è quella di verificare se la prestazione sia resa oggetto di valutazione economica su di un

³¹⁶ Cfr. C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 649 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, p. 963 ss.

³¹⁷ Sulla nozione di vicenda del rapporto giuridico si vedano gli insegnamenti di M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 3 ss.; ID., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999 (rist., con prefazione di N. Irti), p. 3 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 704 ss. (e ivi ulteriori riferimenti).

Per una critica nei confronti di una netta distinzione tra situazioni reali e situazioni obbligatorie cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 839 ss.; ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 92 s.; A. VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000; da ultimo in tale prospettiva Trib. Palermo, sez. II, ord. 29 ottobre 2018, in *Rassegna di diritto civile*, 2020, 1, p. 310 ss., con nota di M. TANZILLO, *Lo statuto proprietario tra principi costituzionali e diritto comune delle situazioni patrimoniali*.

³¹⁸ Cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 9, I, Torino, 1984, p. 14; M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, p. 13 ss.

piano meramente fenomenico³¹⁹. In pratica, ciò a cui occorre guardare è se essa venga, in via puramente fattuale, scambiata in termini economici e quindi se si è disposti, in concreto, a sopportare un sacrificio economico onde poterne fruire. Il piano sul quale ci si pone è, allora, quello dell'essere, dal momento che ci si limita a prendere atto che l'autonomia privata si manifesta, di fatto, in un certo modo e a riceverne passivamente le determinazioni, senza in alcun modo aspirare attivamente a limitarla o a predisporre, per via del requisito della patrimonialità, un criterio selettivo di certe sue forme di esplicazione. Una simile impostazione può, più precisamente, estrinsecarsi in una variante soggettiva, nella quale il piano a cui occorre fare riferimento nel condurre la surriferita operazione ermeneutica è rappresentato dalla sola volontà delle parti della singola operazione, oppure in una variante oggettiva, dove invece il contesto valutativo è fornito dall'ambiente giuridico-sociale di riferimento, alla cui determinazione contribuiscono senz'altro anche la prassi e il mercato³²⁰.

Alle concezioni appena delineate può contrapporsi un approccio in chiave normativo-precettiva, per il quale, al fine di stabilire se una prestazione sia, oppure no, dotata del carattere della patrimonialità, non ci si può limitare a considerare elemento sufficiente un'effettiva valutazione economica attestata dalla sussistenza di uno scambio sul piano fattuale, ma è, oltre a ciò, necessario altresì che quest'ultimo venga ammesso dall'ordinamento giuridico, e cioè, precisamente, che possa essere considerato conforme ai canoni che questo esprime. La prospettiva è qui, come è evidente, ribaltata, andando a collocarsi sul piano del dover essere: non ci si limita ad osservare e accettare le concrete esplicazioni dell'autonomia privata, ma si intende

³¹⁹ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, Padova, 2004, p. 5 ss., 254.

³²⁰ Per la prima prospettiva si veda, in particolare, A. DI MAJO, *Obbligazione. 1) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 20; per la seconda, tra i molti, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1951, p. 29 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 48 ss.; A. CHECCHINI, *Prestazione 1) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 3; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 138 e 186.

anche indirizzarle, selezionandone solo talune in base ad un parametro esterno rispetto al quale le stesse, all'esito di un vaglio di conformità, devono risultare allineate onde poter essere qualificate in termini "patrimoniali". Mette conto, peraltro, rimarcare come se, in una simile concezione, il carattere della patrimonialità di una data prestazione dipende dalla rispondenza ai principi dell'ordinamento di una considerazione della stessa in termini economici e quindi, in ultima analisi, del relativo scambio a titolo oneroso, nondimeno il difetto del requisito in parola andrebbe ad affettarne la capacità di venire dedotta in contratto *tout court*, quand'anche questo fosse a titolo gratuito³²¹.

Orbene, premesso questo breve *excursus* circa le diverse impostazioni che si sono seguite nel tentativo di definire i contorni e i connotati del requisito della patrimonialità, e così della stessa figura contrattuale, occorre adesso rivolgere l'attenzione al modo tradizionalmente affermatosi di concepire la relazione tra detto carattere e l'ambito normativo degli attributi della personalità.

Si è già detto di come la tendenza assolutamente dominante sia quella volta a configurare tale relazione in termini totalmente negativi, escludendo il riconoscimento di un contenuto anche patrimoniale dei cc.dd. diritti della personalità e, con esso, ogni possibilità di incursione dello strumento del contratto in detto campo³²².

Al riguardo, prima di passare all'esame critico di simili affermazioni, giova svolgere delle osservazioni con riguardo alle *rationes* ad esse sottostanti, nonché alla visione di fondo del diritto privato in cui le stesse vanno ad innestarsi.

³²¹ Cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 38; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 185 s.; rileva in tale prospettiva un'indebita sovrapposizione di profili diversi G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolta dal religioso per contratto in casa di cura*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 188 ss.

³²² Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, I, p. 181 e II, p. 6 s., 254.

Dal primo punto di vista, è facilmente intuibile, già a primo acchito, come opinioni siffatte riflettano innanzitutto preoccupazioni di matrice paternalistica, le quali inducono a considerare con profonda diffidenza la capacità della persona di autodeterminarsi nelle scelte riguardanti la propria sfera intima ed esistenziale, e dunque *a fortiori* quando su valutazioni di tale indole finiscano per esercitare una certa influenza variabili di carattere economico, col rischio di compromettere seriamente le preminenti esigenze di tutela del valore autentico persona. Appare evidente, quindi, come esse si giustifichino, in ultima analisi, in funzione di protettiva degli interessi e dei valori fondamentali della persona³²³.

Quanto al secondo punto, che a uno sguardo attento si rivela connesso al primo, l'assunto di base dal quale le concezioni in esame paiono diramarsi è quello che esprime una visione del sistema giuridico all'insegna di una netta separazione tra l'ambito della persona, da un lato, e quello del patrimonio, dall'altro. In pratica, sullo sfondo delle diffuse opinioni che vorrebbero le estrinsecazioni della personalità sempre e comunque sottratta alla sfera degli atti di autonomia negoziale si staglia l'idea di una rigida dicotomia tra situazioni giuridiche attinenti alla sfera "interna" della persona, alla sua dimensione più strettamente esistenziale, e diritti inerenti al mondo "esterno", e quindi riguardanti la sfera economico-patrimoniale³²⁴. Ciò consente di osservare subito come l'atteggiamento della dottrina tradizionale rispetto ai problemi concernenti la tutela della persona sconti pesanti influenze e condizionamenti ascrivibili a un'idea prettamente patrimonialistica del diritto privato, tesa a riguardare quest'ultimo come un preteso settore ordinamentale il cui ambito e le cui finalità si esauriscono nella regolazione delle relazioni

³²³ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 80 e 105; con specifico riguardo ai dati personali G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 433.

³²⁴ Per questa contrapposizione cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 53, cui *adde* gli ampi riferimenti contenuti in G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 125 ss.

di natura economico-patrimoniale, idea a cui si ricollega, a mo' di corollario, la tendenza ad assumere le situazioni di tipo patrimoniale come paradigma di qualunque forma di tutela in campo privatistico e a relegare la tutela di interessi di diverso ordine ad altri "rami" o "settori" dell'ordinamento, in specie quello pubblicistico³²⁵.

Al riguardo occorre subito rilevare come, per un verso, una siffatta concezione del diritto privato risulti ormai anacronistica e non più accettabile e, per altro verso, le stesse preoccupazioni sottese all'idea di una totale preclusione all'ingresso del contratto nel campo delle estrinsecazioni della personalità, pur essendo certamente valide in linea di principio e meritevoli della massima attenzione, non appaiano tali da indurre inevitabilmente alle dette conclusioni³²⁶. Simili concezioni appaiono, invero, fondarsi sull'equivoco per il quale l'unica via in grado di assicurare una soddisfacente protezione degli interessi fondamentali della persona umana sia quella di negare del tutto, in via assoluta e indiscriminata, la configurabilità di un contenuto anche patrimoniale delle situazioni giuridiche aventi come referenti oggettivi gli attributi della personalità e, quindi la possibilità di una loro circolazione per via contrattuale, come se una loro deduzione in contratto dovesse ineluttabilmente esitare in un *vulnus* per la tutela della personalità.

³²⁵ Si considerino in proposito i fenomeni della "depatrimonializzazione del diritto civile, su cui cfr., soprattutto, C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 1 ss.; e del superamento della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, su cui, per tutti, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 391 ss.; U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in ID., *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013, p. 105 ss.

Sul superamento della rigida dicotomia tra diritto pubblico e privato cfr., in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 134 ss.

³²⁶ Similmente S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 105, 107, 118 s.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 433, ove si fa rinvio, per una più compiuta argomentazione, a G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 276 ss.

Al contrario, la piena valorizzazione delle esigenze di tutela della persona sembra richiedere un nuovo tipo di approccio al problema, il quale, fondandosi sulla consapevolezza dell'unitarietà del sistema ordinamentale, non scomponibile in compartimenti stagni, in virtù proprio della centralità del valore della persona umana, eviti un atteggiamento di aprioristica preclusione rispetto a forme di autodeterminazione della persona e di autoregolamentazione dei relativi interessi potenzialmente in grado non solo di non compromettere il valore della dignità umana, ma addirittura di contribuire al perseguimento di quel fondamentale obiettivo, indicato dalla Carta costituzionale come *caput et fundamentum* dell'ordinamento positivo, rappresentato dalla promozione del libero e pieno sviluppo della personalità. Per intraprendere una tale via occorre innanzitutto rinunciare ad accontentarsi di affermare un criterio fisso, invariabile e sempre valido in astratto, ma, all'opposto, risolversi ad accettare e ad accogliere le difficoltà legate ad una verifica da compiersi di volta in volta, in base alle circostanze di ciascun singolo caso concreto e agli interessi effettivamente in gioco, e senza ignorare le istanze promananti dalla realtà sociale, in tal modo attendendo a quei compiti nei quali, a ben vedere, risiedono il *proprium* e la ragion d'essere stessa dell'attività del giurista-interprete³²⁷.

Se si intende battere un itinerario ermeneutico rispondente alle predette indicazioni di principio, occorre prendere le mosse dalla considerazione per cui non può trascurarsi come nell'odierna società, a partire dalle profonde modifiche verificatesi nel tessuto economico-sociale con l'avvento della seconda rivoluzione industriale e fino a giungere ai più recenti sviluppi delle tecnologie informatiche e digitali, si sia avuta una sempre crescente diffusione nella prassi di forme di utilizzazione in senso commerciale degli attributi immateriali della personalità (inclusi i dati

³²⁷ In proposito sempre ricche di preziosi spunti sono le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*.

personali), che, determinandone l'assunzione di una connotazione anche di natura economica, ha posto in crisi il tradizionale dogma che li vorrebbe scevri di qualsivoglia contenuto patrimoniale³²⁸.

A questo riguardo, è opportuno chiarire subito che quanto alle estrinsecazioni di carattere immateriale non sussiste un divieto generalizzato in tal senso posto da norme imperative, a differenza di quanto accade in riferimento agli attributi della personalità aventi un sostrato materiale, segnatamente il corpo e le sue parti. Invero, a quest'ultimo riguardo la scelta operata dall'ordinamento è netta: si pensi, in ambito comunitario, all'art. 3 della cd. Carta di Nizza, che vieta di "fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro" oppure, a livello internazionale, all'art. 21 della Convenzione di Oviedo, il quale – nella versione ufficiale in lingua inglese –, dopo la già incisiva rubrica "*Prohibition of financial gain*", icasticamente sancisce che "*The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain*". In prospettiva analoga si pongono quelle fonti interne appartenenti alla legislazione speciale che, nel predisporre taluni temperamenti ai significativi limiti posti dall'art. 5 c.c. all'ammissibilità degli atti di disposizione del corpo, ne prescrivono a chiare lettere la gratuità³²⁹.

Tale soluzione non può essere estesa *tout court* anche con riguardo agli attributi immateriali della personalità.

Innanzitutto, proprio dalla mancanza di corrispondenti affermazioni, altrettanto esplicite e generali, in riferimento a questi ultimi può trarsi un argomento di natura sistematica in direzione opposta, giacché questo silenzio, favorendo un ragionamento improntato alla massima ermeneutica "*ubi lex*

³²⁸ Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 1 ss.; M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, cit., p. 9 ss.

³²⁹ Si pensi all'art. 4, l. 21 ottobre 2005, n. 219 per la donazione del sangue; all'art. 1, d. lgs. 24 giugno 2003, n. 211 in materia di sperimentazione clinica; all'art. 4, l. 6 marzo 2001, n. 52 per la donazione di midollo; all'art. 6, l. 26 giugno 1967, n. 458 per la donazione del rene.

voluit dixit, ubi noluit tacuit”, ben potrebbe essere interpretato nel senso di un’indiretta smentita di una simile conclusione³³⁰.

Inoltre, contro la possibilità di reputare operante un analogo principio di gratuità rispetto agli attributi immateriali della personalità militano anche talune indicazioni normative che ne postulano il dialogo con logiche di mercato, come ad esempio le disposizioni che ammettono la registrazione come marchio del nome o dell’immagine e la relativa circolazione secondo le regole generali³³¹, oppure le norme di carattere tributario o previdenziale che assoggettano ad imposizione fiscale o a contribuzione i proventi di talune forme di sfruttamento economico di detti attributi³³².

Più in generale, a corroborare gli anzidetti argomenti di matrice normativo-sistemica interviene altresì l’evidente diversità delle connotazioni e dunque dei valori implicati rispettivamente dagli attributi immateriali e dal corpo, che osta in tal modo a un’equiparazione del relativo trattamento giuridico sotto l’emblema del principio di gratuità e, quindi, nel senso di una totale e generale esclusione dalla dimensione del contratto³³³.

Indicativi in questo senso sono, inoltre, i mutamenti intervenuti nel comune sentire sociale attestati, per un verso, dall’affermazione a livello social-tipico di schemi negoziali contemplanti la deduzione a titolo oneroso della facoltà di utilizzo di attributi immateriali della personalità, come la

³³⁰ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 431; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 52.

³³¹ Cfr. in particolare artt. 8 e 23 d.lgs. 30/2005.

³³² Ad esempio, in materia fiscale, l’art. 54, c. 1-*quater*, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi); l’art. 43, comma 3, l. 27 dicembre 2002, n. 289. In argomento cfr. S. CENSI, A. MAGLIARO, *Dubbi sulla tassazione dei redditi da sfruttamento d’immagine dei calciatori professionisti*, in *Corriere tributario*, 2010, 48, p. 3993 ss.; M. MARTONE, *L’assoggettabilità a contribuzione previdenziale dei diritti d’autore, d’immagine e di replica: a proposito del terzo comma dell’art. 43 della legge finanziaria del 2003*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, 1, p. 121 ss. Analogamente S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 81.

³³³ Cfr. G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 17 ss.; ID., *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 4 ss.; ID., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità*, cit., p. 808.

sponsorizzazione, il *merchandising*, l'*endorsement*³³⁴, e per altro verso dall'evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali. Invero, qualche decennio addietro era largamente condivisa l'idea per cui lo sfruttamento in senso economico-commerciale di attributi immateriali della propria persona, e quindi l'atteggiamento volto a trarre da essi un arricchimento in senso patrimoniale, fosse da reputarsi in ogni caso lesivo del decoro, dell'onore e della reputazione, e quindi in contrasto con l'ordine pubblico o col buon costume, con la conseguente illiceità o immoralità degli atti giuridici tramite i quali lo sfruttamento nel senso indicato andava ad estrinsecarsi³³⁵. Posizioni così estreme sono poi state abbandonate, oltre che dalla dottrina³³⁶, anche dalla giurisprudenza, la quale non solo ha escluso una tale intrinseca potenzialità lesiva, ma è finanche giunta al riconoscimento di un vero e proprio diritto esclusivo allo sfruttamento economico-commerciale degli attributi immateriali della propria personalità, di nitida matrice patrimoniale, e per tale via al superamento dell'idea della sicura antiggiuridicità degli atti di disposizione onerosi mediante i quali tale diritto venga esercitato³³⁷. Più precisamente, all'affermazione di un siffatto diritto hanno condotto, per un verso, il riconoscimento del carattere illecito e di una conseguente tutela risarcitoria contro lo sfruttamento di attributi personali da parte di terzi privi

³³⁴ Su tali figure può rimandarsi, anche per ricchi riferimenti, all'ampia disamina di S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 23 ss.

³³⁵ In questo senso v., in giurisprudenza, Trib. Torino, 7 aprile 1954, in *Rivista del diritto commerciale*, 1955, II, p. 187, con nota di P. VERCELLONE, *In tema di diritto all'immagine*; App. Milano, 30 novembre 1954, in *Il Foro italiano*, 1955, I, p. 559 ss., con nota di A. DE CUPIS; Trib. Milano, 12 aprile 1956, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, 2, p. 572 ss.; App. Roma, 22 giugno 1957, in *Il diritto di autore*, 1958, p. 420 ss.

³³⁶ Cfr. per tutti, E. ONDEI, *op. cit.*, p. 355; M. BESSONE, *Diritto soggettivo e «droits de la personnalité»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 1185; T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 163; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 208.

³³⁷ Cfr., in particolare, Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, II, p. 1063 ss., con nota di A. DASSI, *La natura atipica del contratto di sponsorizzazione*; Cass., 16 aprile 1991, n. 4031, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 54 ss., con nota di M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, al quale si rimanda anche per ulteriori riferimenti in merito a tale evoluzione della giurisprudenza.

di autorizzazione da parte del titolare, secondo un itinerario grossomodo corrispondente a quello che nell'esperienza statunitense ha portato alla configurazione del *right of publicity*³³⁸; nonché, per altro verso, l'affermazione di una natura anche patrimoniale dei danni in questione, proprio perché inclusivi della sottratta opportunità di esercitare un tale diritto in termini totali o anche solo parziali (in particolare per via della riduzione del valore economico degli attributi "usurpati"), col ricorso, ai fini della determinazione del *quantum* del risarcimento, alla tecnica del cd. prezzo del consenso, vale a dire l'importo che il titolare avrebbe presumibilmente ottenuto come corrispettivo per la concessione dell'autorizzazione all'utilizzo dei propri attributi immateriali³³⁹.

³³⁸ Su cui A.M. TONI, *Il Right of publicity nell'esperienza nordamericana*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 82 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 203 ss.; G. PONZANELLI, *La povertà dei «sosia» e la ricchezza delle «celebrità»: il «right of publicity» nell'esperienza italiana*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 129 ss.

Nel senso indicato cfr., *ex multis*, Cass., 10 novembre 1979, n. 5790, in *Giustizia civile*, 1980, I, p. 1372 ss., con nota di P. CRUGNOLA, *In tema di utilizzazione dell'immagine di persone note*; Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, in *Il Foro italiano*, 1992, I, p. 831 ss., con nota di M. CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al «right of publicity»*; Cass., 10 giugno 1997, n. 5175, in *Il Foro italiano*, 1997, I, p. 2920 ss., con nota di M. CHIAROLLA, *Sul diritto all'immagine di persona notoria*; Cass., 1 dicembre 2004, n. 22513, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 969 s., con nota di S. OLIARI, *Foto di nudo non*

autorizzate su un giornale pornografico: quanto costa il danno all'immagine di una celebrità?; Cass., 16 maggio 2008, n. 12433, in *Giustizia civile*, 2009, III, p. 706 ss., con nota di D. SIMEOLI, *Il "prezzo del consenso" quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall'illecita pubblicazione dell'immagine altrui*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 12, p. 1408 ss., con nota di F. SANTORO, *Diritto all'immagine come diritto costituzionale inviolabile: tutela risarcitoria patrimoniale e non patrimoniale*; in *Danno e responsabilità*, 2008, 12, p. 1235 ss., con nota di D. BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*. Per un'analisi cfr. A. MUSIO, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in F. AVERSANO, A. LAINO, A. MUSIO, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali*, Torino, 2012, p. 14 ss.

³³⁹ Cfr. Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, cit.; Cass., 6 febbraio 1993, n. 1503, in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 229 ss., con nota di F. CAPECCI, *Ma non «gli è tutto da rifare»*; Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, cit.; Cass., 16 maggio 2008, n. 12433, cit. Per un commento cfr. A. BARENGHI, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, p. 575 ss.

Del resto, una simile concezione appare coerente con le stesse esigenze che hanno storicamente favorito l'elaborazione della categoria dei cc.dd. diritti della personalità, la cui origine, all'indomani delle innovazioni tecnologiche, prima, e sociali, poi, accompagnatesi alla trasformazione in senso industriale dell'economia, è stata funzionale alla creazione sulle estrinsecazioni immateriali della personalità di posizioni di esclusiva finalizzate anche a uno sfruttamento economico e quindi dotate di contenuto anche patrimoniale, come peraltro testimoniato anche dall'esperienza industrialista, ove ben si riscontra come una medesima situazione possa essere connotata tanto da profili economici quanto morali o esistenziali³⁴⁰.

Né, per quanto specificamente attiene ai dati personali, un elemento in senso contrario all'ammissibilità di una loro inclusione in circuiti di carattere commerciale può trarsi dal disposto dell'art. 7, par. 4, GDPR, giacché – come si è visto³⁴¹ – occorre accoglierne un'interpretazione per cui esso non è tale da porre un divieto di *tying*. Anzi, proprio dal presupposto che tale disposizione non esclude, bensì ammette, sia pur implicitamente ed entro stretti limiti, la possibilità di un condizionamento della fornitura di beni o servizi alla prestazione del consenso al trattamento, potrebbe farsi derivare la conclusione per cui l'ammissibilità di un modello di circolazione "onerosa" dei dati personali non solo non venga da questa norma smentita, ma, anzi, addirittura finisca per ricevere appunto dalla stessa positivo riconoscimento e collocazione nel sistema³⁴².

³⁴⁰ Cfr. G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 6, p. 1046 s.; ID., *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 41 ss.; S. GATTI, *Il «diritto» all'utilizzazione economica della propria popolarità*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1988, I, p. 355 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., p. 595 ss.

³⁴¹ V. *supra*, par. 2.

³⁴² Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 432; A. METZGER, *Dienst Gegen Daten*, cit., p. 824. In generale sui diversi possibili modelli di circolazione dei dati personali si veda la pregevole indagine di F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 7, p. 613 ss.

In definitiva, allora, la connotazione patrimoniale assunta, nell'odierna società, dagli attributi immateriali della personalità e, con essi, dai dati personali è certamente innegabile, né una simile circostanza ripugna al sistema giuridico. Essa, nondimeno, non può cancellarne, né farne trascurare la stretta inerenza alla persona umana e agli interessi e ai valori che le sono propri. I dati personali, anche se ormai divenuti senza dubbio punto di riferimento anche di interessi dall'indole patrimoniale, rappresentano pur sempre una proiezione esterna della personalità, e come tali rimangono indelebilmente permeati da interessi puramente esistenziali, quali la riservatezza, l'identità personale, la dignità, riassunti nella formula "protezione dei dati personali"³⁴³.

Una moderna concezione dei rapporti tra persona e patrimonio suggerisce che l'aver e l'essere non possono più essere considerate alla stregua di categorie del tutto incompatibili ed incomunicabili, separate da una distanza incolmabile che ne preclude ogni possibilità di commistione e integrazione nell'ambito di una stessa struttura normativa³⁴⁴. Scindere, nell'ambito della tutela degli attributi della personalità, artificiosamente e a ogni costo, il profilo attinente agli interessi patrimoniali da quello attinente agli interessi esistenziali, quando non addirittura sacrificare del tutto l'uno o l'altro, denota un atteggiamento proteso a ignorare le reciproche connessioni e interferenze dimenticando che si tratta di più momenti di uno stesso, identico fenomeno, che occorre considerare in modo unitario e globale se si vuole offrire una efficace tutela ai molteplici interessi in gioco, in aderenza all'ordito assiologico espresso dalla Carta fondamentale che riconosce e tutela gli interessi e le situazioni patrimoniali, pur pretendendone, nel

³⁴³ Cfr. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità*, cit., p. 589; T.M. UBERTAZZI, *Il diritto alla privacy. Natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004, p. 49 ss.; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 401 s.

³⁴⁴ Cfr. le acute osservazioni di M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali e autodeterminazione della persona*, cit., spec. p. 96 ss., p. 131 ss.; EAD., *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, cit., spec. p. 48 ss.

delineare la gerarchia dei valori, la funzionalizzazione agli interessi esistenziali nell'ottica della promozione del supremo valore della persona umana³⁴⁵.

Pertanto, coerentemente con simili premesse, non sussistono dubbi circa la possibilità di configurare, con riguardo agli attributi immateriali della personalità in generale, e ai dati personali in particolare, l'incidenza sugli stessi di situazioni strutturalmente unitarie e funzionalmente complesse, indissolubilmente legate alla sfera dell'essere ma aperte ad accogliere facoltà a contenuto economico, che lungi dal sopraffarne o snaturarne il nucleo personalistico, siano in grado di coesistere con esso, nel rispetto del valore della persona umana e della sua dignità, contribuendo al perseguimento e alla valorizzazione dei fondamentali interessi dell'individuo, sulla base di una verifica necessariamente casistica e volta a rifuggire conclusioni aprioristiche e generalizzanti³⁴⁶.

Peraltro, le esigenze di tutela dei valori essenziali della persona non esigono, al fine di poter trovare adeguata soddisfazione, una rigida esclusione della figura contrattuale dal terreno degli attributi della personalità, ben potendo le stesse essere efficacemente garantite, una volta astrattamente ammessa la configurabilità di tale figura, per il tramite dei controlli di liceità e meritevolezza sull'atto di autonomia nonché in virtù di un coerente adattamento della disciplina che in via generale è deputata a governarlo³⁴⁷.

³⁴⁵ Per tali indicazioni metodologiche cfr., in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., *passim*; ID., *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, cit., p. 1 ss.

³⁴⁶ Cfr. M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali e autodeterminazione della persona*, cit., spec. p. 137 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 137 ss.; S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 173 ss., la quale osserva come disporre della utilizzazione dei propri dati non significa disporre della propria identità intesa nel senso di valore morale, etico e sociale della persona, per sua stessa natura intangibile.

³⁴⁷ In prospettiva simile cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 105 ss., 118 s.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 433, con rinvio a G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 276 ss.

In virtù della ricostruzione compiuta, non vi è dunque alcuna ragione per negare in riferimento ai dati personali – *rectius*, alle situazioni giuridiche soggettive che li abbiano ad oggetto – la configurabilità di un contenuto anche di tipo patrimoniale ai fini richiesti dall’art. 1321 c.c. e dunque la capacità di costituire, pure sotto questo specifico profilo, punto di riferimento oggettivo della figura contrattuale³⁴⁸.

6. Vincolatività del contratto e libero sviluppo della personalità

Altra obiezione mossa contro l’ammissibilità di una deduzione degli attributi della personalità nell’ambito della dimensione attinente alla figura contrattuale è stata fondata sull’impossibilità di assunzione di un vincolo giuridico in relazione ad essi.

³⁴⁸ Nel senso della deducibilità in contratto dei dati personali v. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, II, p. 637.

Insegna che l’impiego della figura contrattuale in nuovi settori “nel moderno sistema di produzione e distribuzione della ricchezza”, tramite “autoregolamenti quali il contratto di sponsorizzazione (e affini), la vendita di dati personali non sensibili (arg. ex art. 23, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196), il vitalizio assistenziale, ecc.”, “ne mostra l’idoneità a realizzare utilità economiche mediante sacrifici non direttamente patrimoniali, ma compatibili con il pieno sviluppo della persona” P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 362 s. Difatti, in una prospettiva tesa a collocare l’autonomia negoziale nella gerarchia delle fonti e dei valori connotante l’odierno ordinamento di matrice costituzionale-comunitaria, deve riconoscersi la capacità dello strumento contrattuale a mediare interessi non solo patrimoniali, ma anche esistenziali: cfr. ID., *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 418; L. DI BONA, *op. cit.*, p. 62 ss.; I. TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006, p. 12 s., 17 ss.

Per un’approfondita analisi dell’interazione tra contratto e diritti fondamentali in chiave comparatistica cfr. l’ormai classica C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, The Netherlands, 2008; da ultimo v. l’interessante volume di L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino, 2020.

Conviene, dunque, preliminarmente esaminare i relativi profili concernenti la *ratio* e il contenuto di simili posizioni, sviscerando i vari passaggi delle relative costruzioni argomentative.

Innanzitutto, una prima posizione è incline a ritenere che a essere inaccettabile sia la stessa circostanza, in sé e per sé considerata, dell'assunzione e quindi della creazione di un vincolo come quello conseguente alla sussistenza di un contratto, avente ad oggetto gli attributi della personalità, ossia il fatto stesso di vincolarsi in relazione a questi ultimi, indipendentemente dalle specifiche contingenze che a detta condotta si accompagnino³⁴⁹.

La ragione di una simile opinione risiede nell'idea per cui alla persona non è consentito assumere impegni che abbiano l'effetto di determinare una coartazione, per il futuro, della possibilità di una libera e piena esplicazione della propria personalità, che deve potersi sviluppare in ogni senso e anche mutare direzione, senza che ciò possa risultare lecitamente ostacolato da vincoli o impegni precedentemente assunti. Invece, l'efficacia vincolante di un contratto che abbia ad oggetto un attributo della personalità finirebbe per contrastare con tale necessità, andando a determinare un'inammissibile coartazione dello sviluppo della persona in contrasto con il principio di libera autodeterminazione³⁵⁰.

Coerentemente a una simile idea di fondo, a essere reputato inconfigurabile è il vincolo contrattuale inteso nella maniera più ampia, a prescindere da quelle che ne siano le caratteristiche peculiari, in termini di natura, tipologia, funzione, effetti. Invero, il tratto determinante, che è

³⁴⁹ In generale sul rapporto tra assunzione di un vincolo contrattuale e tutela della persona v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 2003, p. 9; T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 162 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 250 ss.

³⁵⁰ Acute considerazioni al riguardo in V. ZENO-ZENCOVICH, *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 995 ss.; con riferimento al tema specifico v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., spec. p. 97 ss.

comune a ogni ipotesi concretamente configurabile, è dato dal fatto che la persona cui gli attributi avvinti dal vincolo si riferiscono sarebbe privata della possibilità di interdirne l'utilizzazione, ad opera della controparte o comunque del beneficiario della disposizione, in una fase successiva rispetto al momento della manifestazione di volontà concernente la prestazione del consenso. In questo modo, la persona perderebbe la possibilità di esercitare un controllo costante sulle proprie estrinsecazioni immateriali, e così di mutare le proprie determinazioni in proposito in dipendenza dell'evoluzione delle proprie opinioni e preferenze, il che rappresenta un connotato essenziale e insopprimibile del libero sviluppo della personalità umana, la quale è in incessante divenire e mal sopporta di venire cristallizzata come accadrebbe in caso di assunzione di impegni di natura contrattuale di tal fatta³⁵¹.

Ne deriva l'osservazione per cui la prospettiva in cui simili opinioni si radicano è chiaramente di matrice paternalistica³⁵². Al fine di preservare le esigenze sottese alle suindicate preoccupazioni si predica quindi la necessità dell'assenza di un vincolo involgente la personalità e i suoi attributi, la quale può assumere due distinti significati, declinandosi in maniera differente.

Invero, per un verso tale necessità può implicare che un simile vincolo non sia suscettivo di poter sorgere affatto, dunque l'assenza di vincolo verrebbe intesa come mancata insorgenza dello stesso. Per altro verso, essa può risolversi nella necessità che un tale vincolo, pur potendo sorgere, dovrà necessariamente poter essere sciolto liberamente e in qualsiasi momento, *ad*

³⁵¹ Cfr. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 352.

³⁵² Al riguardo cfr. F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, 1, p. 119 ss.; R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 6, p. 771 ss.; F. FERRETTI, *A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously*, in *European Review of Private Law*, 2012, 2, p. 500.

Circa i problemi attinenti alla razionalità dell'interessato rispetto al consenso al trattamento dei propri dati personali cfr. Y. HERMSTRÜWER, *Contracting Around Privacy: The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 9 ss.

nutum, dalla persona interessata. Quindi, l'assenza di vincolo postulerebbe inevitabilmente la sussistenza di una di tali due condizioni, ciascuna delle quali viene reputata del tutto incompatibile con la figura del contratto³⁵³.

Quanto alla prima accezione, infatti, a venire intaccata sarebbe la stessa efficacia vincolante dell'accordo contrattuale, ritenuta connaturale e coesistente alla figura *de qua*. Rispetto al secondo significato, il problema assume una duplice portata. Essa, invero, concerne innanzitutto la questione relativa alla possibilità del soggetto di sottrarsi al vincolo instaurato mediante la revoca del consenso, strumento indispensabile affinché l'interessato conservi la necessaria capacità di controllare la circolazione degli attributi della propria persona, in linea con la salvaguardia del pieno sviluppo della propria personalità e con l'assenza di inaccettabili coazioni in tal senso³⁵⁴.

Correlativamente, però, bisogna interrogarsi circa il rapporto tra la libera revocabilità del consenso prestato, da un lato, e la configurabilità dell'istituto contrattuale, dall'altro, specialmente in ordine alla rispettiva compatibilità. Al riguardo, l'opinione qui in esame è proclive a sostenere che una tale libera facoltà di revoca non possa ritenersi compatibile con la stessa efficacia vincolante del contratto, derivante dal principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti (*pacta sunt servanda*) declamato dall'art. 1372 c.c., il quale impedirebbe che in tali casi possa ritenersi configurato un contratto, imponendo, per converso, una qualificazione in termini di mero consenso dell'avente diritto³⁵⁵. Per tale via si perviene a negare l'ammissibilità di una deduzione in contratto degli attributi della personalità³⁵⁶.

³⁵³ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 100 ss.

³⁵⁴ Cfr., tra gli altri, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 358; A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1991, p. 913 ss.; A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 231.

³⁵⁵ Cfr., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2001, p. 533 ss.

³⁵⁶ Si vedano le autorevoli notazioni di R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 972 ss.

Nondimeno, già sulla sola base della considerazione del contenuto e della *ratio* dell'obiezione esposta, quand'anche la si volesse reputare pienamente e totalmente fondata in tutti i suoi aspetti, dovrebbe comunque trarsene subito una prima delimitazione del relativo ambito di incidenza. Se questa obiezione, infatti, si fonda essenzialmente sull'esigenza di tutela del libero sviluppo della personalità e sull'esigenza che questo non venga coartato dall'assunzione di un vincolo contrattuale avente ad oggetto diritti della personalità, deve osservarsi innanzitutto che l'assunzione di un vincolo avente ad oggetto gli attributi della persona non è in ogni caso tale da attentare alla possibilità di sviluppare liberamente la propria personalità. Ne deriva, quindi, che l'affermazione dell'impossibilità di dedurre le estrinsecazioni immateriali della persona quale riferimento oggettivo di un contratto dovrebbe necessariamente ritenersi circoscritta a quei soli casi in cui le evidenziate preoccupazioni effettivamente abbiano una qualche ragione d'essere, senza potersi generalizzare ed estendere oltre tale preciso ambito³⁵⁷.

Precisamente, tanto avviene se la costituzione di un vincolo da cui il soggetto non può liberarsi, mediante esercizio del recesso, appaia effettivamente tale da determinare un'intollerabile cristallizzazione della personalità in un certo *status quo* e quindi da comportarne in maniera evidente una netta restrizione delle possibilità di ulteriori sviluppi in direzioni difformi. Diversamente, ciò non sembra accadere allorché il rapporto instaurato non importi un'analoga fossilizzazione degli attributi immateriali della personalità. Al riguardo sembra essersi proposto un criterio discrezionale incentrato sulle modalità di utilizzo "esterno" oppure meramente "interno" degli attributi della personalità ad opera della controparte, nel senso che se questa si limiti a forme di utilizzazione che non ne implicino un'esposizione verso l'esterno, ma concretantisi soltanto in attività rivolte allo stesso

³⁵⁷ Per tale osservazione v. pure S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 99 s.

interessato, allora dovrebbe senz'altro ricadersi nella seconda ipotesi, giacché non si ravviserebbe alcuna limitazione della possibilità di mutamenti nel dispiegarsi della propria identità personale, dei quali l'altra parte avrebbe tutto l'interesse a venire a conoscenza. Dunque, i contratti in cui siano dedotti dati personali risulterebbero intrinsecamente privi di attitudine a coartare il libero sviluppo della persona, e quindi già per questo si sottrarrebbero alle obiezioni³⁵⁸.

Tali osservazioni appaiono senz'altro condivisibili nella loro sostanza, benché con la precisazione per cui occorre evitare generalizzazioni non solo in un senso, ma anche nell'altro: un simile criterio è certamente in grado di offrire indicazioni importanti, ma non appare di per sé solo risolutivo in ogni circostanza, atteso che non si può essere sicuri che un utilizzo delle estrinsecazioni immateriali della personalità esaurentesi in attività involgenti soltanto l'interessato ponga al riparo da ogni rischio di compressione, potendo questo ricollegarsi non soltanto ad una esposizione a terzi ma anche allo stesso risultato di un'attività meramente interna come appunto quella inerente al trattamento di dati personali, la cui potenzialità lesiva in relazione a profili della personalità quali la riservatezza e l'identità personale prescinde dal coinvolgimento di terze parti.

Ciò detto, occorre riflettere su un ulteriore aspetto. Anche a prescindere dalla fondatezza dell'assunto per cui dovrebbe negarsi la possibilità di vincolarsi in relazione agli attributi immateriali della personalità, da questa non sarebbe comunque lecito desumere l'ineducibilità degli stessi nell'ambito di un rapporto contrattuale. Invero, il discorso volto a stabilire se l'assunzione di un tale vincolo sia o meno effettivamente in grado di coartare il libero sviluppo della personalità, e dunque se lo stesso si debba o meno reputare ammissibile, non si riverbera sulla possibilità di configurare un contratto avente come referente oggettivo tali attributi. Ciò in quanto il

³⁵⁸ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 97 ss.

presupposto sulla cui base detto passaggio logico viene veicolato risulta fallace. Infatti, l'esistenza di un vincolo non è realmente coesistente alla figura contrattuale, né sussiste alcuna incompatibilità tra contratto e assenza di vincolo: anche ove quest'ultimo manchi, ben potrà nondimeno ritenersi configurabile un rapporto di natura contrattuale³⁵⁹.

Quanto detto vale per entrambe le declinazioni – dinanzi indicate – in cui l'assenza di vincolo può manifestarsi, sia pure con talune limitazioni. Per quanto riguarda la prima accezione, potrebbe infatti configurarsi una fattispecie il cui perfezionamento avviene, secondo il modello della realtà, solo allorché la prestazione venga eseguita³⁶⁰. In un simile schema l'esecuzione della prestazione, nel caso di specie involgente gli attributi della personalità, non si pone quindi a valle di un vincolo esistente, ma è appunto essa stessa a determinarne l'insorgenza. Precisamente, la prestazione riguardante l'attributo della personalità verrebbe a configurarsi non come comportamento esecutivo di un impegno già assunto, bensì come elemento perfezionativo della fattispecie medesima³⁶¹. In siffatte ipotesi, dunque, la semplice dichiarazione di volontà tesa ad autorizzare l'utilizzazione dei propri attributi immateriali, finanche dopo l'accettazione dell'altra parte, non ha una valenza tale da vincolare l'interessato alla tolleranza di future intrusioni nella propria sfera intima.

Da un punto di vista sostanziale, lo schema in questione si pone in termini non dissimili rispetto a quello della promessa condizionata ad una

³⁵⁹ Si vedano le osservazioni di S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 100 ss.

³⁶⁰ In generale sui contratti reali si vedano, per tutti, U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975; V. NAPOLETANO, E.M. BARBIERI, M. NOVITÀ, *I contratti reali: mutuo, deposito, comodato, pegno, contratto estimatorio*, Torino, 1965; F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1957.

³⁶¹ Evidenzia, in generale, come in tali peculiari termini si atteggi il rapporto tra consenso e adempimento nelle situazioni esistenziali P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 370.

prestazione³⁶², riconducibile al modello del cd. contratto unilaterale, ossia il contratto con obbligazioni del solo proponente, di cui all'art. 1333 c.c.³⁶³. Le due figure sono infatti accomunate dal fatto che, per un verso, la prestazione concernente l'attributo immateriale personalità non viene assunta ad oggetto del vincolo obbligatorio e, per altro verso, l'altra parte dovrà effettuare la prestazione promessa, dedotta nell'obbligazione a proprio carico, solo una volta che la prima sia stata eseguita. Se al paradigma delineato si è fatto ricorso al fine di consentire l'ingresso del contratto nel terreno della tutela dell'integrità fisica e cioè degli attributi materiali della personalità³⁶⁴, esso può nondimeno servire a un soddisfacente inquadramento anche dei rapporti concernenti le estrinsecazioni immateriali³⁶⁵.

A tal riguardo non sembra potersi condividere del tutto l'osservazione per cui una tale soluzione, pur ipotizzabile in astratto, non sarebbe in concreto percorribile a cagione delle peculiari caratteristiche delle prestazioni aventi ad oggetto gli attributi immateriali, giacché queste avrebbero solo raramente carattere istantaneo, e dunque l'interessato, libero solo di iniziare la propria prestazione, sarebbe poi obbligato a continuarla³⁶⁶. Invero, non sembra potersi escludere che il perfezionamento del contratto possa avvenire anche dopo che l'utilizzazione dell'attributo immateriale si sia conclusa, ad esempio

³⁶² Sulla figura cfr. G. GORLA, *Promesse «condizionate» a una prestazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1968, I, p. 431 ss.; G. MAZZARA, *Promesse «condizionate» a una prestazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 332 ss.; G.F. BASINI, *La "promessa condizionata ad una prestazione". Individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 3, p. 200 ss.; ID., *Le promesse condizionate ad una prestazione e l'art. 1333*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 7, p. 584 ss.

³⁶³ In argomento cfr. E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000; F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005.

³⁶⁴ Cfr. C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, p. 294 ss.; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1998, p. 1 ss.

³⁶⁵ Con specifico riguardo ai dati personali cfr. S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 180.

³⁶⁶ Così invece S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 102.

dopo che il trattamento dei dati personali sia terminato, di modo che non residuerebbe più alcun vincolo in ordine al relativo sfruttamento.

Rispetto al secondo modo in cui l'assenza di vincolo può declinarsi, va osservato che il contratto è compatibile con la facoltà della parte, i cui attributi immateriali siano in esso implicati, di sciogliersi dal vincolo, mediante l'esercizio di un recesso espressione di *ius poenitendi*, il quale non si pone effettivamente in antitesi con il principio *pacta sunt servanda* di cui all'art. 1372 c.c., e quindi con l'esistenza di un vincolo contrattuale³⁶⁷. Infatti, una simile facoltà in favore di una parte ben potrebbe essere convenzionalmente stabilita, senza che ciò vada a inficiare la natura contrattuale della relazione; e a maggior ragione essa potrebbe derivare da norme poste dal legislatore, così come del resto contemplato anche dalla richiamata disposizione, nonché dalla regolamentazione predisposta in relazione a diversi schemi contrattuali tipici³⁶⁸. Ne deve allora derivare la constatazione per cui la libera recedibilità *ad nutum* di una parte, intesa come condizione necessaria affinché la persona sia garantita dal pericolo di indebite coartazioni relative all'esplicazione della propria identità, non costituisce un vero ostacolo alla configurabilità di un contratto³⁶⁹.

Ecco dunque che la pur indimostrata inammissibilità dell'assunzione di un vincolo involgente lo sfruttamento degli attributi della persona non è comunque tale da implicare *tout court* una loro totale e assoluta ineducibilità in contratto, limitandosi a imporre una certa conformazione del regolamento negoziale, e della disciplina ad esso applicabile, contemplante il riconoscimento della facoltà della parte cui essi si riferiscono di liberarsi

³⁶⁷ Cfr., in particolare, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge tra le parti*, Milano, 1993, p. 27 ss.

³⁶⁸ Per un'interessante rassegna si vedano i contributi raccolti in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994.

³⁶⁹ In generale sul rapporto di compatibilità tra libera revocabilità del consenso e vincolo contrattuale cfr. G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 60; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955, p. 76; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 65 s.

dall'impegno assunto in modo da preservare pienamente le esigenze connesse al libero svolgimento della propria personalità.

In proposito è opportuno notare che sebbene la normativa di protezione dei dati personali preveda una facoltà di libera revocabilità del consenso al trattamento (art. 7, par. 3, GDPR), nondimeno la *ratio* che ne è alla base non risiede nell'inammissibilità di un vincolo ad esso relativo, giustificandosi piuttosto con l'esigenza di assicurare all'interessato il controllo dei propri dati, anche nell'ottica di costituire un contrappeso rispetto alla posizione di forza del titolare del trattamento, nonché di salvaguardare interessi più generali legati al rischio di concentrazioni. In ogni caso, va rilevato come la stessa idea per cui dovrebbe considerarsi del tutto inammissibile l'instaurazione di un vincolo attinente agli attributi immateriali della personalità appare smentita dal dato positivo, in specie nel settore del diritto industriale, il quale attesta come l'ordinamento contempli l'esistenza di simili vincoli, ove peraltro il potere di recedere o è del tutto assente o, comunque, significativamente limitato³⁷⁰.

Del resto, uno sguardo attento rivela come il nostro ordinamento non ritenga incompatibile con la figura contrattuale la circostanza che una parte possa in qualsiasi momento impedire alla controparte l'utilizzo del bene oggetto della propria prestazione. Si ponga mente, in tal senso, in particolare allo schema contrattuale del cd. "precario oneroso", là dove una parte concede all'altra il godimento di un bene a fronte di un corrispettivo, potendone in ogni momento chiederne la restituzione³⁷¹. Non dissimile appare infatti il

³⁷⁰ In senso analogo cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 147 ss.

³⁷¹ Sulla figura del precario oneroso v. Cass., 11 giugno 1953, n. 1695, in *Giustizia civile*, 1953, I, p. 1832; Cass., 13 febbraio 1968, n. 488, in *Il Foro padano*, 1969, I, p. 306; Cass., 24 giugno 1981, n. 4109, in *Massimario di Giustizia civile*, 1981, p. 1451; Cass., 18 ottobre 1986, n. 6146, *ivi*, 1986, p. 10; Cass., 13 marzo 1951, n. 626, in *Giurisprudenza italiana*, 1952, I, 1, p. 534; in dottrina, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, p. 171; P. COSENTINO, P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986, p. 265; M. DE TILLA, *Sulla differenza tra locazione e comodato*, nota a Cass., 7 novembre 2000, n. 14472, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, 3, p. 323 ss.; V. BERTOLDI,

meccanismo che andrebbe a connotare un contratto nel quale l'interessato presti il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali, in cambio di un bene o di un servizio, rimanendo tuttavia libero in ogni tempo di revocare liberamente detto consenso e in tal modo di impedire al fornitore di proseguire nel lecito utilizzo dei propri dati.

Pertanto, in definitiva, deve riconoscersi che gli attributi immateriali della personalità, tra cui i dati personali, e in specie il relativo trattamento, possano lecitamente essere dedotti in contratto, e che simili relazioni debbano reputarsi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non ponendosi la figura del contratto in termini necessariamente antitetici rispetto alle esigenze di salvaguardia del libero sviluppo della personalità umana³⁷².

A questo punto, non resta che prendere in considerazione le obiezioni rivolte alla configurabilità di un contratto con specifico riguardo proprio alle fattispecie "beni o servizi contro dati personali". Non sono mancate, infatti, posizioni inclini a ritenere che siffatte ipotesi non siano suscettibili di venire qualificate in termini contrattuali, quando non addirittura a escluderle dall'area delle relazioni dotate di rilevanza giuridico. In tale ultimo senso devono infatti rammentarsi quelle ricostruzioni per le quali un simile scambio darebbe luogo soltanto a un rapporto caratterizzato da un rilievo soltanto morale o sociale, ma non anche giuridico, come tale relegabile nella dimensione delle obbligazioni naturali³⁷³. Posizione non dissimile è quella

Sub art. 447-bis c.p.c., in *Locazione*, a cura di V. Cuffaro, F. Padovini, in *Codice ipertestuale di locazione e condominio*, diretto da S. Patti, Torino, 2006, p. 161; A. CARRATO, A. SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Milano, 2010, p. 27 ss.; R. MASONI, Sub artt. 1809-1811, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, p. 221 s.

³⁷² In giurisprudenza, nel senso del riconoscimento dell'ammissibilità di un contratto in cui sia dedotto come riferimento oggettivo lo sfruttamento di propri attributi della personalità, sebbene con riferimento a ipotesi diverse da quella dei dati personali, cfr., tra le altre, Cass., 10 novembre 1979, n. 5790, cit., Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, cit.; Cass., 16 aprile 1991, n. 4031, cit.

³⁷³ Per una critica di tale tesi v. C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 221; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 417.

riconducibile alla tesi, diffusa specialmente nel contesto di altri ordinamenti, secondo la quale le descritte operazioni vadano ascritte all'area dei rapporti di mero fatto, con conseguente inidoneità alla produzione di effetti di natura giuridica tra le parti, essenzialmente in quanto mancherebbe l'elemento fondamentale rappresentato dalla "intenzione" di instaurare un rapporto giuridicamente rilevante. Al riguardo è agevole rispondere che sovente il fornitore, predisponendo i cc.dd. "termini e condizioni" per la fruizione del servizio, lascia per ciò stesso intendere l'esistenza di una consapevolezza e di una volontà circa la connotazione giuridica della relazione³⁷⁴.

Non va sottaciuta, poi, la posizione per cui le suindicate fattispecie non configurerebbero né un mero fatto, né un contratto, dando luogo, piuttosto, a un non meglio definito *tertium genus*³⁷⁵.

In prospettiva diametralmente opposta si innesta, invece, l'opinione di chi, in ottica analoga a quella cui prima si è approdati all'esito dell'analisi svolta, è incline a ritenere che il consenso al trattamento dei dati personali, prestato a fronte di un corrispettivo, determina l'instaurarsi di una relazione sicuramente giuridicamente rilevante, e precisamente connotata da una natura contrattuale, in quanto la ricorrenza di elementi aventi carattere patrimoniale, in uno con l'instaurazione di un rapporto di scambio, pur non alterando la natura del consenso quale atto di autodeterminazione, fanno scaturire l'operatività di regole di mercato³⁷⁶.

Siffatte notazioni, unitamente ai rilievi di portata più ampia poc'anzi illustrati, paiono costituire, alla luce delle premesse direttrici metodologiche, gli argomenti più solidi e convincenti rispetto al riconoscimento della

³⁷⁴ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 417 ss.

³⁷⁵ In tal senso R. JANAL, *Fishing for an Agreement*, cit., p. 290 ss.

³⁷⁶ Cfr. S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 172, 176 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 689 ss.

possibilità di qualificare lo scambio “beni o servizi contro dati” in chiave contrattuale³⁷⁷.

7. Brevi riflessioni conclusive

L’indagine condotta nel presente Capitolo ha consentito di focalizzare i plurimi profili problematici posti dalle operazioni economiche di “scambio” di “contenuti o servizi digitali contro dati personali”, contemplate dalle Direttive europee nn. 2019/770 e 2019/2161.

In particolare, è innanzitutto emersa la necessità di ridimensionare la portata – generalmente sopravvalutata – dell’impatto di tali previsioni su questioni cruciali quali l’ammissibilità di simili fattispecie nonché il loro inquadramento in termini contrattuali, segnalandosi l’esigenza di una ricostruzione improntata alle tecniche e agli strumenti propri del procedimento di interpretazione e qualificazione e alla luce di tutti gli elementi offerti dal complesso, ma unitario, ordinamento giuridico.

Così, dal primo punto di vista, si è evidenziato come la liceità del fenomeno del condizionamento dell’erogazione di beni o servizi alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali (*tying*) debba valutarsi alla stregua, principalmente, dei canoni emergenti dal quadro normativo in materia di *data protection* – segnatamente dei requisiti posti a presidio della libera esplicazione della capacità di autodeterminazione dell’interessato –, i quali ne impongono una verifica di compatibilità inevitabilmente casistica e sulla base di criteri idonei a mitigare, essenzialmente, lo squilibrio tra titolare del trattamento e interessato nonché

³⁷⁷ Riconosce, incidentalmente, che simili fattispecie possano essere ascritte alla figura contrattuale P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 362 s.

il *deficit* di consapevolezza che tipicamente caratterizza l'agire di quest'ultimo.

Rispetto al secondo profilo, invece, si è pervenuti all'indicato risultato all'esito di un'articolata indagine che ha posto in evidenza la necessità di un superamento dei tradizionali dogmi della "indisponibilità" e della "extra-patrimonialità" in relazione agli "attributi immateriali della personalità". Ciò in linea con l'esigenza di una rinnovata impostazione che, affrancandosi da modelli concettuali improntati, da un lato, ad una netta separazione tra "persona" e "patrimonio" e, dall'altro, alla dominanza di schemi legati alle categorie dell'avere sulle esigenze proprie della sfera dell'essere, sia tesa a considerare tali profili quali componenti di un'unica e inscindibile realtà, in aderenza alla gerarchia dei valori espressa dalla Costituzione, la quale tutela le situazioni patrimoniali pretendendone la funzionalizzazione agli interessi esistenziali nell'ottica della promozione del supremo valore della persona umana. Nella stessa direzione si è poi provveduto a dimostrare, in particolare, come non risulti incompatibile con la figura contrattuale la facoltà di una parte di impedire all'altra, in qualsiasi momento, la prosecuzione dell'utilizzo, dello sfruttamento del bene oggetto della propria prestazione, come avverrebbe in caso di esercizio del diritto di revoca del consenso al trattamento da parte dell'interessato, secondo quanto testimoniato, ad esempio, dallo schema contrattuale del precario, che pure, peraltro, conosce una variante a titolo oneroso.

In questo modo, si è evidenziata la necessità di riconoscere come la salvaguardia delle esigenze concernenti il pieno sviluppo della persona umana esiga non una generale e aprioristica esclusione dello strumento contrattuale dal campo dei dati personali, bensì un equo bilanciamento degli interessi in gioco sul piano del controllo dell'atto di autonomia e della disciplina del rapporto ad esso conseguente.

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLE FATTISPECIE E AI RAPPORTI BASATI SULLO SCHEMA “BENI O SERVIZI CONTRO DATI”

1. Natura sinallagmatica del legame tra bene o servizio e dati personali

Nel capitolo precedente si è dimostrata l'insussistenza di una generale preclusione relativa alla possibilità di dedurre in contratto gli attributi immateriali della personalità e, pertanto, alla capacità di questi ultimi di assurgere a punto di riferimento oggettivo della figura contrattuale. Si è dunque pervenuti, in via conclusiva, all'affermazione della possibilità di qualificare le fattispecie involgenti lo schema “beni o servizi contro dati” in termini di contratto.

Da ciò deriva certamente l'applicabilità a tali relazioni, in via generale, della disciplina dettata in materia di contratto³⁷⁸. Ovviamente, però, questa non potrà non subire le necessarie integrazioni e gli opportuni adattamenti in conseguenza delle specificità e peculiarità che connotano le fattispecie in esame, al crocevia, come si è avuto modo di mettere in risalto più volte, tra diritto dei contratti, diritto dei consumatori e protezione dei dati personali³⁷⁹.

A questo punto, quindi, occorre indagare in ordine al *proprium* di simili fattispecie e al modo in cui esse interagiscono con le norme

³⁷⁸ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 436 ss.

Una lungimirante rassegna delle implicazioni legate all'esistenza di un rapporto negoziale tra interessato e titolare del trattamento è nelle pagine di G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, cit., p. 123 ss.

³⁷⁹ Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 276 ss.

dell'ordinamento, in modo da poter rintracciare con esattezza la disciplina che ne connota i singoli aspetti.

L'attenzione deve quindi essere rivolta, in primo luogo, a quei profili caratterizzanti le operazioni in questione che ne consentono una più precisa qualificazione e, quindi, una meglio definita collocazione nell'ambito dell'ampio e complesso fenomeno contrattuale, nell'ottica di individuare la normativa che ad esse risulta effettivamente applicabile.

Il primo punto che desta uno speciale interesse è quello attinente al tipo di relazione sussistente tra il bene o il servizio, da un lato, e, dall'altro, i dati personali, o il relativo trattamento, o il consenso dell'interessato volto a renderlo lecito e a cui la fornitura del primo sia condizionata. Ciò che occorre chiedersi è se, ed eventualmente in che modo, l'autorizzazione al trattamento dei dati personali assuma una rilevanza giuridicamente qualificata nell'ambito della fattispecie di fornitura del bene o del servizio, configurata in termini contrattuali, e segnatamente in che posizione vada a porsi rispetto a quest'ultima.

Innanzitutto, occorre muovere dalla constatazione della stretta connessione tra i due elementi delle fattispecie in questione che sussiste, sicuramente, sul piano economico³⁸⁰. Da qui bisogna partire al fine di indagare circa l'esistenza e le caratteristiche di un'interrelazione tra i due termini anche sul piano giuridico.

La prima osservazione che in questa prospettiva deve svolgersi è quella per cui non vi è dubbio che l'offerta dei beni o dei servizi condizionata alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali sia sorretta da un interesse di natura economica in capo al fornitore. Può dunque certamente escludersi che detta offerta possa configurarsi in termini di liberalità, atteso

³⁸⁰ Cfr., ad esempio, C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 4, p. 1049 ss.; C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, cit., p. 669 ss.

che non è certamente di indole donativa l'*animus* che sorregge il comportamento dell'operatore nei confronti della platea di possibili interessati, il quale è invece senza dubbio improntato a ragioni di natura commerciale e quindi a interessi economici³⁸¹. Invero, il fornitore offre i propri beni o servizi al fine di ottenere l'accesso ai dati personali degli utenti, e più precisamente nell'ottica di poter trarre quelle utilità di carattere economico che possono derivare dall'attività di trattamento degli stessi per finalità ulteriori rispetto a quella rappresentata dalla mera prestazione di quanto promesso e quindi dovuto. Si pensi, ad esempio, al rilevante interesse, di indubbia connotazione economica, connesso alla prospettiva di conoscere le abitudini e le preferenze di consumo degli utenti, di poter effettuare analitiche e profilazioni al fine di condurre campagne pubblicitarie mirate o di poter differenziare i prezzi in base alla capacità o alla propensione alla spesa di ciascuno, o ancora dei guadagni che potrebbe trarre dalla cessione delle informazioni raccolte ai cc.dd. *data broker*. Se quanto detto può predicarsi in generale ogniqualvolta l'offerta dei beni o dei servizi sia condizionata, per l'appunto, alla prestazione, da parte dell'interessato, del consenso al trattamento dei propri dati personali per finalità ulteriori, ciò risulta di particolare evidenza in relazione all'ambito dei cc.dd. "mercati a più versanti", o "*two sided markets*"³⁸², come ad esempio, per rimanere nel

³⁸¹ Cfr., tra gli altri, P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 636 ss.; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 108 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, p. 96.

³⁸² Al riguardo è necessario il riferimento a J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, p. 990 ss.; v. altresì J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services*, cit., p. 42 s.; E. CAMILLERI, "Facebook credits" e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 146 ss.

Mette a confronto il concetto di "mercato a più versanti" con quello di piattaforme della *digital economy* G.A.M. BELLOMO, "There ain't no such thing as a free lunch", cit., p. 215.

mondo della rete, quello dei *social network*³⁸³, ove le prestazioni offerte in assenza di corrispettivo alla platea degli utenti, da un lato del mercato, sono finalizzate ad accrescere il valore ritraibile, dall'altro lato dello stesso, nei confronti degli inserzionisti³⁸⁴.

Deve pertanto escludersi, innanzitutto, che operazioni come quelle oggetto di analisi possano dar luogo a contratti liberali, a donazioni, potendo al più parlarsi di gratuità interessata³⁸⁵.

Tuttavia, in relazione alle fattispecie in esame, è la stessa qualificazione in termini di gratuità a non apparire affatto convincente³⁸⁶.

In proposito, occorre infatti verificare se la posizione assunta nell'ambito dell'operazione dal consenso al trattamento prestatore dall'interessato sia tale da farle assumere un carattere non meramente gratuito, bensì oneroso. Ed è da qui che bisogna poi muovere al fine di stabilire se tra le prestazioni caratterizzanti tali fattispecie sussista o meno un nesso o legame di tipo sinallagmatico, in virtù del quale ciascuna di esse si giustifichi in ragione e in funzione dell'altra e tale per cui debba farsi luogo all'applicazione della disciplina relativa ai contratti sinallagmatici o a prestazioni corrispettive.

Il problema era già emerso in relazione ai contratti di accesso a Internet, là dove, a fronte di posizioni tese a considerarli come contratti "unilaterali" improntati al paradigma della gratuità interessata³⁸⁷, si era da

³⁸³ In argomento si rinvia, in generale, a C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.

³⁸⁴ Cfr. W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 232.

³⁸⁵ Cfr., in particolare, F. ASTONE, *op. cit.*, p. 114.

³⁸⁶ Escluso, senz'altro, che possa trattarsi di contratti donativi, rileva come non potrebbe parlarsi neanche di contratti gratuiti interessati ove il consenso al trattamento dei dati personali voglia configurarsi "come un vero e proprio prezzo per la fruizione dei servizi" R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 96.

³⁸⁷ Cfr. F. DELFINI, *I contratti dei consumatori e Internet*, in *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi e mezzi di tutela*, a cura di C. Vaccà, Milano, 2000, p. 337 s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, *cit.*, p. 96.

taluno ritenuto che tali contratti potessero qualificarsi come onerosi ove ne fossero scaturiti per il fornitore benefici concreti e attuali e non soltanto futuri ed eventuali, ad esempio in presenza di accordi con terze parti per la comunicazione dei dati raccolti³⁸⁸.

Ovviamente, là dove il consenso al trattamento dei dati, pur essendo richiesto nel medesimo contesto dell'offerta del bene o del servizio, non viene richiesto alla stregua di condizione necessaria della stessa, si sarà in presenza di un contratto gratuito interessato, giacché l'anzidetto consenso non giocherà alcuna rilevanza nell'ambito del regolamento negoziale ma rimarrà al suo esterno. Allorché, invece, al rilascio del consenso al trattamento venga effettivamente condizionata l'erogazione del bene o del servizio, senza che si ricada nei casi in cui il *tying* debba reputarsi illecito³⁸⁹, la questione dinanzi prospettata assume un effettivo rilievo.

In base all'impostazione che appare preferibile, il carattere dell'onerosità risiede nella circostanza per cui ciascuna parte sopporta un sacrificio patrimoniale onde poter ricavare i vantaggi derivanti dal contratto, il quale non deve necessariamente discendere direttamente dal sacrificio sopportato dalla controparte³⁹⁰. Tale qualifica può dunque essere riferita non soltanto ai contratti aventi causa di scambio, ma anche a quelli con carattere associativo, ove appunto manca la reciprocità dei sacrifici. Naturalmente, la valutazione tesa ad individuare l'esistenza o meno di tale carattere deve compiersi alla luce non del singolo atto ma dell'operazione economica, in cui

³⁸⁸ Cfr. S.F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 1096 s.; M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale: dalla rete internet al "door to door"*, Napoli, 2001, p. 234 ss.; A.M. GAMBINO, *I contratti di accesso*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri, L. Ruggeri, cit., p. 198 s.

³⁸⁹ Si rimanda alla ricostruzione svolta *supra*, Cap. II, par. 2.

³⁹⁰ In tal senso si vedano, almeno, F. MESSINEO, *Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 918 ss.; P. RESCIGNO, *Contratto. I) In generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 28; E. ROPPO, *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, Torino, 1989, p. 100.

esso si inserisce, nella sua complessità. In questo modo, infatti, anche un contratto cd. “unilaterale”, ossia contemplante obbligazioni in capo a una parte soltanto, sarà suscettibile di una qualificazione in termini di onerosità ove risulti in collegamento con altri atti da cui scaturiscano sacrifici a carico delle altre parti.

Su un piano diverso si colloca, invece, il concetto di corrispettività, in virtù del quale le prestazioni dedotte in contratto sono avvinte da un nesso di interdipendenza inteso come reciproco condizionamento, tale per cui ciascuna si giustifica in funzione dell'altra, e le vicende dell'una si ripercuotono sull'altra³⁹¹. Chiaramente, a tal fine la nozione di prestazione non va assunta in senso tecnico, ossia quale comportamento dovuto oggetto dell'obbligazione, bensì in termini più ampi, nel senso di “attribuzione patrimoniale” realizzata quale effetto del contratto, a cui possono ricondursi anche la costituzione o il trasferimento di diritti operati tramite i contratti traslativi o reali³⁹². Quindi, occorre stabilire se tra la fornitura del bene o del servizio e il consenso al trattamento dei dati personali vi sia una tale reciprocità.

Per raggiungere una qualificazione, interessa dunque verificare se vi sia un'interdipendenza, del genere sopra specificato, tra il trattamento dei dati e l'erogazione del servizio. Al riguardo bisogna in primo luogo considerare le difficoltà connesse a un'idea per cui dal consenso al trattamento dei dati

³⁹¹ Si vedano, anche per il rapporto tra il concetto di corrispettività e quello di onerosità, G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 104 ss.; A. CATAUDELLA, *Il contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 319; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 256 ss., A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, p. 136, 159; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 34. Cfr. anche F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 911 ss.; P. RESCIGNO, *Contratto*, cit., p. 27 s.; E. ROPPO, *Contratto*, cit., p. 101.

³⁹² Cfr. G. OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, p. 490; G. SCALFI, *op. cit.*, p. 16 s.; G. BISCONTINI, *op. cit.*, p. 14 s.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1436 s.

Sulla nozione di “attribuzione patrimoniale” si veda, per tutti, R. NICOLÒ, *Attribuzione patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 283 ss.

personali possa scaturire un'obbligazione a carico dell'interessato avente ad oggetto proprio tale trattamento, dal momento che detto consenso può essere in ogni tempo liberamente revocato, come previsto dall'art. 7, par. 3, GDPR³⁹³. Infatti, siccome per una tale revoca non è richiesta alcuna formalità, viene a risultare inconcepibile la stessa possibilità di un inadempimento, giacché ciò che dovrebbe essere tale integra, invece, esercizio del medesimo diritto³⁹⁴.

Piuttosto, la prestazione e il perdurare del consenso al trattamento potrà essere individuata dal fornitore e dall'interessato come condizione cui sia subordinata l'erogazione dell'utilità oggetto dell'offerta. In quest'ottica, il consenso al trattamento dei propri dati personali è senz'altro atto a configurare un sacrificio di tipo giuridico-economico a carico dell'interessato, quale presupposto dell'idea di corrispettività, e correlativamente un beneficio della stessa natura in favore del fornitore, il quale potrà in tal modo effettuare lecitamente il trattamento in questione. In una tale situazione, ben potrà ravvisarsi quel legame di reciprocità tra le prestazioni tale da configurare un vero e proprio nesso sinallagmatico³⁹⁵.

Naturalmente, una simile circostanza non si verifica laddove il fornitore sia già abilitato a trattare i dati personali dell'interessato sulla base di una diversa base giuridica di liceità, tra cui in particolare il legittimo interesse del titolare *ex art. 6, lett. f*, GDPR, e quindi indipendentemente dal

³⁹³ Per specifiche considerazioni v. *infra*, par. 3.

³⁹⁴ In tal senso v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 178 s.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 155 s.

³⁹⁵ In questa prospettiva, con varietà di accenti, v., soprattutto, G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., spec. p. 416, 430; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali*, cit., spec. p. 75 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., spec. p. 181; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 689 ss.; F. BRAVO, *La «compravendita» di dati personali?*, in *Diritto di Internet*, 2020, 3, p. 535. In tal senso è anche la letteratura estera cui si è di volta in volta fatto riferimento; in senso contrario v. H. SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, p. 74 ss.

consenso dello stesso³⁹⁶. Ciò è a dirsi anche nel caso in cui il titolare del trattamento abbia richiesto il consenso della persona interessata pur in presenza di una diversa condizione di liceità del trattamento, come lascia intuire il disposto dell'art. 17, par. 2, lett. *b*, GDPR, in base al quale, in caso di revoca del consenso, l'interessato ha diritto a ottenere la cancellazione dei dati solo in mancanza di altro fondamento giuridico legittimante il trattamento³⁹⁷.

Deve quindi evidenziarsi che nelle fattispecie oggetto della presente analisi, caratterizzata da un'offerta di beni o servizi condizionata, al di fuori delle ipotesi di divieto di *tying*, alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali, seppure in mancanza del sorgere di un'obbligazione in relazione a quest'ultimo, è possibile ravvisare un vero e proprio nesso di corrispettività, un legame sinallagmatico, tra l'erogazione dei primi e il trattamento *de quo*, in virtù del quale risultano giustificati l'una in funzione dell'altro e viceversa e tale per cui le vicende incidenti su ciascuno di essi finiscono inevitabilmente per ripercuotersi sull'altro³⁹⁸.

In questa prospettiva, il trattamento dei dati personali basato sul consenso dell'interessato ad opera del fornitore del bene o del servizio assume il significato giuridico di vera e propria controprestazione di quest'ultimo. Si deve allora osservare come il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali, anche indipendentemente dal problema di una sua qualificazione in termini negoziali, è negoziabile, idoneo a "farsi prestazione" e, precisamente, a inserirsi all'interno di un circuito di scambio insieme alle utilità che allo stesso siano subordinate³⁹⁹.

³⁹⁶ Per tale precisazione cfr. C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 220; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 72.

³⁹⁷ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 180 s.

³⁹⁸ In senso contrario v. F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, II, p. 2558; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un 'revival innovativo'*, in *Il Foro italiano*, 2018, V, p. 149.

³⁹⁹ L'efficace immagine è di M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale*, cit., p. 234 ss.

I dati personali che costituiscono termine di riferimento di tale nesso possono sia essere forniti direttamente dall'interessato, sia raccolti durante e in occasione dell'utilizzo del bene o del servizio, nel qual caso il fornitore potrebbe non essere in grado di conoscere, all'inizio, le caratteristiche quantitative e qualitative dei dati di cui avrà disponibilità, sicché si configurerà un contratto aleatorio. Più precisamente, l'elemento su cui l'alea andrà a ricadere sarà generalmente rappresentato dal *quantum* dei dati oggetto del trattamento; tuttavia, esso ben potrebbe essere costituito dall'*an*, in quei pur rari casi in cui l'interessato ometta di fare alcun utilizzo del bene o del servizio fornito⁴⁰⁰. L'aleatorietà del contratto fa sì che, nel caso in cui l'interessato produca una quantità molto limitata di dati, ad esempio ove faccia un uso piuttosto esiguo del bene o del servizio, il fornitore non sarà legittimato a interrompere del servizio, proprio in quanto ne ha assunto il rischio⁴⁰¹.

Deve rilevarsi come, a ben guardare, il sinallagma in questione sia connotato da un aspetto di indubbia peculiarità, che purtuttavia non ne inficia la configurabilità. Infatti, mentre l'interesse della persona cui i dati si riferiscono si dirige verso la controprestazione, rappresentata dalla fornitura del bene o del servizio, in una dimensione limitata allo specifico rapporto contrattuale, diversamente l'interesse del fornitore alla controprestazione insita nel trattamento dei dati trascende l'anzidetta dimensione per acquisire rilevanza in un contesto più ampio attinente allo svolgimento di trattamenti di dati personali su larga scala. La connotazione sinallagmatica della relazione tra le attribuzioni in questione è nondimeno fatta salva dalla circostanza per cui la rilevata dimensione dell'interesse del fornitore non

⁴⁰⁰ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 182 s.

⁴⁰¹ Sulla figura del contratto aleatorio si vedano, almeno, R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss.; E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Roma, 2001, p. 1 ss.; ID., *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997; A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, spec. p. 63 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

toglie comunque che questi necessiti di entrare nella disponibilità dei dati personali del singolo utente, indispensabili per poter elaborare *dataset* più complessi e articolati⁴⁰².

Su un piano pratico, la qualificazione delle fattispecie in discorso in termini di contratto sinallagmatico, o a prestazioni corrispettive, conduce a una serie di conseguenze ricostruttive e applicative, la più importante delle quali attiene sicuramente all'individuazione dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti⁴⁰³.

Peraltro, la rilevata natura onerosa dei contratti in parola andrebbe a ripercuotersi sulla valutazione della responsabilità ricadente in capo al fornitore in caso di inadempimento dei propri obblighi contrattuali, la quale dovrebbe compiersi con pieno rigore, a differenza di quanto può avvenire laddove la prestazione sia dovuta a titolo gratuito⁴⁰⁴.

Infine, non va sottaciuto che l'idea di considerare i dati personali dell'interessato come avvinti da un nesso di sinallagmaticità con la prestazione del fornitore e quindi alla stregua di una controprestazione del bene o del servizio da questi offerto, può in qualche modo interferire con le istanze di tutela sottese al quadro normativo in materia di protezione dei dati personali, la quale rimane in ogni caso pienamente applicabile anche a cosiffatte relazioni. Tale quadro, peraltro, è intrinsecamente connotato, come reso palese fin dallo stesso art. 1 GDPR, dalla doppia necessità di favorire un'ampia circolazione dei dati personali, per un verso, e, per altro verso, di tutelare le persone fisiche con riguardo al trattamento dei propri dati personali⁴⁰⁵.

⁴⁰² Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 183.

⁴⁰³ In tema v. diffusamente *infra*, par. 2.

⁴⁰⁴ Cfr. F. DELFINI, *I contratti dei consumatori e Internet*, cit., p. 338; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit. p. 87 ss.; con particolare riferimento ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali si veda pure R. JANAL, *Fishing for an Agreement*, cit., p. 285 ss.

⁴⁰⁵ Sull'equilibrio tra tali contrapposte esigenze cfr. C. WENDEHORST, *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools. Münster Colloquia on EU*

In ultimo, all’esito della complessiva analisi svolta, pare opportuno svolgere una precisazione rispetto ai profili ricostruttivi concernenti le fattispecie in esame. Si è infatti dimostrata la possibilità di inquadrare l’operazione ad esse sottesa in termini di unico contratto avente natura corrispettiva, sul presupposto della rilevata attitudine del consenso al trattamento dei dati personali di “entrare” nell’assetto degli interessi sottostante al contratto volto a regolare la fornitura del bene o del servizio ad esso subordinato. Nondimeno, ove non si intenda condividere una tale circostanza, ben potrebbe accedersi ad una diversa ricostruzione, in virtù della quale l’atto di consenso al trattamento, lungi dal saldarsi alla fornitura del bene o del servizio nel medesimo regolamento assurgendo a vera e propria “controprestazione” della stessa, rimarrebbe al di fuori del contratto in questione rispetto al quale si porrebbe in un rapporto descrivibile in termini di collegamento negoziale⁴⁰⁶, e quindi di “corrispettività indiretta”⁴⁰⁷, con conseguenze pratiche, in punto di disciplina concretamente applicabile, non dissimili da quelle poc’anzi evidenziate⁴⁰⁸.

Law and the Digital Economy III, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, cit., p. 327 ss.; C. BEDIR, *Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict*, 2018, disponibile in www.ssrn.com.

⁴⁰⁶ Cfr. A. QUARTA, *op. cit.*, p. 308; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 156 ss.; nello stesso senso, sebbene in termini più impliciti, sembra R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2020, 2, p. 770 ss.

⁴⁰⁷ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., p. 510.

⁴⁰⁸ Sul collegamento negoziale in generale e sulla sua rilevanza si vedano, ad esempio, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1937, p. 275 ss; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, p. 412 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 48 ss.; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; C. COLOMBO, *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, Padova, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.

2. Gli effetti del contratto e i diritti ed obblighi reciproci delle parti

Ricostruita l'operazione economica involgente la fornitura di dati personali a fronte dell'erogazione di un bene servizio in termini contrattuali, giova ora soffermarsi su talune questioni attinenti alle caratteristiche effettuali di tali contratti e alla disciplina del rapporto che ne deriva.

Dal primo punto di vista, merita richiamare, per introdurre la riflessione, la lucida intuizione di un autorevole giurista, espressa in quello che, per quanto ormai non più recente, continua a rappresentare uno dei più importanti studi in materia: "(...) si potrebbero collocare i negozi concernenti gli attributi della personalità in tre diverse prospettive: una, prima, «realista» che assuma a modello i negozi attributivi, traslativi o concessivi di situazioni reali; una seconda «obbligatoria» che consideri tali negozi meramente costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni obbligatorie; una terza, infine, «industrialista» che attinga alla ricca esperienza negoziale in temi di c.d. beni immateriali"⁴⁰⁹.

Nella prima prospettiva – che la dottrina appena citata esemplificava, seppur in termini dubitativi e non celando le dovute riserve, nello schema dell'usufrutto e nell'esperienza in tema di atti di rinuncia o autorizzativi⁴¹⁰ – la soluzione più intuitiva potrebbe forse sembrare quella di immaginare, sulla scorta dell'applicazione agli attributi immateriali della personalità della teoria dei beni giuridici, un trasferimento, inteso quale mutamento della titolarità, della relativa componente patrimoniale⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Il riferimento è al noto brano di V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., p. 593.

⁴¹⁰ V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., p. 593 s., il quale in tal modo instaurava un ideale dialogo con le riflessioni di P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., spec. p. 149, 157 s.

⁴¹¹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 27 ss.

Le ragioni per cui una tale soluzione, scevra da un'attenta considerazione delle peculiarità degli attributi immateriali della personalità quali entità intrise di un insopprimibile radicamento personalistico-esistenziale, non appare percorribile nell'odierno contesto ordinamentale sono autoevidenti⁴¹². In proposito, infatti, non bisogna obliare la caratteristica fondamentale che distingue i dati personali da tutti gli altri beni giuridici, ossia "l'attitudine a rilevare come risorsa oggetto, non di appropriazione bensì di *accesso*, non di un'attività di godimento bensì di un'attività di *trattamento* da parte di terzi per specifiche finalità meritevoli"⁴¹³.

I medesimi rilievi possono svolgersi con riferimento alla concezione che, nel quadro del surrichiamato paradigma industrialista, è tesa ad isolare, nell'ambito dei diritti della personalità, una situazione avente contenuto patrimoniale, incidente sulla componente economica dell'attributo immateriale, liberamente alienabile, dal contenuto morale del medesimo, a sua volta oggetto di una situazione avente natura esistenziale, insuscettibile di vicende traslative⁴¹⁴.

A tal proposito, alle considerazioni già svolte può aggiungersi la constatazione di come l'indicata tendenza tradisca un'idea patrimonialistica del diritto privato, improntata alla preminenza concettuale delle categorie dell'avere, la quale risulta ormai destituita di fondamento nell'attuale assetto dell'ordinamento delineato dalla Costituzione e dalle fonti europee. Un simile modo di ragionare, invero, facendo applicazione delle logiche sottese al potere di disposizione proprio del paradigma dominicale⁴¹⁵, e pretendendo di

⁴¹² In tema cfr. V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, I, p. 26; A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, cit., p. 160 s.

⁴¹³ Sono le illuminate parole (corsivo originale) di F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., p. 154 ss.

⁴¹⁴ Cfr., tra gli altri, S. GATTI, *op. cit.*, p. 355 ss.; P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e «rights of publicity»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 1167.

⁴¹⁵ Sull'inapplicabilità di tale paradigma ai dati personali v. G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, cit., p. 11 ss.; per approfondimenti, anche in chiave comparatistica, cfr. N.N.

addivenire ad un'artificiosa scissione tra aspetti inestricabilmente intrecciati nell'unitaria, benché complessa, situazione giuridica involgente l'attributo immateriale della personalità, finirebbe per trascurare, invece di valorizzare, la specifica natura degli interessi effettivamente sottesi alle istanze di regolazione concernenti i dati personali, la cui indubbia connotazione anche patrimoniale non può e non deve sovrastarne l'ontologico radicamento al valore essenziale della persona umana⁴¹⁶.

Maggiormente in linea con le indicate coordinate appare invece la prospettiva tesa a ricostruire l'efficacia delle fattispecie in questione in termini (non derivativo-traslativi, ma) derivativo-constitutivi, come comportante, cioè, non il trasferimento della medesima situazione dall'alienante all'acquirente, bensì la costituzione nel patrimonio di quest'ultimo di una situazione giuridica nuova, derivata da quella del dante causa e tale da limitarne il contenuto⁴¹⁷.

È tale configurazione quella sposata da altra importante dottrina, nell'ambito di un altro fondamentale studio in materia, ove si evidenzia come essa ben si attagli alla fenomenologia in parola essendo in grado di assicurare un perdurante incisivo potere di controllo, in capo al disponente, sulle modalità di utilizzo della situazione acquistata dall'avente causa⁴¹⁸.

PURTOVA, *Property rights in personal data: A European perspective*, Oisterwijk, 2011; P. M. SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056 ss.; H. ZECH, *Information as Property*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2015, p. 192 ss.

⁴¹⁶ Per considerazioni di tale tenore v., ampiamente, M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali e autodeterminazione della persona*, cit., spec. p. 96 ss., 131 ss., e già EAD., *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, cit., spec. p. 98 ss.

⁴¹⁷ Con riguardo a tale peculiare tipologia di vicenda può rimandarsi, almeno, a S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, p. 82; R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, p. 611; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 109 s.; con specifico riferimento a un ambito limitrofo a quello oggetto di analisi v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 387, 649.

⁴¹⁸ Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 335 ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 235 ss.

Non priva di attenzione è stata, altresì, la prospettiva obbligatoria sopra richiamata, nella quale il contratto involgente la fornitura di dati personali a fronte della prestazione di un bene o di un servizio determinerebbe l'assunzione, in capo al disponente, di un obbligo di comportamento, di eseguire una prestazione, a contenuto positivo o negativo, avente come punto di riferimento oggettivo i dati personali⁴¹⁹. In tale ottica la ricostruzione più diffusa è senz'altro quella tendente a configurare la nascita di un'obbligazione di *patti* in capo alla persona cui gli attributi immateriali si riferiscono⁴²⁰.

A tal proposito, occorre tuttavia rilevare le difficoltà connesse a un'idea per cui dal consenso al trattamento dei dati personali possa scaturire un'obbligazione a carico dell'interessato avente ad oggetto proprio tale trattamento, dal momento che detto consenso può essere in ogni tempo liberamente revocato, come previsto dall'art. 7, par. 3, GDPR, sicché ciò che dovrebbe costituire inadempimento di siffatta obbligazione integra, in realtà, esercizio di tale diritto⁴²¹. Invero, onde tentare di aggirare l'ostacolo, si è proposta una ricostruzione in termini parzialmente diversi, volti a ravvisare l'inadempimento dell'obbligazione così configurata non nella mancata autorizzazione del trattamento, bensì nel “non aver prestato la correttezza necessaria per il buon svolgimento del contratto”, la quale assurge a “contenuto stesso dell'obbligazione” e si esplicita nell'insorgenza di “specifici obblighi di esecuzione, che si estrinsecano nell'obbligo di continuazione della prestazione, inadempiti i quali sorge la responsabilità in capo al soggetto inadempiente”⁴²².

⁴¹⁹ In tale prospettiva cfr. P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 149 ss.; M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 1991, p. 433 ss. Con specifico riferimento ai dati personali cfr. F. BILOTTA, *op. cit.*, p. 89 e, nella letteratura internazionale, per tutti, C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 220.

⁴²⁰ Quanto alla giurisprudenza cfr., *ex pluris*, Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, cit.; Cass., 16 aprile 1991, n. 4031, cit.

⁴²¹ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 178 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 155 s.

⁴²² Per tale impostazione cfr. S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 182.

Con riferimento al secondo profilo indicato in apertura del presente paragrafo, si è rilevato come la ricostruzione delle fattispecie in questione in termini sinallagmatici conduca innanzitutto a rilevanti corollari in punto di definizione dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti della relazione contrattuale esaminata.

Innanzitutto, da un simile inquadramento discendono, chiaramente, obblighi in capo all'operatore economico che, a fronte dell'accesso ai dati personali del consumatore, offre allo stesso la fornitura di un bene o di un servizio. Invero, per quanto gli operatori, specie del mercato digitale, tendano a predisporre condizioni generali tese a sottolineare l'assenza di garanzie in ordine alla sussistenza e alle caratteristiche del bene o servizio offerto, non pare dubbio che gli stessi sarebbero tenuti all'esatta esecuzione della prestazione dovuta, potendosi fare riferimento, al fine di determinarne i contorni, anche a quanto enunciato, in assenza di eventuali moniti, nelle presentazioni pubblicitarie del prodotto⁴²³. In difetto, dunque, di un puntuale adempimento, verrebbe a configurarsi, in capo al fornitore, una responsabilità contrattuale, sebbene connotata da inevitabili difficoltà applicative come, ad esempio, relativamente alla consistenza e al valore del danno arrecato⁴²⁴. Naturalmente, le conseguenze risarcitorie relative alla produzione di un danno contrattuale sarebbero, nell'ipotesi di violazione del sistema informatico e di perdita dei dati, aggiuntive rispetto a quelle previste dal GDPR in caso di *data breach*⁴²⁵.

⁴²³ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 436 s., i quali richiamano l'opinione di W. HARTZOG, *Website Design as Contract*, in *American University Law Review*, 2011, p. 1635. Con specifico riferimento alle complicazioni derivanti dal caso in cui l'operazione sia conclusa per il tramite di una piattaforma si veda R. SCHULZE, *Supply of Digital Content*, cit., p. 129 s.

⁴²⁴ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 439 s., i quali pertanto si chiedono "se modelli di tipo compensativo e forfettario – o addirittura modelli di tutela in forma specifica che si avvalgano degli strumenti tecnologici – non siano molto più efficienti sia dal punto di vista satisfattivo che da quello generalpreventivo".

⁴²⁵ Il riferimento è, in particolare, agli artt. 33 s. e 82 s. GDPR. Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 438.

Inoltre, ancora in un'ottica di tutela dell'utente, specie contro la spesso difettosa trasparenza concernente le modalità del trattamento dei propri dati personali nonché il reale valore economico delle reciproche attribuzioni⁴²⁶, si è avanzata l'idea di poter configurare uno specifico obbligo informativo in tal senso in capo all'operatore, discendente da quelli più in generale posti dalla normativa di protezione dei dati personali e da quella a tutela dei consumatori⁴²⁷.

Nella medesima prospettiva, va specificato come la disciplina del rapporto contrattuale in questione risulti permeata anche dall'operatività dei diritti, volti ad assicurare alla persona interessata poteri di controllo e rimedi in merito all'utilizzo dei propri dati, posti dagli artt. 15 ss. GDPR⁴²⁸.

Nondimeno, da un inquadramento di matrice corrispettiva dei rapporti contrattuali in esame non sorgono esclusivamente conseguenze sfavorevoli per il fornitore e favorevoli per l'interessato, derivandone obblighi altresì in capo a quest'ultimo nei confronti della controparte.

È chiaro, infatti, che se il trattamento dei dati personali dell'interessato rappresenta l'utilità giuridico-economica costituente la "controprestazione" che l'operatore riceve in cambio dell'erogazione del bene o del servizio, allora l'interessato deve ritenersi tenuto a fornire dati esatti, veritieri e, in seguito, a mantenerli aggiornati; in mancanza, il legame sinallagmatico tra le prestazioni risulterebbe turbato, con la conseguente operatività dei rimedi previsti dall'ordinamento⁴²⁹.

⁴²⁶ V., altresì, C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 218 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 45.

⁴²⁷ Cfr. G. MALGIERI, B. CUSTERS, *op. cit.*, p. 294; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 433.

⁴²⁸ Per tale precisazione cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 434.

⁴²⁹ Per una puntuale disamina v. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 438 s.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 173. In riferimento al sistema tedesco, con diversi spunti utili anche in relazione all'ordinamento italiano, cfr. l'ampio studio di A. METZGER, *Dienst gegen Daten*, cit., p. 818 ss., nonché ID., *Data as Counter- Performance*, cit., p. 6 s.

Dunque, dalle considerazioni complessivamente svolte, emerge con chiarezza come la tutela dei valori essenziali della persona non comporti la necessità di negare la deducibilità in contratto dei dati personali, potendosi esprimere, più proficuamente in relazione all'equilibrato bilanciamento dei plurimi e variegati interessi in gioco, sul piano del controllo dell'atto di autonomia e della disciplina del rapporto.

3. Revoca del consenso al trattamento dei dati personali ed effetti sul rapporto contrattuale

Premesso l'inquadramento delle fattispecie in esame in termini di contratto a prestazioni corrispettive tra il consenso al trattamento dei dati personali, da un lato, e la fornitura del bene o del servizio, dall'altro, occorre ora soffermarsi sul problema relativo alle conseguenze che l'eventuale revoca dell'anzidetto consenso è in grado di produrre in relazione alla stabilità del rapporto contrattuale.

Come è noto, il legislatore europeo, nell'emanare il GDPR, ha inteso introdurre in via espressa il diritto dell'interessato alla revoca del consenso al trattamento dei propri dati personali. In base all'art. 7, par. 3, GDPR, infatti, "L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di prestare il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato.". È agevole notare come il legislatore europeo si sia preoccupato non solo di sancire esplicitamente tale diritto in favore dell'interessato, ma anche di compiere talune precisazioni al riguardo di non poco momento, in relazione, per l'appunto, alla liceità del trattamento pregresso, che viene fatta salva, nonché agli obblighi informativi incombenti sul titolare e alle modalità tramite cui l'esercizio del diritto in parola può

avvenire, non essendo vincolato a limiti temporali e non potendo risultare maggiormente gravoso rispetto al modo in cui è stato prestato⁴³⁰.

Si tratta di una previsione senza dubbio tanto opportuna quanto innovativa, specie ove posta in confronto col regime previgente promanante dalla Direttiva 95/46/CE, attuata nel nostro ordinamento interno dapprima con la l. 675/1996 e poi col d.lgs. 196/2003 (cd. codice *privacy*). Quest'ultimo, invero, non conteneva alcuna disposizione espressa al riguardo, non occupandosi del problema relativo alla possibilità per l'interessato di revocare il proprio consenso al trattamento⁴³¹. Esso, invece, si limitava a prevedere, in linea generale, soltanto un diritto di opposizione al trattamento da parte dell'interessato per motivi legittimi. Accanto a ciò, prevedeva un diritto di opposizione o revoca per qualunque motivo soltanto in specifici ambiti, come ad esempio il diritto di opposizione al trattamento finalizzato all'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, oppure il diritto di revoca del consenso al trattamento dei dati relativi all'ubicazione⁴³².

La *ratio* sottesa all'espresso riconoscimento del diritto di revocare il consenso al trattamento va individuata, innanzitutto, nell'esigenza di assicurare all'interessato gli opportuni poteri di controllo in relazione alla

⁴³⁰ Sull'istituto della revoca del consenso al trattamento dei dati personali si vedano, per tutti, F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 161 ss.; A. VIVARELLI, *op. cit.*, p. 75 ss.

⁴³¹ In relazione ai problemi attinenti alla revocabilità del consenso al trattamento dei dati personali nel regime antecedente all'entrata in vigore del GDPR può rinviarsi alle pregevoli analisi di S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, p. 993 ss.; G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 2, p. 299 ss., ora in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, cit., p. 34 ss.

⁴³² Il riferimento è agli artt. 7, c. 4, lett. *b*, e 126, c. 1, cod. *privacy*, prima della pesante novellazione recentemente intervenuta ad opera del d.lgs. 101/2018, sui quali v., rispettivamente, S. SICA, Sub *art. 7*, in *La nuova disciplina della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, commentario diretto da P. Stanzione, S. Sica, Bologna, 2004, p. 39 ss., e A. SICA, Sub *art. 126*, *ivi*, p. 575 ss.

circolazione e all'utilizzo dei propri dati da parte di terzi, necessari al fine di garantirne la persistente capacità di autodeterminazione nella prospettiva del pieno e libero svolgimento della propria personalità in un contesto dotato di un'intrinseca pervasività e potenzialità lesiva degli interessi fondamentali dell'individuo. Accanto a ciò, non pare peregrino ravvisare anche ragioni di carattere più generale, connesse alle apprensioni derivanti dal trattamento di grosse moli di dati e quindi all'esigenza, per un verso, di ribilanciare lo strutturale disequilibrio tra i soggetti in campo e, per altro verso, di contenere e controllare la diffusione del fenomeno. Se queste sono, quindi, le ragioni che hanno indotto il legislatore europeo a dotare la persona cui i dati si riferiscono di un simile strumento, onde assicurarne l'effettività e l'incisività deve necessariamente escludersene una possibilità di rinuncia da parte dell'interessato⁴³³.

La mancata previsione di alcun requisito in relazione alla forma o alle modalità tramite cui la revoca del consenso al trattamento debba avvenire rende configurabile anche una revoca tacita o una revoca implicita, che potrebbe ravvisarsi ove l'interessato adoperi tecniche o strumenti volti ad anonimizzare i dati ad esso originariamente riconducibili⁴³⁴.

Per quanto specificamente attiene alla questione inerente alle conseguenze giuridiche che si producono in relazione al rapporto contrattuale tra operatore economico e interessato allorché quest'ultimo abbia ad esercitare la facoltà di revoca del proprio consenso al trattamento, occorre chiedersi, precisamente, se questa importi, in via automatica, un recesso dal contratto in questione⁴³⁵.

⁴³³ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 187; C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 222; M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, cit., p. 139, ascrive tale diritto all'ordine pubblico interno.

⁴³⁴ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 183.

⁴³⁵ Rileva come "(...) l'inserimento della questione della revocabilità del consenso al trattamento nell'ambito della cornice contrattuale non determina il suo automatico inquadramento nell'istituto del «recesso» (...)" F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, cit., p. 165.

Al riguardo occorre muovere dalla constatazione per cui l'effetto immediato e diretto della revoca del consenso è unicamente quello di precludere la lecita prosecuzione del trattamento, che il titolare è dunque tenuto a interrompere con tempestività – benché con salvezza del trattamento precedentemente svolto –. Infatti, occorre tenere concettualmente e giuridicamente distinti, da un lato, il consenso al trattamento dei dati personali, che viene *in thesi* revocato e, dall'altro, il consenso contrattuale⁴³⁶, che sorregge l'instaurazione e la permanenza del vincolo e che ben potrebbe nonostante ciò rimanere fermo.

Non sembra dunque potersi ritenere che la revoca del consenso al trattamento debba senz'altro tradursi in una vicenda tale da attentare alla stabilità del contratto che regola la fornitura del bene o del servizio⁴³⁷.

Piuttosto, l'individuazione delle conseguenze che vengono a determinarsi nell'eventualità in esame non può essere oggetto di affermazioni aprioristiche, richiedendo piuttosto un attento esame delle implicazioni prodotte dalla revoca del consenso e del loro modo di interagire con l'assetto di interessi programmato nell'ambito del regolamento contrattuale intercorrente tra le parti⁴³⁸.

In quest'ottica, occorre rilevare come la revoca del consenso determini la sopravvenuta impossibilità della “prestazione” riferibile all'interessato e che integra l'attribuzione giuridico-economica che l'operatore ritrae a fronte della fornitura del bene o del servizio. Da un punto di vista meramente empirico, non può negarsi che tale impossibilità sia determinata dall'agire dell'interessato medesimo e che, quindi, debba

⁴³⁶ Cfr. Cfr. S. PATTI, Sub art. 23, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, Padova, 2007, p. 551; G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 281 s.

⁴³⁷ In tal senso cfr. anche V. MAK, *op. cit.*, p. 9, la quale osserva come tale conseguenza sarebbe, da una prospettiva contrattuale, “*an odd remedy*”, giacché “*the consumer may e.g. continue his or her social media account, only without photos*”.

⁴³⁸ Emblematicamente si riporta il monito di M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, cit., p. 144: “*there may have been no uniform policy decision to take*”.

ritenersi, a livello fattuale, ad esso imputabile. Cionondimeno, un tale comportamento si ricollega all'esercizio di un diritto che, come si è visto, è attribuito, in modo esplicito e in virtù di *rationes* chiaramente identificabili, dall'ordinamento giuridico, sicché deve escludersi che esso possa porsi quale fonte di responsabilità in capo all'interessato⁴³⁹.

In ragione dell'esistenza di un rapporto sinallagmatico tra il consenso al trattamento dei dati personali dell'interessato e la fornitura del bene o del servizio da parte dell'operatore economico, tale impossibilità relativa alla prima delle "prestazioni" *de quibus* non potrà che produrre delle ripercussioni anche in riferimento all'altra. Più precisamente, la conseguenza con riguardo al rapporto contrattuale tra fornitore e interessato sarà la risoluzione, in virtù del disposto dell'art. 1463 c.c., per il quale "Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito"⁴⁴⁰.

Ne deriva, quindi, che, essendo divenuta impossibile la "prestazione" dell'interessato, il fornitore del bene o del servizio deve ritenersi esonerato dall'adempiere alla propria obbligazione mediante l'esecuzione della controprestazione, la quale, in ragione della vicenda che ha colpito l'attribuzione ad essa corrispettiva, verrebbe a risultare priva di alcuna giustificazione causale⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 187 s.

⁴⁴⁰ Su tale disposizione cfr. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 2002; F. DELFINI, *Sub artt. 1463-1464*, in *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003; S. PAGLIANTINI, *Sub art. 1463*, in *Dei contratti in generale*, IV, *Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, p. 543 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 528 ss.

⁴⁴¹ A conclusioni diverse si dovrà pervenire, naturalmente, ove si neghi la possibilità che la fornitura di un bene o di un servizio venga lecitamente condizionata alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali e, tantomeno, che tra dette "prestazioni" possa

Naturalmente, caduto l'obbligo in capo all'operatore economico di eseguire la propria controprestazione consistente nella fornitura del bene o del servizio, egli potrà comunque, ove lo ritenga, continuare a concederla, nel qual caso sembra possibile ipotizzare la configurazione non più di un contratto a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, bensì di un contratto gratuito interessato, come nel caso in cui l'accesso al bene o al servizio non risulti *ab origine* condizionato alla prestazione del consenso al trattamento. Per quanto riguarda l'obbligo restitutorio contemplato dalla seconda parte della disposizione, occorre rilevare che nel caso in esame si è in presenza di un contratto non ad esecuzione istantanea, bensì di durata, segnatamente ad esecuzione continuata, sicché entra in gioco il disposto dell'art. 1458, comma 1, c.c. Tale articolo, rubricato per l'appunto "Effetti della risoluzione", sancisce che "La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite"⁴⁴². Pertanto, la circostanza che si tratti di contratti a esecuzione continuata fa sì che le prestazioni eseguite precedentemente alla risoluzione del contratto, ricollegantesi alla revoca del consenso al trattamento, non siano interessate dalle conseguenze della risoluzione e quindi restino estranee alla previsione dell'obbligo di restituzione⁴⁴³.

sussistere un nesso di sinallagmaticità: in tal senso, cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, provv. 24 febbraio 2005, "Fidelity card" e garanzie per i consumatori. *Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione*, cit.

⁴⁴² Per un commento a tale disposizione cfr. G. SICCHIERO, Sub art. 1458, in *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, p. 766 ss.; D. CARUSI, Sub art. 1458, in *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 456 ss.; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Rimedi*, Milano, 2006, p. 367; S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, p. 17 ss.

⁴⁴³ Per analoghe considerazioni cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 188.

Nel caso, pur configurabile, in cui a fronte dell'accesso al bene o al servizio la controprestazione dell'interessato abbia natura mista, consistendo in parte nella prestazione del consenso al trattamento dei propri dati personali e in parte nel pagamento di una somma di denaro⁴⁴⁴, in virtù della revoca del consenso al trattamento si ha impossibilità della prestazione soltanto parziale, sicché risulta applicabile l'art. 1464 c.c., a tenore del quale “Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”⁴⁴⁵.

Analogamente è a dirsi ove la revoca del consenso al trattamento, pur essendo l'unica “controprestazione” a carico del fruitore del bene o del servizio, sia anch'essa meramente parziale, giacché concernente soltanto talune finalità del trattamento ovvero determinate modalità dello stesso.

La valutazione della sussistenza di un interesse del creditore all'adempimento parziale, cui fa riferimento la disposizione appena richiamata, pur competendo allo stesso creditore della prestazione inficiata dalla sopravvenuta impossibilità parziale – nel nostro caso, dunque, il fornitore del bene o del servizio –, non può dipendere dal mero arbitrio soggettivo di costui, dovendo essere sottoposta al vaglio del rispetto del canone della buona fede⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Su tali fattispecie, in relazione alle quali ci si è già variamente intrattenuti, sotto molteplici profili, *supra*, Cap. I, si vedano le lucide considerazioni di M. NARCISO, *op. cit.*, p. 202, 205.

⁴⁴⁵ Al riguardo v. S. PAGLIANTINI, Sub art. 1464, in *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 576 ss.; L. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 146 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 405 ss.; F. DELFINI, Sub artt. 1463-1464, in *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, cit., p. 26 ss.

⁴⁴⁶ In quest'ottica possono segnalarsi R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1674; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 941; L. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 159 ss.

Accanto alla delineata ricostruzione, e in senso maggiormente favorevole per l'interessato, potrebbe limitarsi la possibilità per il fornitore di liberarsi dalla propria obbligazione relativa all'erogazione del bene o del servizio contrattualmente pattuita al solo caso in cui, all'esito della revoca del consenso al trattamento da parte dell'interessato, finiscano per risultare integrati gli estremi della eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.⁴⁴⁷.

Tale disposizione prevede, infatti, che nei contratti a esecuzione continuata, come quelli in esame, così come quelli a esecuzione periodica ovvero differita, “se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458”. Chiaramente, la percorribilità di una simile soluzione risulta subordinata alla raffigurabilità, nelle fattispecie oggetto di analisi, degli elementi e dei requisiti previsti dalla norma, così come della circostanza che la sopravvenuta onerosità non rientri “nell'alea normale del contratto”, come sancito dal comma 2 dell'articolo in questione. Infine, deve ricordarsi che, a norma del comma 3, l'interessato, ossia la parte contro cui la risoluzione venga domandata, ha la possibilità di evitarla mediante l'offerta di modificare equamente le condizioni del contratto, neutralizzando in tal modo gli effetti nefasti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ In tale ordine di idee possono annoverarsi P. GAGGERO, *Il trattamento dei dati personali nel settore bancario*, cit., p. 342 s.; P. MANES, *op. cit.*, p. 30 ss.

⁴⁴⁸ Sull'istituto si vedano, in generale, A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952; P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1981, p. 155 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Torino, 1991, p. 234 ss.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità. Artt. 1467-1469*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna, 2010.

Per quanto attiene al caso di utilizzo da parte dell'interessato di tecniche volte ad anonimizzare i propri dati, che come si è detto è idoneo a configurare una revoca implicita del consenso al trattamento, appare ragionevole concludere che il fornitore del bene o del servizio possa legittimamente sospendere l'erogazione soltanto ove il ricorso a detti strumenti avvenga sistematicamente e non in modo sporadico, occasionale o parziale, così effettivamente precludendo al fornitore la possibilità di ottenere la disponibilità di dati in misura quantitativamente e qualitativamente apprezzabile⁴⁴⁹.

Un ulteriore profilo del problema in esame attiene alla possibilità che l'esercizio della facoltà di revoca del consenso al trattamento dei propri dati personali da parte dell'interessato possa determinare l'insorgenza di un diritto del fornitore al risarcimento del danno o, quantomeno, all'indennizzo in relazione alla mancata attuazione del programma negoziale originariamente predisposto⁴⁵⁰.

A tal proposito va senz'altro esclusa la possibilità di configurare un'obbligazione risarcitoria relativa all'interesse positivo, ossia a quello coincidente con le utilità che il creditore – quindi il fornitore – avrebbe ragionevolmente potuto ritrarre dall'effettiva esecuzione del contratto e dunque dalla possibilità di continuare a trattare i dati personali della controparte – ossia l'interessato –, giacché a opinare diversamente si finirebbe per vanificare indirettamente l'effettività del diritto positivamente riconosciuto all'interessato di revocare il proprio consenso al trattamento⁴⁵¹.

Nello stesso senso paiono militare gli elementi di ordine letterale e sistematico desumibili dal dettato normativo, che non fa menzione di alcun obbligo di tal fatta. Tale silenzio, peraltro, è destinato ad assumere una

⁴⁴⁹ Similmente S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 183.

⁴⁵⁰ Si occupa della problematica anche A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 120 ss.

⁴⁵¹ Per tale persuasiva argomentazione cfr. C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 221.

caratterizzazione particolarmente significativa, alla luce di un modo di argomentare *a contrario*, ove lo si contrapponga ai non infrequenti casi nei quali il legislatore ha invece esplicitamente previsto simili obblighi in capo alla parte contrattuale che intenda avvalersi della facoltà, contestualmente riconosciuta, di revocare il proprio consenso frustrando la realizzazione dell'assetto degli interessi programmato nell'ambito del regolamento negoziale. Ciò rende particolarmente arduo poter configurare la sussistenza di obblighi siffatti in mancanza di una specifica previsione ad opera del legislatore.

Tra le disposizioni cui si è poc'anzi fatto riferimento, ci si può qui limitare a rammentare⁴⁵² l'ipotesi, particolarmente significativa, prevista dall'art. 142, l. 22 aprile 1941 n. 633, in base al quale "L'autore, qualora concorrano gravi ragioni morali, ha diritto di ritirare l'opera dal commercio, salvo l'obbligo di indennizzare coloro che hanno acquistati i diritti di riproduzione, diffondere, eseguire, rappresentare o spacciare l'opera medesima"⁴⁵³.

Potrebbe ipotizzarsi, *in thesi*, la possibilità di un'applicabilità analogica di tale disposizione⁴⁵⁴, che taluno ammette in relazione alle fattispecie di sfruttamento economico degli attributi della personalità più tradizionali, nelle quali, vale a dire, la relativa deduzione in contratto – involgente non i dati personali bensì elementi evocativi dell'identità personale quali il nome o l'immagine – è finalizzata ad una loro esposizione

⁴⁵² Altre ipotesi possono rintracciarsi nell'art. 1671 c.c., per l'appalto, nell'art. 1725 c.c., per il mandato, nell'art. 1738 c.c., per la spedizione, nell'art. 2227 c.c., per il contratto d'opera. Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 189 s.

⁴⁵³ Su tale disposizione cfr. S. CORBELLINI, *Sub artt. 142-143 l. 633/1941*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di L.C. Ubertazzi, Padova, 2016, p. 1863 ss.; G. CARRARO, *Il pentimento come diritto fondamentale*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, p. 569 ss.

⁴⁵⁴ Cfr. G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 327 ss.

verso l'esterno, con scopi o di carattere promozionale-pubblicitario, oppure legati alla creazione di prodotti afferenti al mondo dello spettacolo⁴⁵⁵.

Nel caso in esame, invece, ove le estrinsecazioni immateriali della personalità ad essere dedotte in contratto consistano in dati personali, una simile operazione ermeneutica non appare percorribile, dal momento che la mancata previsione di obblighi risarcitori o indennitari connessi alla revoca del consenso al trattamento da parte dell'interessato non può reputarsi integrante una lacuna normativa da colmare mercé il ricorso all'applicazione analogica di altre norme, quanto piuttosto, come si è evidenziato, una scelta effettiva e consapevole operata dall'ordinamento tramite il legislatore europeo. E inoltre, mentre nell'ipotesi disciplinata dalla legge sul diritto d'autore si è al cospetto di una revoca del consenso alla circolazione dell'opera legata alla sussistenza di particolari ragioni, benché immanenti alla sfera intima ed esistenziale dell'autore, nel caso in esame si è in presenza di una revoca libera e scevra dalla necessità di qualsivoglia giustificazione; elemento, questo, che segna un ulteriore rimarchevole profilo di differenziazione tra le due ipotesi in raffronto e che quindi depone in senso contrario alla possibilità di far luogo all'espedito analogico⁴⁵⁶.

In relazione alla configurabilità di un obbligo di risarcire il danno in favore dell'operatore economico limitatamente all'interesse negativo, ossia relativo al danno emergente e al lucro cessante subiti per il mancato affare, potrebbe forse rinvenirsi un elemento in senso ostativo nello stesso disposto dell'art. 7, par. 3, GDPR, là dove, come si è visto, è sancito che la revoca del consenso debba avvenire con la stessa facilità con cui è accordato. Invero, la circostanza che, per esercitare la facoltà di revoca del proprio consenso al

⁴⁵⁵ Sulle quali si veda l'approfondita analisi di S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 118 ss.

⁴⁵⁶ Analogamente G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 185; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 190; maggiormente dubitativi appaiono G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 435.

trattamento, l'interessato debba venire a trovarsi obbligato al risarcimento del danno in favore della controparte, appare senz'altro tale da inficiare l'anzidetto requisito posto dalla norma⁴⁵⁷. Ciononostante, però, giova richiamare l'attenzione sulla necessità che il diritto di revoca del consenso al trattamento da parte dell'interessato, come ogni situazione giuridica soggettiva contemplata dall'ordinamento, sia esercitato conformemente alla propria funzione che ne giustifica la tutela alla luce del sistema complessivamente considerato, diversamente configurandosi un abuso della situazione stessa⁴⁵⁸, il quale non può considerarsi giuridicamente legittimo e quindi in tal caso potrebbe pure ipotizzarsi una responsabilità in capo all'interessato⁴⁵⁹ o quantomeno ritenersi quest'ultimo tenuto nei confronti dell'operatore economico ad un indennizzo *ex art. 2041 c.c.*⁴⁶⁰.

In ultimo, comunque, non pare inutile osservare che, in ogni caso, nell'ambito delle operazioni assunte ad oggetto della presente analisi appare difficile configurare l'effettiva derivazione di un danno in capo al fornitore del bene o del servizio in conseguenza della revoca del consenso al trattamento esercitata dalla persona cui i dati si riferiscono, atteso che, come si è più volte rilevato, l'interesse concretamente perseguito dall'operatore economico attiene all'espletamento di trattamenti di dati su larga scala e non

⁴⁵⁷ Lo rileva S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 190.

⁴⁵⁸ Sull'abuso del diritto si vedano, almeno, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 1 ss.; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; L. FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, cit., p. 313 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 643 ss.; P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 142 ss.; da ultimo, v. i contributi raccolti in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Grisi, Roma, 2019.

⁴⁵⁹ In senso non eccessivamente dissimile a quello qui prospettato, C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 222 ipotizzano una "*liability for fraud*" ove il consumatore frustra le aspettative del titolare del trattamento in relazione all'intenzione concernente la continuità del consenso legittimante il trattamento dei dati.

⁴⁶⁰ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 186.

in modo particolare di quelli involti nell'ambito dello specifico contratto di cui si tratti, sicché questi ultimi assumono per la controparte un'importanza che non appare incongruo reputare marginale.

4. Le conseguenze dell'invalidità del consenso al trattamento sulla stabilità del contratto

Analizzati, nel contesto relativo alle interazioni tra vicende del consenso al trattamento dei dati personali e stabilità del rapporto contrattuale, le conseguenze su quest'ultimo spiegate dalla revoca del primo, occorre ora indagare in merito agli effetti sullo stesso ricadenti ove il consenso al trattamento risulti invalido.

Il GDPR sottopone, infatti, il consenso dell'interessato, quale base giuridica di liceità del trattamento, a taluni requisiti di validità. Innanzitutto, infatti, l'art. 4, n. 11, GDPR, nel dettare la definizione di consenso dell'interessato, richiede che lo stesso consista in una manifestazione di volontà "libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato"⁴⁶¹.

Per quanto tali requisiti attengano, come detto, alla validità del consenso al trattamento e non a quella del consenso contrattuale, che devono tenersi distinti tanto sul piano logico-concettuale quanto giuridico⁴⁶², nondimeno occorre verificare se e in che modo la loro mancanza, in relazione a un consenso al trattamento involto nell'ambito di un contratto, possa riverberarsi sulla validità di quest'ultimo.

In primo luogo, occorre affermare la distinzione e la reciproca autonomia tra i vizi inficianti la validità del contratto relativo alla fornitura del bene o del servizio, da un lato, e i vizi che possono invece colpire il

⁴⁶¹ Sui requisiti del consenso al trattamento cfr., in particolare, G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 280 ss.; A. VIVARELLI, *op. cit.*, p. 57 ss.; S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., *passim*; P. MANES, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶² Cfr. S. PATTI, Sub art. 23, cit., p. 551; G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 281 s.

consenso al trattamento, dall'altro. In linea generale, quindi, bisogna escludere che, di per sé, i primi possano automaticamente invalidare quest'ultimo, così come che le cause di invalidità ad esso relative vadano ad incidere direttamente sulla fattispecie contrattuale⁴⁶³.

Cionondimeno, talune interferenze potrebbero scaturire proprio in virtù del nesso di reciprocità configurante il legame sinallagmatico tra le attribuzioni contemplate nel regolamento contrattuale.

Infatti, l'invalidità del contratto, determinandone la mancata produzione di effetti *ab origine* – nel caso della nullità – oppure la loro sopravvenuta rimozione in via retroattiva – nel caso dell'annullabilità – comporta l'insussistenza dell'obbligazione relativa alla fornitura del bene o del servizio promessa subordinatamente alla prestazione, da parte dell'interessato, del consenso al trattamento dei propri dati personali. In questo modo, viene meno, in tutta evidenza, la prestazione a cui l'autorizzazione a trattare lecitamente i dati personali dell'interessato era avvinca dal nesso di sinallagmaticità, cosicché anche quest'ultima, che in funzione di quella si giustificava, dovrà venire meno in sintonia con i principi generali in tema di contratti a prestazioni corrispettive⁴⁶⁴.

Pertanto, il fornitore-titolare, non essendo tenuto alla propria obbligazione, non potrà continuare a beneficiare dell'attribuzione corrispettiva, e quindi proseguire nel trattamento dei dati dell'interessato.

Tuttavia, proprio in ragione della prefata separazione tra le rispettive cause di invalidità, sebbene gli effetti del contratto debbano ritenersi del tutto mancanti, il trattamento dei dati effettuato precedentemente rimarrà, invece, lecito, rimanendo pregiudicato solo ove possa ravvisarsi un'autonoma ipotesi di originaria illiceità dello stesso.

⁴⁶³ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 196.

⁴⁶⁴ Cfr. S. PAGLIANTINI, Sub art. 1463, in *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 543 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 528 ss.

È interessante osservare che, da un punto di vista tecnico, la liceità del trattamento viene meno non perché direttamente colpita dalla causa di invalidità del contratto, ma, potrebbe dirsi, di riflesso, come conseguenza dell'operatività del legame sinallagmatico in relazione all'assenza dell'obbligazione corrispettiva.

Al di là della premessa necessità di tenere concettualmente distinte le cause di invalidità del contratto di fornitura e quelle del consenso al trattamento, non può comunque escludersi che in concreto esse possano, in qualche caso, coincidere, come nel caso in cui l'interessato si sia determinato alla stipula del contratto di fornitura, e correlativamente a concedere il consenso al trattamento posto come condizione, in virtù di dolo⁴⁶⁵.

Per quanto attiene all'inverso problema delle conseguenze dell'invalidità del consenso al trattamento dei dati personali sulle sorti del vincolo contrattuale, occorre muovere dalla semplice constatazione per cui la mancanza di uno o più requisiti di validità del consenso inficia la liceità di quest'ultimo e ne preclude la prosecuzione, in tal modo compromettendo la causa del contratto⁴⁶⁶. È chiaro, infatti, che in ragione dell'illiceità del trattamento, viene frustrata la stessa possibilità di realizzazione dell'assetto di interessi divisato dalle parti nel programma negoziale, con l'inesorabile conseguenza della nullità del contratto.

Un discorso interessante potrebbe svolgersi con riguardo alla legittimazione a far valere tale nullità.

Infatti, in considerazione del fatto per cui la disciplina dei requisiti di validità del consenso mira alla protezione dell'interessato con riguardo al trattamento dei propri dati personali, si potrebbe ipotizzare una legittimazione limitata al solo interessato, configurandosi un'ipotesi di nullità relativa,

⁴⁶⁵ In tema cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., p. 637.

⁴⁶⁶ Di nullità per illiceità dell'oggetto parla invece S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 200.

conformemente al paradigma delle nullità di protezione poste a tutela dei consumatori⁴⁶⁷.

A ben guardare, però, in questo modo verrebbe totalmente sacrificato l'interesse del fornitore, non tenendosi affatto conto del fatto che questi dal contratto non trarrebbe alcun vantaggio economico-giuridico e purtuttavia gli sarebbe precluso agire per l'accertamento e declaratoria della nullità, sicché pare preferibile una qualificazione di quest'ultima in termini assoluti⁴⁶⁸.

Con analoghi effetti, ma nella diversa prospettiva volta a ravvisare l'esistenza non di un unico contratto sinallagmatico ma di un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura e l'atto di consenso al trattamento, potrebbe farsi luogo all'applicabilità del principio *simul stabunt simul cadent*, con analoghi dubbi circa il possibile riconoscimento di una legittimazione in capo all'operatore economico a richiedere la caducazione del contratto da cui sorge la propria obbligazione⁴⁶⁹.

Comunque la si voglia vedere, l'interessato, ove abbia interesse a fruire del bene o del servizio promesso dal fornitore, ben potrà provvedere a rimuovere la causa di invalidità del proprio consenso al trattamento, rendendolo lecito, e così paralizzare la pretesa della controparte.

Se le riflessioni svolte sono di indubbio interesse e utilità su un piano teorico-ricostruttivo, se ne deve comunque rilevare una scarsa incidenza pratica, attesa la rilevanza piuttosto limitata di cui i descritti rimedi paiono effettivamente dotati, posto che le parti potranno agevolmente sciogliersi dal vincolo negoziale esercitando il diritto di recesso solitamente previsto o, in mancanza, discendente dalla sua durata indeterminata, oppure –

⁴⁶⁷ Su tali figure si vedano, tra gli altri, anche per ulteriori e più specifici riferimenti, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, spec. p. 173 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 9 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione*, Napoli, 2012, p. 9 ss.

⁴⁶⁸ In tal senso v. altresì S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., p. 200.

⁴⁶⁹ Cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., p. 177 s.

limitatamente all'interessato – la revoca del consenso al trattamento, come si è *funditus* analizzato nel paragrafo precedente⁴⁷⁰.

Né un particolare interesse pratico a far valere la nullità contrattuale pare emergere in relazione all'avanzamento di pretese risarcitorie da parte dell'interessato, atteso che queste già possono fondarsi sulla mera illiceità del trattamento in base a quanto stabilito dall'art. 82 GDPR⁴⁷¹.

Circa la configurabilità di un danno patrimoniale, potrebbe ipotizzarsi l'operatività della tecnica volta a quantificare il risarcimento alla stregua del valore che l'interessato avrebbe ragionevolmente potuto ottenere a fronte della prestazione del proprio consenso (cd. prezzo del consenso), già utilizzata dalla giurisprudenza in relazione ad accordi per lo sfruttamento di altri attributi immateriali della personalità⁴⁷², con la precisazione che però in tal modo il risarcimento finirebbe per essere più che altro simbolico. Tale parametro, comunque, pare utile anche con riguardo, in relazione al discorso afferente alle restituzioni, anche per la quantificazione di un eventuale indennizzo spettante all'interessato *ex art.* 2041 c.c. Dal canto suo, invece, l'operatore economico potrebbe ottenere la restituzione di quanto prestato, in relazione al bene o al servizio erogato, che potrebbe avvenire in natura nel primo caso, dunque secondo le norme sulla ripetizione dell'indebitito *ex art.* 2033 c.c., oppure solo per equivalente nel secondo, dunque anch'essa in base alla disciplina dell'arricchimento ingiustificato⁴⁷³.

⁴⁷⁰ V. *supra*, par. 3.

⁴⁷¹ In argomento cfr. S. THOBANI, Sub *art.* 82 *reg. UE n. 679/2016*, in *Delle persone*, a cura di A. Barba, S. Pagliantini, II, *Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2019, p. 1221 ss.; E. TOSI, *General Data Protection Regulation e responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali: il regime applicabile al Data Protection Officer*, in *Diritto di Internet*, 2020, p. 219 ss.

⁴⁷² Cfr. A. MUSIO, *op. cit.*, p. 3 ss.; A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 575 ss. V. *supra*, Cap. II, par. 5.

⁴⁷³ Cfr., per tutti, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 28; P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebitito*, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, p. 1226; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitito*, Milano, 1974, p. 458. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Giustizia civile*, 2011, II, p. 1294 ss.

In relazione al danno non patrimoniale, invece, l'importo del risarcimento potrebbe senz'altro essere più consistente, ma occorre rammentare che, in linea con i più aggiornati orientamenti giurisprudenziali, a tal fine non sarà sufficiente la mera sussistenza di un trattamento di dati personali illecito, dovendo questa essere accompagnata dai requisiti della gravità dell'offesa e della gravità del pregiudizio⁴⁷⁴.

5. Brevi riflessioni conclusive

Nel presente Capitolo ci si è soffermati sull'esame delle più rilevanti peculiarità, di tipo strutturale e funzionale, concernenti, da un canto, l'atto di autonomia negoziale incentrato sullo schema "beni e servizi contro dati personali" e, dall'altro, la disciplina del rapporto da esso scaturente.

Al riguardo si è, innanzitutto, provveduto a delineare i principali tratti caratterizzanti le fattispecie contrattuali in discorso, soffermandosi sulle condizioni alle quali, pur in assenza di una vera e propria obbligazione concernente l'"attribuzione" dei dati, pare possibile ravvisare i caratteri dell'onerosità e della corrispettività, rispetto ai quali si sono indicati gli aspetti peculiari derivanti, principalmente, dalla tipologia dei dati forniti e dalla dimensione "ultra-individuale" verso cui l'interesse dell'operatore economico risulta proiettato.

Da qui si è passati, poi, ad esaminare il profilo dell'efficacia ricollegantesi ai contratti involgenti la "cessione" dei dati personali, analizzando le diverse prospettive ipotizzabili alla luce delle caratteristiche volte a contraddistinguerli rispetto a ogni altro bene giuridico, incluso

⁴⁷⁴ V., *ex multis* Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Il Foro italiano*, 2015, I, p. 162 ss.; Cass., 8 febbraio 2017, n. 3311, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1537 ss.; Cass., 8 gennaio 2019, n. 207, in *www.dejure.it*.

l'insopprimibile radicamento personalistico-esistenziale su cui l'emergente connotazione economico-patrimoniale va ad innestarsi.

Dalle premesse ricostruttive svolte si sono poi tratte coerenti implicazioni in punto di definizione dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, rispetto ai quali può apprezzarsi una significativa commistione di aspetti propriamente negoziali con profili rilevanti sul piano della *data protection*.

Da ultimo, l'indagine è approdata ad interrogarsi in ordine alle questioni centrali attinenti all'impatto che le vicende del consenso al trattamento dei dati personali, sia sotto il profilo della revoca che sotto quello dell'invalidità dello stesso, è destinato a produrre sulla stabilità e sulla vincolatività del rapporto contrattuale involgente la fornitura del bene o del servizio. In proposito, pur muovendo dalla necessità di tenere concettualmente e giuridicamente distinti, da un lato, il consenso al trattamento e, dall'altro, il consenso contrattuale, che sorregge l'instaurazione e la permanenza del vincolo, si sono messe in evidenza le reciproche interferenze che l'esistenza del legame sinallagmatico tra le rispettive attribuzioni può essere tale da importare.

Rispetto alla disciplina del rapporto contrattuale sotteso allo schema "beni o servizi contro dati", la ricerca ha infine consentito di evidenziare delle aree critiche, legate, in particolare, alla determinazione del valore dei dati e all'equilibrio tra le "prestazioni", all'esigenza di una più puntuale definizione dei termini concernenti l'interazione tra le stesse, all'effettività dei rimedi accessibili dalle parti in base all'ordinaria, generale, disciplina del contratto.

CONCLUSIONI

Nella odierna *Big Data Economy*, il fenomeno della “*commodification*” dei dati e della loro conseguente “commercializzazione” ha assunto un rilievo centrale nella realtà del mercato, al punto da divenire un tema dotato di assoluta preminenza, tanto nel dibattito giuridico quanto nelle priorità legislative di ispirazione e matrice eurounitaria. L’offerta di beni o servizi, da parte di soggetti professionali e operatori economici, subordinata alla prestazione del consenso, da parte dell’interessato, al trattamento dei propri dati personali, costituisce un modello di *business* ormai massimamente diffuso nel mondo digitale e che sta progressivamente estendendo la propria rilevanza anche nel mondo analogico.

Il presente lavoro di ricerca, muovendo dall’attenta considerazione di simili sviluppi, ha preso le mosse dall’analisi dell’ampio e variegato dibattito, condotto tra Istituzioni europee, Stati membri, mondo accademico e organismi rappresentativi degli *stakeholders* coinvolti, che ha accompagnato l’origine e l’evoluzione dell’idea dei “*data as counter-performance*” nell’ambito del lungo e complesso procedimento legislativo europeo sfociato nell’emanazione della Direttiva (UE) 2019/770 e idealmente proseguito con l’adozione della Direttiva (UE) 2019/2161 – attinenti ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali –, con le quali il tema è penetrato, tramite il formante legislativo, nell’ordinamento positivo.

L’attenzione si è così soffermata sui più rilevanti aspetti problematici emersi in tale dibattito: dalla questione di massima concernente la scelta di includere nell’ambito di applicazione di detti strumenti le ipotesi in cui il consumatore, a fronte della fornitura del contenuto o del servizio digitale, fornisce propri dati personali, ad aspetti di maggior dettaglio, attinenti alla delimitazione della nozione in discorso e alla peculiare disciplina riservata alle relative ipotesi.

Si è così avuto modo di evidenziare come, rispetto alla versione di cui alla Proposta originaria presentata dalla Commissione, nel testo definitivo della *Digital Content Directive*, connotato da scelte terminologiche più sfumate, si sia, per un verso, scongiurato il rischio di predisporre moduli regolamentari – specie in punto di valutazione della conformità del contenuto o del servizio e di rimedi esperibili dal consumatore – ingiustificatamente penalizzanti per il caso di fornitura accompagnata non dal pagamento di un prezzo ma dalla concessione di dati personali. Per altro verso, si è perfezionato il coordinamento con il quadro giuridico relativo alla protezione dei dati personali – significativamente integrato con una tutela del consumatore cui i dati si riferiscono con specifico riguardo al rapporto di fornitura –, non solo rispetto alla generale operatività dello strumento, ma anche in relazione a singoli aspetti, quali la definizione di “dati personali” assunta nell’ambito della direttiva e la disciplina degli obblighi susseguenti allo scioglimento del contratto di fornitura nei casi ivi contemplati.

Nel passare ad esaminare i plurimi profili problematici posti dalle operazioni economiche di “scambio” di “contenuti o servizi digitali contro dati personali”, contemplate dai richiamati strumenti legislativi, si è poi provveduto a ridimensionare la portata – generalmente sopravvalutata – del relativo impatto su questioni cruciali quali l’ammissibilità di simili fattispecie nonché il loro inquadramento in termini contrattuali, segnalando la necessità di una ricostruzione improntata alle tecniche e agli strumenti propri del procedimento di interpretazione e qualificazione e alla luce di tutti gli elementi offerti dal complesso, ma unitario, ordinamento giuridico.

Così, dal primo punto di vista, si è evidenziato come la liceità del fenomeno del condizionamento dell’erogazione di beni o servizi alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali (*tying*) debba valutarsi alla stregua, principalmente, dei canoni emergenti dal quadro normativo in materia di *data protection* – segnatamente dei requisiti posti a presidio della libera esplicazione della capacità di autodeterminazione

dell'interessato –, i quali ne impongono una verifica di compatibilità inevitabilmente casistica e sulla base di criteri idonei a mitigare, essenzialmente, lo squilibrio tra titolare del trattamento e interessato nonché il *deficit* di consapevolezza che tipicamente caratterizza l'agire di quest'ultimo.

Rispetto al secondo profilo, invece, si è pervenuti all'indicato risultato all'esito di un'articolata indagine che ha posto in evidenza la necessità di un superamento dei tradizionali dogmi della “indisponibilità” e della “extrapatrimonialità” in relazione agli “attributi immateriali della personalità”. Ciò in linea con l'esigenza di una rinnovata impostazione che, affrancandosi da modelli concettuali improntati, da un lato, ad una netta separazione tra “persona” e “patrimonio” e, dall'altro, alla dominanza di schemi legati alle categorie dell'avere sulle esigenze proprie della sfera dell'essere, sia tesa a considerare tali profili quali componenti di un'unica e inscindibile realtà, in aderenza alla gerarchia dei valori espressa dalla Costituzione, la quale tutela le situazioni patrimoniali pretendendone la funzionalizzazione agli interessi esistenziali nell'ottica della promozione del supremo valore della persona umana. Nella stessa direzione si è poi provveduto a dimostrare, in particolare, come non risulti incompatibile con la figura contrattuale la facoltà di una parte di impedire all'altra, in qualsiasi momento, la prosecuzione dell'utilizzo, dello sfruttamento del bene oggetto della propria prestazione, come avverrebbe in caso di esercizio del diritto di revoca del consenso al trattamento da parte dell'interessato, secondo quanto testimoniato, ad esempio, dallo schema contrattuale del precario, che pure, peraltro, conosce una variante a titolo oneroso.

Riconosciuto, dunque, che la salvaguardia delle esigenze concernenti il pieno sviluppo della persona umana esige non una generale e aprioristica esclusione dello strumento contrattuale dal campo dei dati personali, bensì un equo bilanciamento degli interessi in gioco sul piano del controllo dell'atto di

autonomia e della disciplina del rapporto, si è passati all'esame delle più rilevanti peculiarità, di tipo strutturale e funzionale, inerenti a detti profili.

Al riguardo si è, innanzitutto, provveduto a delineare i principali tratti caratterizzanti le fattispecie contrattuali in discorso, soffermandosi sulle condizioni alle quali, pur in assenza di una vera e propria obbligazione concernente l'"attribuzione" dei dati, pare possibile ravvisare i caratteri dell'onerosità e della corrispettività, rispetto ai quali si sono indicati gli aspetti peculiari derivanti, principalmente, dalla tipologia dei dati forniti e dalla dimensione "ultra-individuale" verso cui l'interesse dell'operatore economico risulta proiettato.

Da qui si è passati, poi, ad esaminare il profilo dell'efficacia ricollegantesi ai contratti involgenti la "cessione" dei dati personali, analizzando le diverse prospettive ipotizzabili alla luce delle caratteristiche volte a contraddistinguerli rispetto a ogni altro bene giuridico, incluso l'insopprimibile radicamento personalistico-esistenziale su cui l'emergente connotazione economico-patrimoniale va ad innestarsi.

Dalle premesse ricostruttive svolte si sono poi tratte coerenti implicazioni in punto di definizione dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, rispetto ai quali può apprezzarsi una significativa commistione di aspetti propriamente negoziali con profili rilevanti sul piano della *data protection*.

Da ultimo, l'indagine è approdata ad interrogarsi in ordine alle questioni centrali attinenti all'impatto che le vicende del consenso al trattamento dei dati personali, sia sotto il profilo della revoca che sotto quello dell'invalidità dello stesso, è destinato a produrre sulla stabilità e sulla vincolatività del rapporto contrattuale involgente la fornitura del bene o del servizio. In proposito, pur muovendo dalla necessità di tenere concettualmente e giuridicamente distinti, da un lato, il consenso al trattamento e, dall'altro, il consenso contrattuale, che sorregge l'instaurazione e la permanenza del vincolo, si sono messe in evidenza le reciproche

interferenze che l'esistenza del legame sinallagmatico tra le rispettive attribuzioni può essere tale da importare.

Rispetto alla disciplina del rapporto contrattuale sotteso allo schema “beni o servizi contro dati”, la ricerca ha infine consentito di evidenziare delle aree critiche, legate, in particolare, alla determinazione del valore dei dati e all'equilibrio tra le “prestazioni”, all'esigenza di una più puntuale definizione dei termini concernenti l'interazione tra le stesse, all'effettività dei rimedi accessibili dalle parti in base all'ordinaria, generale, disciplina del contratto. Tali elementi non potranno non essere tenuti in conto dal legislatore interno nel dare attuazione alle direttive in questione – così innestando nelle fonti nazionali il concetto dei dati personali come “controprestazione” contrattuale definito a livello europeo –, nonché dall'interprete, laddove sarà chiamato a contribuire all'inquadramento dogmatico e al coordinamento sistematico delle novità intervenute nel formante legislativo – al crocevia tra diritto dei contratti, diritto dei consumatori e protezione dei dati personali –, al fine di offrire soluzioni coerenti e adeguate alla luce dell'ordinamento giuridico considerato nella sua unità e complessità.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri*. Atti del Convegno 30 gennaio 2017, Roma, 2017;
- AA.VV., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998;
- F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, II, p. 2555 ss.;
- J.P. ALBRECHT, *The EU's New Data Protection Law – How A Directive Evolved Into A Regulation*, in *Computer Law Review International*, 2016, 2, p. 33 ss.;
- M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999 (rist., con prefazione di N. Irti);
- M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950;
- G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020;
- G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 2019, 3, p. 825 ss.;
- G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, p. 11 ss.;
- G. ALPA, *Il progetto di regolamento europeo della vendita digitale (CESL)*, in *Economia e diritto del terziario*, 2015, 2, p. 259 ss.;

- G. ALPA, G. CONTE, U. PERFETTI, F. GRAF VON WESTPHALEN (a cura di), *The Proposed Common European Sales Law: the Lawyers' View*, Berlino-Boston, 2012;
- G. ALPA, R. DELFINO (a cura di), *Il contratto nel Common Law inglese*, Padova, 2005;
- G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia. I*, Torino, 2019;
- C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 669 ss.;
- T. ARROYO VENDRELL, *La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la triplicación de los contratos de suministro de contenido digital: Un nuevo derecho de los contratos del derecho electrónico*, in *El mercado digital en la Unión Europea*, a cura di P. Castanos Castro, J.A. Castillo Parrilla, Madrid, 2019, p. 251 ss.;
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;
- F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 102 ss.;
- M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale: dalla rete internet al "door to door"*, Napoli, 2001;
- T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978;

- F. AVERSANO, A. LAINO, A. MUSIO, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali*, Torino, 2012;
- L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000;
- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1915;
- A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, II, *Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2019;
- A. BARENGHI, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, p. 565 ss.;
- G.F. BASINI, *La "promessa condizionata ad una prestazione". Individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 3, p. 200 ss.;
- G.F. BASINI, *Le promesse condizionate ad una prestazione e l'art. 1333*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 7, p. 584 ss.;
- H. BEALE, *Conclusion and Performance of Contracts: An Overview*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 33 ss.;
- H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, In-depth analysis per la Commissione giuridica (JURI)*, 2016, PE 536.493;

- C. BEDIR, *Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict*, 2018;
- M. BEHAR-TOUCHAIS, *Remedies in the Proposed Digital Content Directive: An Overview*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 129 ss.;
- L. BEIL, *Conference Report: ERA Conference “New EU Rules for Digital Contracts”*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 2, p. 110 ss.;
- A. BELLIZZI, *Considerazioni sull’oggettività giuridica dei «dati personali»*, in *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 71 ss.
- G.A.M. BELLOMO, *“There ain’t no such thing as free lunch”. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell’economia digitale e sull’effettività delle tutele esistenti*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 23/2016, numero speciale *Big Data e concorrenza*, a cura di F. Di Porto, p. 205 ss.;
- A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, V, Torino, 1989, p. 149 ss.;
- V. BERTOLDI, *Sub art. 447-bis c.p.c.*, in *Locazione*, a cura di V. Cuffaro, F. Padovini, in *Codice ipertestuale di locazione e condominio*, diretto da S. Patti, Torino, 2006, p. 141 ss.;
- M. BESSONE, *Diritto soggettivo e «droits de la personnalité»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 1175 ss.;

- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955;
- M.A. BEYER, D. LANEY, *The importance of big data: A definition*, Gartner, 2012;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990;
- C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, 2007;
- F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in *Il trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, II, Torino, 1999, p. 87 ss.;
- G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984;
- D. BOLLIER, *The Promise and peril of Big Data*, The Aspen Institute, 2010;
- S.F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 1087 ss.;
- D. BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 12, p. 1235 ss.;

- A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952;
- F. BRAVO, *La «compravendita» di dati personali?*, in *Diritto di Internet*, 2020, 3, p. 521 ss.;
- F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, p. 34 ss.;
- F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 137 ss.;
- U. BRECCIA, *L’immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013, p. 105 ss.;
- U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013;
- U. BRECCIA, Sub art. 1321, in *Dei contratti in generale*, I, Artt. 1321-1349 c.c., a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, p. 5 ss.;
- U. BRECCIA, *L’abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, III, *L’abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.;
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991;
- U. BRECCIA, *La ripetizione dell’indebito*, Milano, 1974;
- U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, Torino, 2001;

- G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997;
- L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 2002;
- F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 7, p. 613 ss.
- S. CÂMARA LAPUENTE, *Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 163 ss.;
- C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, 3, p. 499 ss.;
- C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 4, p. 1049 ss.;
- E. CAMILLERI, *“Facebook credits” e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 144 ss.;
- C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 9, I, Torino, 1984;

- J. CANNATACI, V. FALCE, O. POLLICINO (a cura di), *New Legal Challenges of Big Data*, Cheltenham-Northampton, 2020;
- G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004;
- F. CAPECCI, *Ma non «gli è tutto da rifare»* in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 229 ss.;
- G. CAPILLI, *Le direttive 2019/770/UE, 2019/771/UE e 2019/2161: verso l'unificazione (salvo deroghe) della disciplina sulla tutela dei consumatori nel mercato digitale*, in *Diritto di Internet, Osservatorio Consumatori* di G. Capilli e M. Dona, 30 gennaio 2020;
- V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, I, p. 23 ss.;
- F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1913, p. 354 ss.;
- G. CARRARO, *Il pentimento come diritto fondamentale*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, p. 569 ss.;
- A. CARRATO, A. SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Milano, 2010;
- F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1957;
- D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1998, p. 1 ss.;
- D. CARUSI, Sub art. 1458, in *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in

- Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano 2011, p. 456 ss.;
- G. CASSANO, *Si può fare commercio di dati personali?*, in www.dirittodiinternet.it, 6 aprile 2021;
- P. CASTANOS CASTRO, J.A. CASTILLO PARRILLA (a cura di), *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, 2019;
- C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 2, p. 289 ss.;
- C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1037 ss.;
- C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007;
- A. CATAUDELLA, *Il contenuto del contratto*, Milano, 1966;
- R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 93 ss.;
- R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 6, p. 771 ss.;
- A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013;
- S. CENSI, A. MAGLIARO, *Dubbi sulla tassazione dei redditi da sfruttamento d'immagine dei calciatori professionisti*, in *Corriere tributario*, 2010, 48, p. 3993 ss.;

- A. CHECCHINI, *Prestazione 1) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.;
- M. CHIAROLLA, *Sul diritto all'immagine di persona notoria*, in *Il Foro italiano*, 1997, I, p. 2920 ss.;
- M. CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al «right of publicity»*, in *Il Foro italiano*, 1992, I, p. 831 ss.;
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1913;
- I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2010;
- G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, I, p. 197 ss.;
- A. CILENTO, *"New deal" per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contratto e impresa*, 2019, 3, p. 1195 ss.;
- J.E. COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, in *Stanford Law Review*, 2000, p. 1373 ss.;
- A. COLOMBI CIACCHI (a cura di), *Contents and Effects of Contracts – Lessons to Learn from the Common European Sales Law*, Berlino, 2016;
- A. COLOMBI CIACCHI, E. VAN SCHAGEN, *Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 99 ss.;

- C. COLOMBO, *Operazioni economiche complesse e collegamento negoziale*, Padova, 1999;
- G. COMANDÉ, *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003;
- G. COMANDÈ, Sub *artt. 11-12*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, Padova, 1999, 6, p. 98 ss.;
- M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1980;
- S. CORBELLINI, Sub *artt. 142-143 l. 633/1941*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di L.C. Ubertazzi, Padova, 2016, p. 1863 ss.;
- F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, 1, p. 119 ss.;
- P. COSENTINO, P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986;
- G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001;
- P. CRUGNOLA, *In tema di utilizzazione dell'immagine di persone note*, in *Giustizia civile*, 1980, I, p. 1372 ss.;
- V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2012;
- V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Milano, 1999, p. 117 ss.;

- V. CUFFARO, *Il consenso dell'interessato*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 201 ss.;
- V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019;
- V. CUFFARO, F. PADOVINI (a cura di), *Locazione*, in *Codice ipertestuale di locazione e condominio*, diretto da S. Patti, Torino, 2006;
- V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, II, Torino, 1999;
- V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997;
- V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999;
- G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design: anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017;
- E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000;
- G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, 7, p. 611 ss.;
- C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999;
- A. DASSI, *La natura atipica del contratto di sponsorizzazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, II, p. 1067 ss.;

- A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, Milano, 1982;
- A. DE CUPIS, *Sulla “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, p. 482 ss.;
- A. DE CUPIS, nota a App. Milano, 30 novembre 1954, in *Il Foro italiano*, 1955, I, p. 559 ss.;
- A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D’Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 1381 ss.;
- A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017;
- A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2016, p. 1 ss.;
- A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016;
- A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, *Data as a Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2016, 1, p. 51 ss.;
- F. DELFINI, Sub artt. 1463-1464, in *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003;

- F. DELFINI, *I contratti dei consumatori e Internet*, in *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi e mezzi di tutela*, a cura di C. Vacca, Milano, 2000, p. 337 ss.;
- M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Rimedi*, Milano, 2006, p. 367 ss.;
- M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004;
- F. DE MARTINO, Sub art. 814, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1976;
- G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994;
- G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge tra le parti*, Milano, 1993;
- P. DE TAVERNIER, J. VAN DER WEIDE, *Exploring the CESL: The Dutch perspective*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2013, 2, p. 572 ss.;
- M. DE TILLA, *Sulla differenza tra locazione e comodato*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, 3, p. 323 ss.;
- L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000;
- G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 3, p. 634 ss.
- G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987;
- A. DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020;

- A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Milano, 1999, p. 225 ss.;
- A. DI MAJO, *Obbligazione. 1) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.;
- A. DI MAJO, Sub art. 1174, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1988;
- L.A. DIMATTEO, *How Innovative is the Common European Sales Law? Using the CISG as a Benchmark*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2013, 2, p. 512 ss.;
- F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e concorrenza*, numero speciale *Concorrenza e mercato*, vol. 23/2016;
- F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, p. 412 ss.;
- M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, II, Torino, 2014;
- C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 644 ss.;
- L. DRECHSLER, *Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?*, in *Datenschutz & LegalTech/ Data Protection & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS2018*;

- M. ĐUROVIĆ, *Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2020, p. 62 ss.;
- M. ĐUROVIĆ, F. LECH, *Big Data and Consumer Law*, in *New Legal Challenges of Big Data*, a cura di J. Cannataci, V. Falce, O. Pollicino, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 154 ss.;
- Z. EFRONI, *Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation*, in *Smart Urban Mobility, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 29*, a cura di M. Finck, M. Lamping, V. Moscon, H. Richter, Springer, 2020, p. 257 ss.;
- L. FALCIAI, *Il consenso dell'interessato come condizione per l'offerta di un servizio: la sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018, 3, p. 421 ss.;
- M.G. FANELLI, *Le nuove proposte di direttiva sulla vendita "on line" e a distanza di beni e sulla fornitura di contenuti digitali*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 1, p. 355 ss.;
- B. FAUVARQUE-COSSON, *The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)*, *In-depth analysis per la Commissione giuridica (JURI)*, 2016, PE 536.495;
- A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1999;

- R. FERORELLI, Sub *art. 814*, in *Della proprietà, Artt. 810-868*, a cura di A. Jannarelli, F. Macario, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 36 ss.;
- M. FERRARA SANTAMARIA, *Persona (diritti della)*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1939, vol. IX, p. 912 ss.;
- F. FERRETTI, *A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously*, in *European Review of Private Law*, 2012, 2, p. 473 ss.;
- G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in G.B. FERRI, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985, p. 337 ss.;
- G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in G.B. FERRI, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985, p. 241 ss.;
- G.B. FERRI, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985;
- L. FERRONI, *Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e principi di ordine pubblico costituzionale*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2006, p. 627 ss.;
- L. FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 313 ss.;
- M. FERVERS, *Article 13. Remedy for the failure to supply. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article*

Commentary, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 221 ss.;

A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003, p. 469 ss.;

M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON, H. RICHTER (a cura di), *Smart Urban Mobility, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 29*, Springer, 2020;

G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017;

G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014;

M. FRIES, *Data as Counter-Performance in B2B Contracts*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 253 ss.;

G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolta dal religioso per contratto in casa di cura*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 176 ss.;

E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Roma, 2001, p. 1 ss.;

E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997;

G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985;

- P. GAGGERO, *Il trattamento dei dati personali nel settore bancario. Brevi note*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1998, p. 259 ss.;
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004;
- P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Torino, 1991, p. 234 ss.;
- A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964;
- A.M. GAMBINO, *I contratti di accesso*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri, L. Ruggeri, Napoli, 2015, p. 191 ss.;
- S. GATTI, *Il «diritto» all'utilizzazione economica della propria popolarità*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1988, I, p. 355 ss.;
- E. GIANNANTONIO, *Sub art. 1*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, Padova, 1999;
- E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/1996*, Padova, 1999;
- M. GIANNINI (a cura di), *Industria 4.0: attualità e prospettive*, Pisa, 2020;
- G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 2, p. 418 ss.
- M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 391 ss.;

- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1951;
- M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1937, p. 275 ss.;
- M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008;
- C. GIUSTI, *Big data ed internet delle cose: quale destino per la tutela della privacy*, in *Comparazione e diritto civile*, 2017;
- G. GORLA, *Promesse «condizionate» a una prestazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1968, I, p. 431 ss.;
- M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, p. 309 ss.;
- G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Roma, 2019;
- L. GRYNBAUM, *The opinion of a French Academic on the Proposal for a Regulation on Common European Sales Law*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 1, p. 343 ss.;
- B. GSELL, *Article 14. Remedies for lack of conformity. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 241 ss.;
- A.R. GURRIERI (a cura di), *La digitalizzazione delle imprese. Nuove prospettive nell'era di Industria 4.0*, Torino, 2021;
- P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract*

Terms Directive, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 47 ss.;

P. HACKER, B. PETKOVA, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and the New Regulatory Frontiers*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2017, 1, p. 1 ss.;

W. HARTZOG, *Website Design as Contract*, in *American University Law Review*, 2011, p. 1635 ss.;

N. HELBERGER, M.B.M. LOOS, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, *Digital content contracts for consumers*, in *Journal of Consumer Policy*, 2013, 1, p. 37 ss.;

N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 5, p. 1427 ss.;

Y. HERMSTRÜWER, *Contracting Around Privacy: The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 9 ss.

M. HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *European Review of Private Law*, 2012, 1, p. 195 ss.;

- M. HESSELINK, *The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism*, in *European Review of Contract Law*, 2012, 3, p. 342 ss.;
- G. HOWELLS, *Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and Other Distance Sales of Goods*, in *European Contract Law and the Digital Single Market, The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2016, p. 145 ss.;
- G. HOWELLS, *CESL - A conscientious objector*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 1, p. 312 ss.;
- G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Abingdon-New York, 2018;
- A. IANNINI, *La nuova economia fondata sui dati*, in AA.VV., *Big Data e Privacy, La nuova geografia dei poteri*. Atti del Convegno 30 gennaio 2017, Roma, 2017, p. 15 ss.;
- R. ILLESCAS, *The CESL compared with the Unidroit Principles*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2013, 2, p. 537 ss.;
- J. ISAAK, M.J. HANNA, *User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*, in *Computer*, 2018, 8, p. 56 ss.;
- R. JANAL, *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 59 ss.;
- R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III*, a cura di

- R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 271 ss.;
- V. JANEČEK, G. MALGIERI, *Data Extra Commercium*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020; p. 95 ss.;
- A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà, Artt. 810-868*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012;
- H. KOTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2017;
- S. LANDINI, *Il ruolo delle definizioni legislative nell'interpretazione del diritto civile*, in *Diritto privato 2001-2002, VII-VIII, L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 305 ss.;
- C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, 6, p. 218 ss.;
- D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006;
- G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999;
- G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993;
- S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 9 ss.;

- S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Baden Baden, 2020;
- L. LONARDO, *Diritti della personalità*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 175 ss.;
- M.B.M. LOOS, *Standard terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 1, p. 10 ss.;
- M.B.M. LOOS, *The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, 3, p. 146 ss.;
- M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, K.J. CSERES, B. VAN DER SLOOT, R. TIGNER, *Digital content contracts for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts. With an executive summary of the main points*, University of Amsterdam, 2011;
- M.B.M. LOOS, C. MAK, *Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content (Briefing Note per la Commissione giuridica del Parlamento europeo, PE 462.459)*, 2012;
- E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 106 ss.;

- B. LURGER, *Anwendungsbereich und kaufvertragliche Ausrichtung der DURL- und FWRL-Entwürfe*, in *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt*, a cura di C. Wendehorst e B. Zöchling-Jud, Vienna, 2016, p. 19 ss.;
- F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000;
- C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, The Netherlands, 2008;
- V. MAK, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, In-depth analysis per la Commissione giuridica (JURI)*, 2016, PE 536.494;
- G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 289 ss.;
- P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001;
- R. MAŃKO, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, February 2018, PE 614.707;
- R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, October 2017, PE 608.748;
- R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, March 2017, PE 599.310;

- R. MAŃKO, *Towards new rules on sales and digital content. Analysis of the key issues, In-depth analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service)*, 2017, PE 599.359;
- R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive, In-depth analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service)*, 2016, PE 582.048;
- R. MAŃKO, *Contracts for supply of digital content to consumers, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, April 2016, PE 581.980;
- R. MAŃKO, S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, May 2017, PE 603.929;
- A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual perspective to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, p. 238 ss.;
- A. MANTELERO, G. VACIAGO, *The "Dark Side" of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance. How data collections by private entities affect governmental social control and how the EU reform on data protection responds*, in *Computer Law Review International*, 2013, p. 161 ss.;
- M. MARTONE, *L'assoggettabilità a contribuzione previdenziale dei diritti d'autore, d'immagine e di replica: a proposito del terzo comma dell'art. 43 della legge finanziaria del 2003*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, 1, p. 121 ss.;

- R. MASONI, *Sub artt. 1809-1811*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, p. 211 ss.;
- V. MAYER-SCHÖNBERGER, K.N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013;
- S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, p. 993 ss.;
- G. MAZZARA, *Promesse «condizionate» a una prestazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 332 ss.;
- L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004;
- L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 427 ss.;
- L. MENGONI, F. REALMONTE, *Disposizione. I) Atto di disposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.;
- M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004;
- F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 48 ss.;
- F. MESSINEO, *Contratto. II) Diritto privato – Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 784 ss.;
- D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 1 ss.;

- D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 339 ss.;
- D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.;
- D. MESSINETTI, *Energia (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1965, p. 867 ss.;
- A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, in *Data as Counter-Performance– Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 25 ss.;
- A. METZGER, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, p. 1 ss.;
- A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2016, p. 817 ss.;
- A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, p. 90 ss.;
- H.W. MICKLITZ, N. REICH, *The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” – Too Broad or not Broad Enough?*, in *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, a cura di L. Moccia, Berlino-Boston, 2013, p. 21 ss.;

- C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014;
- R. MILÀ RAFEL, *Intercambios digitales en Europa: Las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales*, in *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2016, p. 11 ss.;
- G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1972;
- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955;
- L. MOCCIA (a cura di), *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Berlino-Boston, 2013;
- L. MOEREL, A. VAN DER WOLK, *Big Data Analytics Under the EU General Data Protection Regulation*, 2017;
- M. MORELLI, *Professione: testimonial pubblicitario*, in *Il diritto di autore*, 2000, p. 520 ss.;
- L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, p. 531 ss.;
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004;
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 2003, p. 1 ss.;
- A. MUSIO, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in F. AVERSANO, A. LAINO, A. MUSIO, *Il danno all'immagine delle*

persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali, Torino, 2012, p. 1 ss.;

V. NAPOLETANO, E.M. BARBIERI, M. NOVITÀ, *I contratti reali: mutuo, deposito, comodato, pegno, contratto estimatorio*, Torino, 1965;

M. NARCISO, 'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 5, p. 198 ss.;

U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976;

U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975;

E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, I, Artt. 1321-1349 c.c., in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011;

E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011;

R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, p. 605 ss.;

R. NICOLÒ, *Attribuzione patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 283 ss.;

R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss.;

A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV, Milano, 2011, p. 133 ss.;

- L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008;
- F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giustizia civile*, 2002, 4, p. 157 ss.;
- E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1965;
- G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Milano, 1999, p. 123 ss.;
- A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, II, Milano, 2003, p. 119 ss.;
- A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1991, p. 913 ss.;
- G. OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, p. 462 ss.;
- S. PAGLIANTINI (a cura di), *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, Napoli, 2020;
- S. PAGLIANTINI, Sub art. 1463, in *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, p. 543 ss.;
- S. PAGLIANTINI, Sub art. 1464, in *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469-bis c.c. e leggi collegate, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, in

Commentario del Codice civile, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011,
p. 576 ss.;

S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006;

E.C. PALLONE, *La profilazione degli individui connessi a Internet: "privacy online" e valore economico dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2015, 2, p. 295 ss.;

A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un 'revival innovativo'*, in *Il Foro italiano*, 2018, V, p. 144 ss.;

R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006;

R. PARDOLESI, *Le energie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 2005, p. 26 ss.;

R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003;

R. PARDOLESI, *Energia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Milano, 1991, p. 444 ss.;

G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995;

S. PATTI, Sub art. 23, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, Padova, 2007, p. 541 ss.;

S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, p. 455 ss.;

- M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011;
- M. PENNASILICO, Sub art. 1321, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 353 ss.;
- C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 2, p. 613 ss.;
- C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014;
- C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015;
- G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010;
- P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017;
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006;
- P. PERLINGIERI (a cura di), *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006;
- P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 188 ss.;
- P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005;
- P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003;

- P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato, Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 333 ss.;
- P. PERLINGIERI, *L'informazione e il contratto*, Napoli, 2003, in P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato, Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 367 ss.;
- P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990;
- P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 1 ss.;
- P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.;
- P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972;
- P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 1994;
- T. PERTOT, *L'assicurazione auto con scatola nera. Sconti tariffari vs dati personali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 2, p. 529 ss.;
- T. PFEIFFER, *How innovative is the CESL - The CESL and the new German law of obligations*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2013, 2, p. 548 ss.;
- M. PIERS, C. VANLEENHOVE, *The Common European Sales Law. A critical assessment of a valuable initiative*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 1, p. 427 ss.;

- A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963;
- F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 369 ss.;
- F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018;
- G. PONZANELLI, *La povertà dei «sospesi» e la ricchezza delle «celebrità»: il «right of publicity» nell'esperienza italiana*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 126 ss.;
- I. PRISCO, *Le nullità di protezione*, Napoli, 2012;
- S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964;
- S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951;
- S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 3 ss.;
- N.N. PURTOVA, *Property rights in personal data: A European perspective*, Oisterwijk, 2011;
- A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020;
- F. REALMONTE, A. MAGRÌ, *Indisponibilità*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, III, Milano, 1999, p. 685 ss.;

- N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT, K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014;
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998;
- P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1991, p. 1 ss.;
- P. RESCIGNO, *Contratto. I) In generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.;
- P. RESCIGNO, *Obbligazioni (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 133 ss.;
- P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, p. 1223 ss.;
- G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 6, p. 1043 ss.;
- G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 3 ss.;
- G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005;
- G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 801 ss.;
- G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 2, p. 299 ss.;

- G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 2, p. 411 ss.;
- A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità. Art. 1467-1469*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna, 2010;
- V. RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, p. 95 ss.;
- V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 4, p. 689 ss.;
- M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 51 ss.;
- M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 1991;
- J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, p. 990 ss.;
- S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 583 ss.;
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001;

- E. ROPPO, *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, Torino, 1989, p. 87 ss.;
- F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005;
- U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020;
- R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016;
- N. ŠAJN, *Contracts for the supply of digital content and digital services, Briefing EPRS (European Parliamentary Research Service)*, March 2019, PE 635.601;
- P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 631 ss.;
- G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959;
- F. SANTORO, *Diritto all'immagine come diritto costituzionale inviolabile: tutela risarcitoria patrimoniale e non patrimoniale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 12, p. 1408 ss.;
- A. SATTLER, *Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 241 ss.;
- G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960;

- A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza. Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Milano, 2002;
- A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990;
- S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Il diritto dell'informazione dell'informatica*, 1987, p. 445 ss.;
- M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 129 ss.;
- M. SCHMIDT-KESSEL, *Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz*, in *K&R*, 2014, p. 475 ss.;
- M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1*, in *GPR*, 2016, 1, p. 2 ss.;
- M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, A. GRIMM, M. KRAMME, *Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2*, in *GPR*, 2016, 2, p. 54 ss.;
- T. R. SCHMITT, M. HÖNISCH, *Conference Report: Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? – Vienna, 11 March 2016*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 3, p. 147 s.;

- R. SCHULZE, *Article 1. Subject matter and purpose. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 32 ss.;
- R. SCHULZE, *Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2016, p. 127 ss.;
- R. SCHULZE, *The CESL's Innovative Features - A Brief Overview*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2013, 2, p. 485 ss.;
- R. SCHULZE (a cura di), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden Baden, 2012;
- R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden Baden, 2020;
- R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Digital Revolution – Challenges for Contract Law*, in *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy I*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Oxford-Baden Baden, 2016, p. 19 ss.;
- R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy I*, Oxford-Baden Baden, 2016;
- R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*,

a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 9 ss.;

R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (a cura di), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*, Oxford-Baden Baden, 2017;

R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (a cura di), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III*, Oxford-Baden Baden, 2017;

M. SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056 ss.

C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Il diritto dell'informazione dell'informatica*, 1988, p. 1 ss.;

R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.;

O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007;

K. SEIN, G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 3, p. 257 ss.;

J. SENECHAL, *Article 2. Definitions. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 43 ss.;

- J. SÉNÉCHAL, *Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data*, in *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 147 ss.;
- J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services – A double Challenge for European and National Contract Law*, in *Journal of European Consumers and Market Law*, 2016, 1, p. 39 ss.;
- R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2020, 2, p. 760 ss.;
- H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, p. 1663 ss.;
- A. SICA, *Sub art. 126*, in *La nuova disciplina della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, commentario diretto da P. Stanzione, S. Sica, Bologna, 2004, p. 575 ss.;
- S. SICA, *Sub art. 7*, in *La nuova disciplina della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, commentario diretto da P. Stanzione, S. Sica, Bologna, 2004, p. 39 ss.;
- S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, II, p. 621 ss.;

- G. SICCHIERO, Sub art. 1458, in *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, p. 671 ss.;
- D. SIMEOLI, *Il "prezzo del consenso" quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall'illecita pubblicazione dell'immagine altrui*, in *Giustizia civile*, 2009, III, p. 709 ss.;
- P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *Contratti*, 2012, 7, p. 634 ss.;
- A. SORO, *Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri*, in AA.VV., *Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri*. Atti del Convegno 30 gennaio 2017, Roma, 2017, p. 3 ss.;
- I. SPEZIALE, *La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Il Corriere giuridico*, 2020, 4, p. 441 ss.;
- S. SPIEKERMANN, R. BÖHME, A. ACQUISTI, K.L. HUI, *Personal data markets*, in *Electronic Markets*, 2015, p. 91 ss.;
- G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content*, in *European Review of Contract Law*, 2016, 3, p. 183 ss.;
- G. SPINDLER, *Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte*, in *MMR*, 2016, p. 147 ss.;

- A. STAKHIRA, *Providing of data as a counter performance in contract for supply digital content*, in *Legea și viața*, 2017, p. 172 ss.;
- P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2012, 7, p. 624 ss.;
- P. STANZIONE, S. SICA (diretto da), *La nuova disciplina della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, Bologna, 2004;
- D. STAUDENMAYER, *Article 3. Scope. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 57 ss.;
- D. STAUDENMAYER, *Article 6. Conformity of the digital content or digital service. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 107 ss.;
- D. STAUDENMAYER, *Article 7. Subjective requirements for conformity. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 118 ss.;
- D. STAUDENMAYER, *Article 8. Objective requirements for conformity. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 131 ss.;
- D. STAUDENMAYER, *Article 25. Review. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 341 ss.;

- D. STAUDENMAYER (a cura di), *Common European Sales Law: Article-by-Article Commentary of the Regulation on a Common Sales Law in the European Union*, Monaco, 2016;
- M. TANZILLO, *Lo statuto proprietario tra principi costituzionali e diritto comune delle situazioni patrimoniali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2020, 1, p. 310 ss.;
- I. TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006;
- P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1981, p. 155 ss.;
- C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997;
- S. THOBANI, *Operazioni di "tying" e libertà del consenso in Giurisprudenza italiana*, 2019, 3, p. 533 ss.;
- S. THOBANI, *Sub art. 82 reg. UE n. 679/2016*, in *Delle persone*, a cura di A. Barba, S. Pagliantini, II, *Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2019, p. 1221 ss.;
- S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018;
- S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016;
- S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 2, p. 513 ss.;

- S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati come condizione per la fruizione di servizi on line*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri, L. Ruggeri, Napoli, 2015, p. 459 ss.;
- A.M. TONI, *Il Right of publicity nell'esperienza nordamericana*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 82 ss.;
- E. TOSI, *General Data Protection Regulation e responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali: il regime applicabile al Data Protection Officer*, in *Diritto di Internet*, 2020, p. 219 ss.;
- G. TRAVAGLINO, *Sub art. 1174*, in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2012, p. 49 ss.;
- R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica – Privacy – Responsabilità – Decisione*, Pisa, 2020;
- P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962;
- C. TWIGG-FLESNER, *Article 16. Obligations of the trader in the event of termination. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 278 ss.;
- T.M. UBERTAZZI, *Il diritto alla privacy. Natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004;
- M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018;
- M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000;

- C. VACCÀ (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi e mezzi di tutela*, Milano, 2000;
- L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino, 2020;
- J.M.L. VAN DUIN, C. LEONE, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds for Consumer-Litigants: On the Need for a Modernization, Part II*, in *European Review of Private Law*, 2019, 6, p. 1227 ss.;
- P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e «rights of publicity»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 1161 ss.;
- P. VERCELLONE, *Personalità (Diritti della)*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1965, p. 1083 ss.;
- P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959;
- P. VERCELLONE, *In tema di diritto all'immagine*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1955, II, p. 187 ss.;
- G. VERSACI, *Dati personali e contratto tra Reg. (Ue) 2016/679 e Dir. 2019/770/Ue*, in *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, a cura di S. Pagliantini, Napoli, 2020, p. 271 ss.;
- G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020;
- G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018, 4, p. 374 ss.;
- S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 159 ss.;

- A. VIGENTINI, *"Newsletter" pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 3, p. 301 ss.;
- A. VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000;
- W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, p. 219 ss.;
- F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 2, p. 593 ss.;
- F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008;
- A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019;
- P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, 2017;
- C. WENDEHORST, *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 327 ss.;
- C. WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age*, *In-depth analysis per la Commissione giuridica (JURI)*, 2016, PE 556.928;

- C. WENDEHORST, B. ZÖCHLING-JUD (a cura di), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt*, Vienna, 2016;
- M. WENDLAND, *Article 19. Modification of the digital content or digital service. Digital Content Directive (2019/770)*, in *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden Baden, 2020, p. 316 ss.;
- A. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, 1968;
- F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 12, p. 1778 ss.;
- H. ZECH, *Data as a Tradeable Commodity*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2016, p. 51 ss.;
- H. ZECH, *Information as Property*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2015, p. 192 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Do “data markets” exist?*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2019, 2, p. 1 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, p. 32 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, Milano, 1999, p. 159 ss.;

- V. ZENO-ZENCOVICH, *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 991 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 430 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 545 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution', Concorrenza e mercato*, vol. 23/2016, numero speciale *Big Data e concorrenza*, a cura di F. Di Porto, p. 29 ss.;
- F. ZOLL, *Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 179 ss.;
- A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 185 ss.;
- S. ZORZETTO, *Il “contratto di fornitura di contenuto digitale” e il mercato digitale nell'Unione Europea*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di G. Finocchiaro, F. Delfini, Torino, 2014, p. 395 ss.;
- N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019;

S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019;

K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 2011.

