



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Dottorato di ricerca
in Diritto, Mercato e Persona
ciclo XXX

Tesi di Ricerca

**La Tutela dei Diritti
Fondamentali e
l'Applicazione del Diritto
della Concorrenza nel
Mercato Digitale**

Un approccio comparato tra Unione europea
e Stati Uniti d'America

SSD: IUS/21

Coordinatore del Dottorato
ch. prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore
ch. prof. Andrea Pin

Dottorando
Fiorella Dal Monte
Matricola 956172

A Luca

Viaggiatore coraggioso

INDICE SOMMARIO

* * *

INDICE SOMMARIO	4
INTRODUZIONE.....	8
CAPITOLO I	12
LA DIGNITÀ UMANA	12
<i>Il fondamento dei diritti fondamentali</i>	12
I.I. I portatori di interessi fondamentali.....	12
I.II. Un breve <i>excursus</i> storico dell’interesse fondamentale alla dignità umana.....	18
I.III. La dignità umana come principio fondante dei diritti fondamentali	25
I.IV. La nascita delle organizzazioni internazionali e gli strumenti giuridici internazionali di tutela dei diritti umani: la dignità come elemento unificante	30
I.V. <i>Segue</i> : La dignità umana come elemento unificante delle principali Carte internazionali di tutela dei diritti fondamentali	36
I.VI. La storia giuridica della dignità umana nel diritto delle organizzazioni internazionali	37
I.VII. La dignità umana negli ordinamenti nazionali: uno sguardo alla costituzione tedesca, alla costituzione italiana e all’ordinamento statunitense	43
I.VIII. Il diritto fondamentale alla dignità umana: l’esperienza dell’Unione europea 52	
I.IX. L’esperienza europea a confronto con quella statunitense in tema di dignità umana 61	
I.X. La teoria del triangolo costituzionale nello sviluppo giuridico del concetto di dignità 66	
I.XI. L’ordinario funzionamento del mercato ed i suoi effetti sulla dignità	72
I.XII. Il collegamento tra la dignità e la tutela dei dati personali: considerazioni preliminari sulla dignità come identità	77
CAPITOLO II	86
LA PRIVACY E LA RISERVATEZZA DEI DATI PERSONALI.....	86
<i>La tutela dell’individuo nel contesto digitale</i>	86
II.I. La nozione di privacy	86
II.II. La nozione di diritto alla privacy.....	94

II.III. La privacy come tutela dei dati personali e il ritorno al concetto di diritto alla privacy decisionale	105
II.IV. Cenni sulla tutela giuridica della privacy	110
II.V. Cenni sulla tutela giuridica dei dati personali	113
II.VI. Segue: la tutela dei dati personali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona	121
II.VII. Segue: La tutela della vita privata elettronica nell'Unione europea	129
II.VIII. Il futuro della protezione dei dati personali nell'Unione europea	135
II.IX. Cenni sulla tutela della privacy e dei dati personali negli Stati Uniti d'America	138
II.X. Segue: sulla tutela della privacy negli Stati Uniti d'America	147
II.XI. Unione europea e Stati Uniti a confronto in materia di tutela della privacy – similitudini, difetti e spunti di riflessione	151
CAPITOLO III.....	158
LA DATA-DRIVEN ECONOMY	158
<i>I dati personali come beni economici</i>	158
<i>e l'economia della privacy</i>	158
III.I. I dati personali: tra tutela e scambio.....	158
III.II. Il concetto e la natura ambivalente del dato personale.....	162
III.III. La combinazione dei dati personali e il fenomeno dei <i>Big Data</i>	165
III.IV. La <i>data-driven economy</i> : il fenomeno della commercializzazione di dati personali	170
III.V. I <i>cookies</i> e l'analisi comportamentale dei consumatori.....	178
III.VI. Il consenso informato ed il <i>notice and consent</i>	184
III.VII. <i>Segue</i> : i meccanismi di <i>opt-in</i> e di <i>opt-out</i>	187
III.VIII. Unione europea e Stati Uniti a confronto: brevi cenni sul <i>tracking</i> comportamentale	191
III.IX. Considerazioni conclusive su persona e <i>data-driven economy</i> : la concorrenza come possibile soluzione.....	196
CAPITOLO IV.....	202
IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN SUPPORTO ALLA TUTELA DEI DATI PERSONALI	202
<i>Il controllo delle dinamiche del potere di mercato nel mercato digitale</i>	202
IV.I. Il valore concorrenziale dei dati personali e le piattaforme online di mercati bilaterali o multilaterali	202

IV.II. Il diritto della concorrenza nell'ordinamento UE: l'applicazione nel settore della rete digitale	209
IV.III. Una (nuova) nozione di consumer welfare	219
IV.IV. L'uso combinato del diritto della concorrenza e della normativa sulla protezione dei dati personali nell'attività di contrasto alle condotte anticoncorrenziali a danno dei consumatori.....	224
IV.V. L'orientamento dei garanti europei nell'applicazione del parametro concorrenziale della tutela dei dati personali in materia di antitrust	229
IV.VI. <i>Segue</i> : la prassi in materia di concentrazioni nell'Unione europea con uno sguardo agli Stati Uniti.....	235
IV.VII. Considerazioni conclusive in materia di privacy e concorrenza su Internet	243
CONCLUSIONI	248
Indice Analitico.....	277
Normativa	277
Prassi Amministrativa	281
Giurisprudenza	282
Indice Bibliografico	287
Principali Siti <i>web</i>	299

INTRODUZIONE

* * *

La presente ricerca sulla tutela dei diritti fondamentali e sull'applicazione del diritto della concorrenza nel settore digitale delle nuove tecnologie, sottende un classico conflitto tra esigenze personali dell'individuo ed esigenze collettive del mercato.

Da un lato, invero, stanno le esigenze dettate dall'economia e dal funzionamento del mercato che, con il meccanismo della domanda e dell'offerta, recano beneficio sia ai produttori, sia ai consumatori e dunque apportano (o dovrebbero apportare) benessere in maniera collettiva.

Dall'altro lato, stanno i diritti fondamentali giunti ad un riconoscimento giuridico formale, lento e piuttosto macchinoso, solo a partire dalla fine della barbarie della Seconda Guerra Mondiale, dapprima in sede internazionale, principalmente con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (ed altri patti e convenzioni adottati in seno alle Nazioni Unite) e, successivamente, in sede regionale con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nonché, da ultimo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Come si potrà osservare, tutte le suddette carte tutelano, sebbene a volte implicitamente, la dignità umana come fondamento degli altri diritti fondamentali (talvolta come valore, talaltra come diritto). Ciò sta a significare che la stessa rappresenta un concetto vago, ma omnicomprensivo, che racchiude e ricomprende altri diritti essenziali, tra cui il diritto alla riservatezza e, attraverso il riconoscimento di quest'ultimo, il diritto alla protezione dei dati personali. In particolar modo, grazie all'opera interpretativa giurisprudenziale, quest'ultimo si evolve nel diritto all'autodeterminazione informativa, la quale combina l'autonomia riconducibile alla dignità, insieme alla tutela della privacy e delle informazioni personali.

Una volta giunti a identificare la portata del diritto all'autodeterminazione informativa e ad individuare gli strumenti attraverso i quali potrà essere tutelato (tale diritto non risulta infatti presente in nessuna delle carte poc'anzi menzionate), la ricerca prenderà in considerazione aspetti economici più strettamente collegati

alle suddette esigenze collettive del mercato, esaminando come l'economia attuale, che si sviluppa online e offline, sia prevalentemente dipendente dalla raccolta di dati personali che, secondo una tesi condivisa, rappresentano non solo beni giuridici, ma altresì beni economici di elevato valore.

Da qui si ricava il concetto di *data-driven economy*, la quale si potenzia – avvantaggiando la collettività – grazie alla sempre maggiore raccolta di informazioni personali. Naturalmente, le tecnologie che consentono di ammassare tali informazioni sono alla base del ciclo economico e, pertanto, incrementano lo sviluppo dell'economia digitale. Tra queste rientrano altresì i meccanismi che consentono l'utilizzo del *behavioural targeting* e così dell'analisi comportamentale degli utenti-consumatori attraverso i dati personali che li riguardano.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si giustifica l'esigenza che avrà il presente studio di toccare tre settori molto diversi, tra loro apparentemente scollegati e rappresentati, rispettivamente, dai diritti fondamentali, dall'economia e dalle nuove tecnologie.

Nell'ambito della *data-driven economy*, il collegamento tra siffatti argomenti si rinverrà, infine, nel diritto della concorrenza che è strumento di tutela per i consumatori, i quali possono al contempo considerarsi detentori di diritti di natura fondamentale, in quanto individui ed in base ad un rivisitato concetto di *consumer welfare*. Del pari, tale branca del diritto può divenire, indirettamente, garante dei dati personali degli stessi consumatori attraverso il divieto di comportamenti anticoncorrenziali di quelle imprese che, mediante intese vietate, abusino della propria posizione dominante sul mercato, o mediante concentrazioni distorcano il funzionamento del mercato a proprio vantaggio, ma a svantaggio finale del consumatore sia in termini di prezzo del prodotto o del servizio richiesto, sia in termini di violazione della propria autodeterminazione informativa.

L'analisi dei temi sopra menzionati verrà altresì condotta mediante un approccio di tipo comparativo, che tenta di offrire qualche cenno a talune esperienze nazionali significative per la comprensione dell'elaborato.

In special modo, si cercherà di svolgere un confronto tra l'ordinamento dell'Unione europea e quello degli Stati Uniti, principalmente per due ordini di ragioni.

Da un lato, evidentemente, gli USA rappresentano un Paese con il quale l'UE intrattiene i maggiori rapporti economici e commerciali e, pertanto, la *data-driven economy* si sviluppa, anche grazie allo strumento della rete digitale, in uno scambio

continuo tra questi due sistemi. Dall'altro, come si vedrà, molte delle tutele che sono nate o, quantomeno, sono state in origine individuate, negli Stati Uniti, si sono poi sviluppate nell'ordinamento UE (si fa riferimento, nello specifico, alle forme di protezione previste con riguardo alla dignità, alla privacy e al mercato, sotto l'aspetto del diritto antitrust).

Nell'evoluzione dell'analisi si individueranno quindi differenze e tratti comuni di tutela giuridica tra i due sistemi che, auspicabilmente, consentiranno di intravedere possibili soluzioni al principale quesito cui questo studio si pone l'obiettivo di rispondere: se nel settore del mercato digitale, di cui i dati personali rappresentano la materia prima e – come si vedrà – la moneta, le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali e le esigenze collettive del funzionamento del mercato siano bilanciate, o si possano contemperare, al fine della migliore reciproca soddisfazione, in quella che si potrebbe definire – con un'espressione mutuata dal mondo dell'economia – una situazione Pareto efficiente.

CAPITOLO I

LA DIGNITÀ UMANA

Il fondamento dei diritti fondamentali

I.I. I portatori di interessi fondamentali

Al centro delle indagini che coinvolgeranno i temi della presente ricerca sta e starà nel corso di tutta l'analisi il soggetto in quanto tale, vale a dire la persona fisica che può esercitare diritti ed assumere volontariamente e coscientemente obblighi, in qualità di individuo riconosciuto dal diritto.

Come si vedrà, il tratto che identifica giuridicamente il soggetto in esame riguarda le necessità che lo stesso percepisce e che devono essere legittimamente soddisfatte specialmente grazie agli strumenti forniti dall'ordinamento giuridico. A tal fine, parrebbe opportuno concentrarsi su un termine di recente utilizzo, nonostante esso sia tradizionalmente noto agli anglofoni e da questi comunemente impiegato. Ci si riferisce, segnatamente, all'espressione "*stakeholders*", il cui significato di «*portatori di interessi*»¹ presenta la particolarità di avere assunto un taglio di stampo prettamente economico. Con tutta probabilità, tale caratteristica deriva dall'origine del termine inglese *stakeholder*, con il quale si voleva intendere «*chi tiene le poste delle scommesse*» o «*chi possiede una quota di partecipazione azionaria*»². Nella stessa versione inglese, questo stava a indicare «*taluno scelto per conservare il denaro rischiato da individui in una gara, competizione ecc. e di consegnarlo integralmente al vincitore (...)*»³. Detto termine viene sempre più

¹ Si vedano, a tal proposito, i più recenti dizionari di lingua inglese, in cui il termine è tradotto esattamente come "*portatori di interessi*". *Ex multis*, si v. il dizionario Garzanti online, Garzanti linguistica, disponibile al sito www.garzantilinguistica.it.

² G. Ragazzini, *Dizionario Inglese Italiano*, Zanichelli, 2001.

³ Traduzione informale di: «*someone chosen to hold the money that is risked by people on a race, competition etc and to give all of it to the winner [...]*». AA.VV., *Dictionary of contemporary English*, Longman, 2003.

impiegato in maniera generale, in contesti differenti da quello economico. Ad esempio, spesso lo si usa nel contesto politico per individuare gli specifici beneficiari degli effetti di un atto normativo⁴. È chiaro che, restando intese le difficoltà di regolamentazione che riguardano il contesto digitale, gli effetti del funzionamento della rete, nonché degli strumenti normativi ad essa al momento applicabili, si ripercuotono sugli utenti che utilizzano Internet per fini personali e sulle imprese che se ne servono per fini commerciali. Questi ultimi soggetti possono essere così collettivamente identificati come portatori di interessi personalistici da un lato, economici dall'altro. Gli stessi si distinguono quindi per la tipologia di interesse che detengono e che, di frequente, mette gli uni in conflitto con gli altri. Inoltre, poiché gli effetti che si producono sugli *stakeholder* sono prevalentemente di origine normativa, soprattutto nel settore delle nuove tecnologie, gli interessi ad essi corrispondenti sono difficilmente riunibili sotto l'egida di una o più leggi idonee a tutelarli complessivamente nello stesso momento e in modo completo. Dalla situazione delineata poco sopra discende infatti la necessità di un continuo contemperamento o, per meglio dire, bilanciamento di interessi, tutti fondamentali e contemporaneamente confliggenti tra loro⁵.

Pertanto, il termine *stakeholder* pare attualmente iniziare a fare parte della quotidianità economica e normativa. Prova ne è la circostanza che esso sia presente altresì nei più recenti dizionari della lingua italiana⁶ al pari di un neologismo. Come descritto, l'adozione di questo termine nella quotidianità, scientifica e non, è un'ulteriore dimostrazione del fatto che il mondo sia diventato e diventi sempre più globalizzato e “a portata di mano” proprio grazie all'uso delle reti digitali⁷.

⁴ A tale riguardo ci si riferisce, a titolo esemplificativo, ai libri bianchi della Commissione europea, i quali rappresentano dei documenti che stimolano e consentono la consultazione pubblica delle parti interessate, grazie ai quali queste ultime sono in grado di fornire osservazioni relativamente all'adozione potenziale di un atto normativo con determinate caratteristiche. Per una definizione di siffatti libri, si v. il Glossario di sintesi dell'Unione europea, disponibile nella versione inglese (ove il termine *stakeholders* è presente) al sito http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html.

⁵ A tal riguardo si v. S.A. de Vries, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013 e H. Westermarck, *The Balance between Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the European Community*, tesi di master, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Lund, Svezia, 2008.

⁶ Di nuovo, e a titolo esemplificativo, si v. il dizionario Garzanti online, Garzanti Linguistica, disponibile al sito www.garzantilinguistica.com.

⁷ V., *inter alia*, S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma, 2015; M. Durante, U. Pagallo, *Manuale di diritto dell'informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, UTET, Milano, 2012.

In ragione di quanto sopra e del ricorrente uso del termine in questione, il significato di *stakeholder* non dovrebbe quindi rifarsi più a delle mere e ristrette considerazioni di ordine economico, bensì dovrebbe essere adattato al contesto attuale e universale (in particolare delle reti digitali qui in esame) in cui gli interessi di cui si è portatori non sono – e non possono più essere – considerati esclusivi interessi economici, ma anche e soprattutto interessi individuali che rispondono o, meglio, corrispondono al contenuto di quei diritti fondamentali, i quali, in particolare dal secondo dopoguerra ad oggi, hanno trovato riconoscimento nelle più pregevoli carte costituzionali, nonché nelle convenzioni internazionali in materia⁸. I diritti in questione, grazie allo sviluppo tecnologico e alla luce della riscontrabile traslazione del mondo reale nel mondo virtuale, risultano esercitati in modi diversi rispetto a quelli più tradizionali conosciuti nella realtà non virtuale, ma vengono ugualmente utilizzati. In dottrina, tra gli altri, Rodotà ritiene che tale contesto tecnologico esaminato congiuntamente alle logiche giuridiche ed economiche che vi si materializzano, giustificherebbe allo stato attuale una situazione storica in cui le logiche di mercato risultano molto, forse eccessivamente, preponderanti rispetto ai diritti dei singoli. Tale circostanza avrebbe perciò portato alla necessaria riscoperta della lotta per i diritti fondamentali, il cui rinnovato bisogno di affermazione viene ancor più ambito in ragione della finale e suprema urgenza di dignità⁹.

Pertanto, la presente ricerca si propone di considerare gli *stakeholder* non solo quali portatori di interessi economici, bensì anche, e soprattutto, di interessi fondamentali. Intendendo focalizzarsi, tra questi, sugli individui e dunque sulle persone fisiche, si nota come in un contesto come quello attuale in cui gran parte delle attività quotidiane viene realizzata tramite l'uso di Internet, siffatti individui possono e devono essere riconosciuti innanzitutto come soggetti che detengono interessi di natura fondamentale che, almeno in un primo momento, non rientrano tra quelli di tipo economico. Difatti, le libertà di stampo economico elevate a diritto

⁸ Si pensi alla Carta costituzionale tedesca del 1949, alla Costituzione italiana del 1948, nonché alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, approvata in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite o alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stipulata a Roma, in seno al Consiglio d'Europa, il 4 novembre 1950, dagli allora dodici Stati membri. Per approfondimenti, si v. *infra* cap. I.VI. e cap. I.VII.

⁹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, pagg. 6 segg.

fondamentale entrerebbero in gioco solo in un secondo momento e nell'ottica di un loro bilanciamento con diritti considerati pressoché assoluti e, dunque, inviolabili¹⁰. Pertanto, seguendo il suddetto orientamento si è scelto di prendere a riferimento il diritto alla tutela della vita privata, dal momento che la violazione (non solo) digitale di quest'ultima è più facilmente percepibile rispetto a quella di altri diritti fondamentali. Si comprende dunque come l'esigenza che la tutela della riservatezza o, meglio, del «*diritto ad essere lasciati soli*»¹¹, propria di ogni persona fisica vivente (e, talvolta, anche deceduta¹²) debba essere effettivamente e seriamente percepita non solo dai potenziali disturbatori della *privacy*, ma anche da quei soggetti che, compiendo attività personali o altrui attraverso l'uso delle reti digitali (sia online, sia offline – ma grazie all'uso di informazioni ottenute online), si trovano direttamente coinvolti in palesi violazioni del diritto in questione, oltre che di diverse altre libertà (da quella d'espressione, a quella di informazione, e via discorrendo). Ad ogni modo, il diritto alla *privacy* è centrale nello studio di tale ricerca giacché sembra fungere da base per lo sviluppo di altri diritti e libertà fondamentali; difatti, lo stesso è stato peraltro definito da Burkert come «*diritto fondamentalmente fondamentale*»¹³. Proprio per tale motivo, da qualche anno a questa parte, esso infatti è stato e continua ad essere oggetto di studi approfonditi in particolare per quanto riguarda la minaccia derivante dalla lotta al terrorismo. Invero, a partire dal noto attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001, gli individui hanno percepito di aver sacrificato (parte del)la propria riservatezza in ragione di una esigenza di sicurezza nazionale che viene spesso utilizzata per giustificare l'adozione di misure antiterrorismo, le quali sono talvolta percepite come invasive dell'individualità di un soggetto. In siffatto contesto, il risultato del bilanciamento degli interessi di sicurezza nazionale da una parte e di sicurezza individuale dall'altra soleva essere motivato sulla base di ragioni di ordine emergenziale e, pertanto, il fatto di far prevalere esigenze collettive su necessità

¹⁰ In tal senso, si v., M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, in *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris Ouest, 2011, pagg. 96 segg.

¹¹ Come teorizzato da Warren e Brandeis nel loro saggio che non ha tuttavia ancora perso i propri tratti essenziali, sebbene considerato in un'epoca ben diversa da quella in cui lo stesso era stato concepito. Si v., anche *infra* cap. II.I., S. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 14, pagg. 193-220.

¹² V. G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, in particolare pagg. 375 segg. sul tema de «*la morte digitale*».

¹³ H. Burkert, *Dualities of privacy – An Introduction to 'Personal Data Protection and Fundamental Rights'*, in M.V. Perez Asinari, P. Palazzi, *Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

individuali assumeva un carattere assolutamente eccezionale. Tuttavia, l'opinione pubblica si è presto resa conto che la motivazione emergenziale di misure con effetti limitativi della privacy risultava talmente diffusa da far percepire sempre meno il carattere di urgenza ed eccezionalità delle misure stesse, poiché la sicurezza individuale veniva spesso sacrificata con l'avallo del controllo di costituzionalità. Del resto, non si può evitare di riscontrare che siffatte problematiche permangono. Tuttora, il fatto che talune autorità governative eseguano quotidianamente attività di indagine ad ampio raggio (anche nei confronti di soggetti che non presentano possibili elementi di contiguità con attività illecite¹⁴) attraverso lo spionaggio delle comunicazioni elettroniche, suggerisce il coinvolgimento attivo dell'opinione pubblica, affinché essa prenda coscienza della rilevanza di tali pratiche e della loro connessione con la tutela delle libertà fondamentali. Alla luce di tutto ciò, la sorveglianza massiva degli Stati fa sì che i cittadini non percepiscano più il confine tra la raccolta lecita ed eventuali appropriamenti indebiti e illeciti dei dati personali. E tale fenomeno non si verifica più solamente nell'ambito delle misure di contrasto ad attività criminali. Invero, dal momento che la pratica di raccolta di dati personali a fini di investigazioni penali è volta prevalentemente al contrasto al terrorismo, posto che i cittadini intendono sentirsi sicuri e, per quanto possibile, desiderano evitare fenomeni terroristici, essi si sono probabilmente assuefatti alla raccolta dei propri dati personali in misura tale da accettare, o da non rendersi conto

¹⁴ Si v., da ultimo e a titolo esemplificativo, la vicenda che ha coinvolto Edward Snowden e la *National Security Agency* statunitense in relazione ad attività di spionaggio di quest'ultima nei confronti di cittadini dell'Unione europea (il cui diritto alla privacy è generalmente maggiormente tutelato rispetto alle garanzie fornite dall'ordinamento statunitense – a tal proposito si v. U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Giuffrè, 2008 e A. Charlesworth, *Clash of Data Titans? US and Eu Data Privacy Regulation*, in *European Public Law*, 2000, vol. 6, 2, 253-274), nonché nei confronti di autorità governative straniere, arrivando persino ad investigare in attività commerciali di dubbio rilievo di Governi europei. Si v., a tal riguardo, l'articolo apparso sul *New York Times* il 23 giugno 2015, *WikiLeaks Files Said to Show N.S.A. Spied on French Leaders*, di A.J. Rubin, disponibile al sito http://www.nytimes.com/2015/06/24/world/europe/wikileaks-files-said-to-show-nsa-spied-on-french-leaders.html?_r=0. Peraltro, si pensi che la vicenda che vede protagonista Snowden, prosegue oramai da qualche anno e ha destato uno scalpore tale da, da un lato, dover costringere l'americano Snowden ad espatriare e a cercare protezione in ambasciate e consolati "amici" di altri Paesi (sullo stesso pendono infatti, oltre ad un mandato d'arresto internazionale, anche un mandato d'arresto europeo – motivo per cui, nonostante i recenti fatti accaduti in Francia, da ultimo si è visto rifiutare dalle autorità francesi l'istanza di asilo politico, che sarebbe stata in palese conflitto con l'interesse e il dovere per la Francia di procedere al suo fermo, in forza della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri) e, d'altro lato, a rifornire costantemente un sito internet da parte di cosiddetti *whistleblowers*, di notizie aggiornate in merito alle attività di spionaggio. Si v. www.wikileaks.org.

dell'impiego di proprie informazioni anche in ambiti diversi, specialmente nelle attività compiute tramite la rete digitale. È possibile che ciò sia dovuto al fatto che gli individui non siano pienamente consapevoli dei propri diritti (in particolare alla riservatezza) e che, in un bilanciamento tra dati sottratti e benefici ottenuti in cambio di tali dati (si v. cap. III *infra*) preferiscano comunque sacrificare la propria integrità informativa. Ad ogni modo, in effetti, si riscontra generalmente una carenza di informazione sulle tutele in materia di privacy. In tal senso, almeno nel sistema UE, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁵ (che con il Trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁶ e che è quindi direttamente applicabile in tutti gli Stati membri) potrebbe sorreggere la realizzazione del proposito della creazione di una più estesa educazione civica in materia di cittadinanza europea, così come istituita sin dal Trattato di Maastricht del 1992¹⁷ e oggi riconosciuta nel vigente e consolidato Trattato sull'Unione europea¹⁸, tale da consentire a qualunque cittadino di uno Stato membro, *ipso jure* parimenti cittadino dell'Unione europea, di esercitare tutti i diritti sanciti, oggi, dalla Carta dei diritti fondamentali, tra cui il diritto alla riservatezza dei dati personali.

A tal proposito, la particolare tipologia di organizzazione internazionale rappresentata dall'Unione europea¹⁹, le cui istituzioni sono dotate di consistenti poteri sanzionatori nei confronti degli Stati membri, potrebbe rappresentare un valore aggiunto nella tutela dei diritti fondamentali²⁰. Al preciso scopo di affermare

¹⁵ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2012, C 236).

¹⁶ Articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea (GU 2012, C 326): «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni (...)».

¹⁷ Si v. articolo 8, Trattato di Maastricht: «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato».

¹⁸ Articolo 9, Trattato sull'Unione europea (GU 2012, C 326): «L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce».

¹⁹ Si v., B. Conforti, *Diritto Internazionale*, ottava edizione, Editoriale Scientifica, 2010, nonché M. Carbone, R. Luzzatto, L. Santa Maria (cur.), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Giappichelli, 2006, e T. Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, 2005.

²⁰ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pagg. 38.

che l'Unione europea è l'ordinamento esistente in cui i diritti e le libertà sono maggiormente riconosciuti, è necessario preliminarmente prendere atto che la stessa è stata creata per scopi essenzialmente economici e che solo in un secondo momento si è arrivati a pensare che fosse imprescindibile il riconoscimento di diritti fondamentali ulteriori rispetto alle mere libertà economiche²¹. Da «un'Europa dei mercati» si è passati quindi a «un'Europa dei diritti», poiché il mero riconoscimento del libero mercato e delle rispettive libertà economiche non sono più risultati sufficienti a colmare quel deficit democratico che ancora oggi caratterizza la carenza di legittimità dell'UE²².

Dietro allo scudo dell'Unione europea esiste infatti un ordinamento giuridico multilivello che si occupa anche e principalmente di tutelare le libertà fondamentali di quelli che ora potremmo definire *stakeholder*, intendendo per *stake* l'interesse a vedere tutelati i propri diritti essenziali²³.

E ancora più indietro, dietro quindi a tutti quegli ordinamenti giuridici che tutelano i diritti fondamentali e al principio della storia di questi ultimi, si staglia ben chiaro all'orizzonte il concetto della dignità umana²⁴, che peraltro rappresenta il preludio del contenuto della Carta dei diritti fondamentali, la quale non solo la protegge nella sua prima disposizione, ma le dedica altresì la rubrica del primo capitolo²⁵.

I.II. Un breve *excursus* storico dell'interesse fondamentale alla dignità umana

Alla luce di quanto analizzato in precedenza, sarebbe dunque il diritto alla dignità a rappresentare il punto di partenza e uno degli obiettivi della presente ricerca: un

²¹ Per prima è stata la Corte di giustizia dell'Unione europea a percepire la necessità di garantire, in ogni caso, i diritti fondamentali. Si v. in tal senso le sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11-70 (ECLI:EU:C:1970:114) e del 14 maggio 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, causa 4-73 (ECLI:EU:C:1974:51).

²² S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 29; in merito al passaggio da un'Europa dei mercati a un'Europa dei diritti, si v. altresì il commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, pag. 156.

²³ V., inter alia, A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2010.

²⁴ V. cap. I.III. *infra*.

²⁵ V. articolo 1, e capo 1, Carta dei diritti fondamentali dell'UE. V. cap. I.VIII. *infra*.

concetto molto antico che riesce ancora, dopo centinaia di anni, a scontrarsi, giustificarsi e prendere vita nel rapporto anche con le nuove tecnologie.

Il concetto di dignità umana si ricostruisce per gradi, attraverso l'esame degli elementi strutturali che si rinvencono a partire dall'arcaica cultura greca e, poco più tardi, nella cultura romano-latina²⁶. Già dai primi albori della nozione di dignità riferita ad un soggetto singolarmente considerato, si rinviene un concetto dinamico, e non statico, il cui significato è necessariamente destinato a forgiarsi attraverso la sua concretizzazione, mediante la costruzione e lo sviluppo delle relazioni morali del soggetto stesso con altri soggetti e che, di conseguenza, si estende dagli stretti congiunti dell'individuo sino a ricomprendere tutti i membri della comunità che lo circonda. Ciò sarebbe tanto più vero se si considerasse l'uomo come degno perché «*compie azioni vevoli per gli altri*»²⁷.

A conferma di ciò, vi sarebbe la visione aristotelica della dignità, la cui premessa fondamentale riguarda la circostanza che tutti gli uomini sono degni, sebbene non debbano necessariamente esserlo in egual misura. Il parametro della misura della dignità verrebbe infatti identificato grazie alle azioni che lo stesso uomo percepisce di dover compiere e che, di fatto, compie²⁸. Così facendo, il riconoscimento morale che l'individuo che compie determinate azioni pregevoli per la comunità di appartenenza, trarrà dall'effettiva realizzazione di queste ultime, corrisponderebbe a quei benefici che il soggetto in quanto tale, arreca alla medesima comunità²⁹.

Spostandosi appena di pochi secoli per giungere all'analisi della dignità in epoca romana, si riscontra come la stessa presenti una duplice accezione. In questa prospettiva, la dignità sarebbe quindi considerata come, da un lato, la posizione dell'uomo nell'universo e, dall'altro, come la posizione che l'uomo ricopre nella vita pubblica. Quanto alla prima accezione, si osserva come, al pari della suddetta visione aristotelica, la dignità sia stata individuata in tutti gli uomini. Essa, infatti, sarebbe "universale" in quanto il genere umano dovrebbe possederla nella misura in cui si tratterebbe di una «dote naturale»³⁰. La seconda nozione sarebbe invece

²⁶ U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Bari-Roma, 2009, pagg. 7 segg., in C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1, pagg. 67 segg.

²⁷ Alla maniera aristotelica. *Ibidem*.

²⁸ C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1, pagg. 67 segg.

²⁹ U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, cit., pagg. 67 segg.

³⁰ P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009, 11, in C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, cit., pagg. 67 segg.

più affine a un concetto particolaristico, nel senso che la sua definizione deriverebbe dal fatto che alcuni individui eseguono certe azioni, mentre altri preferiscono non compierle o non ne sono in grado³¹.

Tuttavia, ai fini dell'oggetto del presente studio, si ritiene che il concetto di dignità romana di cui tenere conto sia il primo, ossia quello della dignità considerata come qualità universale e, in quanto tale, appartenente a tutti gli uomini, senza eccezione tra quelli che compiono determinate azioni a propria volta degne di considerazione, e quelli che non le compiono³².

L'accezione così preferita troverebbe peraltro riscontro nella più recente teoria kantiana sul fondamento della dignità dell'uomo, il quale si riconoscerebbe nel "fatto della ragione" della legge morale, implicando così alcune osservazioni di ordine pratico e fattuale in occasione dell'analisi della legge morale connessa al concetto di dignità. La legge morale disciplina e regola il modo di trattare l'umanità, e quindi tutti gli esseri umani³³, e di trattarsi gli uni e gli altri in quanto uomini «*sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo*»³⁴. Secondo Becchi, Kant riteneva che a ferire la dignità dell'uomo sarebbe quindi il fatto di usare un essere umano in modo meramente strumentale per il raggiungimento di scopi che non lo riguardano, il che riduce la persona a mero oggetto³⁵, privandola così dei diritti di autodeterminazione e di libera scelta.

Perciò il concetto di dignità riguarda, come lo faceva in origine, principalmente il soggetto considerato nelle relazioni morali che detiene con i membri della sua famiglia e con i membri della comunità intera cui appartiene. Di tal sorta, emerge un concetto che alcuni autori hanno identificato con quello di "dignità relazionale", dal momento che l'identità di un individuo, che si rifonde nella nozione di dignità³⁶, si forma proprio grazie alle relazioni interpersonali che consentono al soggetto stesso di riconoscersi ed essere riconosciuto da altri individui portatori di altre identità, trovando affinità e differenze che permettono una conduzione più serena

³¹ *Ibidem*.

³² Si rinvia pertanto alla concezione aristotelica poco sopra trattata.

³³ Nessuno escluso, per tornare al primo concetto di stampo romano di dignità enucleato sopra, insieme a quello ivi riferito di stampo aristotelico.

³⁴ I. Kant, *La metafisica (2. Principi metafisici della dottrina della virtù)*, trad. it. Bari, 1970, 296, in C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1, pagg. 67 segg.

³⁵ P. Becchi, *cit.*, pagg. 67 segg.

³⁶ V. cap. I.XII. *infra*, nonché per un breve approfondimento K.T. Galvin, L. Todres, *Dignity as honour-wound: an experiential and relational view*, in *Journal of Evaluation in Clinical Practice*, 2015, pagg. 413 segg.

possibile della propria vita e, dunque, un sentimento di soddisfazione della dignità individuale³⁷.

Oggi, non si può prescindere dal ritenere che il soggetto dignitoso sia colui che, anche attraverso l'uso delle nuove tecnologie riesce a intrattenere relazioni con altri soggetti, concretizzando la propria dignità in azioni, sempre grazie all'uso di dispositivi digitali. Volendo utilizzare una sorta di proporzione matematica, l'utente starebbe a Internet come l'uomo dignitoso starebbe alla sua comunità di appartenenza, perché Internet è uno spazio virtuale in cui "vive" una comunità di utenti. L'odierno utente delle reti digitali sarebbe quindi parificato a un individuo dignitoso, la cui dignità può essere diversamente concepita, sia in termini storici che sociali. D'altro lato, Internet sarebbe parificato alla comunità di appartenenza del soggetto dignitoso: sebbene in passato detta comunità non potesse che avere natura reale, oggi la stessa si accresce e si sviluppa anche grazie alla realtà virtuale.

In questo senso, rientrerebbe in gioco anche la teoria kantiana dell'impossibilità di usare l'uomo come mero fine per soddisfare i bisogni di altri uomini: l'uomo utente delle reti digitali verrebbe infatti privato della propria dignità qualora, una volta datagli la parvenza di poter utilizzare tali reti nelle più ampie accezioni di libertà ivi derivanti, lo stesso venisse utilizzato meramente per soddisfare scopi diversi dai suoi e altrui. Per fare un esempio e semplificare la comprensione di quanto sopra, si ipotizzi che un utente si registri presso un sito *web* rilasciando alcune informazioni personali. Allo stesso tempo, la società gestrice del sito acquisisce la disponibilità di quelle stesse informazioni e le trasmette a una società terza, che offre determinati prodotti, presumibilmente rilevanti, alla luce contenuto delle informazioni pubblicate dall'utente. Quest'ultima società, grazie alla ricezione dei dati dell'utente, inizia a far comparire, in modo molto frequente e aggressivo, la propria pubblicità sullo schermo del dispositivo digitale dell'utente, ogni volta che egli visita determinati siti *web*. L'utente diviene il bersaglio di questa pubblicità, tanto da persuadersi circa le proposte di acquisto della società produttrice in possesso del suo profilo. In tal modo, l'utente determina le proprie scelte d'acquisto

³⁷ Per approfondimenti sul tema della dignità relazionale, si v. F. Scaramella, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 2, pagg. 305-320; B. Malvestiti, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, *Orthos*, 2015; K.T. Galvin, L. Todres, *cit.*, pagg. 410-418.

sotto una concreta pressione e un'apparente libertà di determinarsi. Potrebbe dirsi, in questo caso, che l'utente si sia veramente autodeterminato nella scelta di mercato? Si aggiunga infine che, alla luce di tutta la sequenza fattuale, la società cedente i dati personali ha ricavato profitto commerciale. L'utente non sarebbe forse stato utilizzato dal *provider* di servizi digitali per soddisfare i fini commerciali della società che ha venduto i suoi dati personali e della società che, infine, è riuscita a persuadere l'utente nell'acquisto, tramite l'attività pubblicitaria? Ciò desterebbe maggiori dubbi se tra il *provider* e la società che produce la merce venduta all'utente esistesse un accordo di scambio delle informazioni a titolo oneroso. Il caso descritto non resta limitato ad una mera ipotesi di scuola. Al contrario, lo stesso tende a verificarsi con sempre maggiore frequenza nell'ambito degli scambi commerciali in tutto il mondo (online od offline) e, pare, particolarmente nell'economia digitale d'oltreoceano.³⁸ Si tratta quindi un'ipotesi concreta, che rappresenta solo una delle infinite potenziali ipotesi reali, in grado di palesarsi quotidianamente sulle reti digitali, di violazione del diritto di autodeterminazione e, conseguentemente, dei diritti fondamentali.

Alla luce di quanto esaminato in precedenza sull'individuo *stakeholder* portatore di interessi fondamentali³⁹ e intendendo porre attenzione all'“interesse fondamentale alla dignità”, si osserva che detto individuo, in quanto tale, deve essere libero di autodeterminarsi⁴⁰. Se poi si cala l'individuo nell'ambiente digitale, ci si chiede se non sia necessario declinare il concetto di dignità (così com'è stato fatto anche nei secoli precedenti per situazioni sociali e storiche variegata) in un'accezione più consona alla nuova società digitale, altrimenti conosciuta come la “*società della conoscenza o dell'informazione*”⁴¹. Quest'ultima viene identificata come uno spazio reale e virtuale insieme, che presenta molte nuove necessità collegate, da un lato, al rapidissimo e continuo sviluppo delle tecnologie, nonché alle loro particolari, se non uniche, caratteristiche, e, dall'altro, alla difficoltà di tutelare i

³⁸ La questione verrà approfondita *infra* nei capitoli II e III. Sarà qui utile anticipare che sono emersi alcuni casi di scambi a fini di lucro di dati personali tra soggetti commerciali diversi, tra cui almeno uno dei due non ha avuto un rapporto diretto con il titolare dei dati stessi. Per limitare detto fenomeno, alcuni ordinamenti hanno previsto un assetto normativo per la tutela dei cosiddetti *cookies*, i quali rappresentano una delle maggiori fonti di raccolta delle informazioni personali tramite il consenso dell'utente. In tal senso, si v. M. Durante, U. Pagallo, *cit.*, pagg. 159 segg.

³⁹ V. cap. I.I. *supra*.

⁴⁰ Per la considerazione della dignità quale libertà di autodeterminazione, si v. cap. I.VII., cap. I.IX., cap. I.X., cap. I.XII. *infra*.

⁴¹ P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2008, 6, pagg. 715 segg.

diritti fondamentali in uno spazio “transnazionale”, privo di confini e di giurisdizione, qual è quello di Internet⁴².

È opportuno brevemente sottolineare che, per quanto concerne il primo aspetto dello sviluppo delle tecnologie, la società dell’informazione (così come attualmente definita) si è sviluppata in un lasso di tempo molto breve che va dalla nascita di Arpanet⁴³ sino alla creazione e alla diffusione di Internet⁴⁴, non solo tramite l’uso del *personal computer* (o elaboratore elettronico), ma altresì grazie all’uso di molto più comodi e agevoli dispositivi digitali mobili (*smartphone, tablet, ecc.*). Dato il potenziamento delle tecnologie avvenuto in tempistiche assolutamente rapide ed inaspettate, le proiezioni per il futuro rappresentano una situazione ambigua in termini di libertà di autodeterminazione e possibili violazioni dei diritti fondamentali. Si pensi al fatto che gli esperti hanno stimato che, entro il 2020, si passerà ad una prevalente gestione domestica (non solo lavorativa per il soddisfacimento di fini economici quindi, ma anche personale e privata) realizzata mediante l’uso di apparecchi ed elettrodomestici collegati a reti digitali⁴⁵. La domotica si svilupperà in funzione della messa a disposizione di *facilities* che

⁴² Nel presente elaborato si farà spesso riferimento a Internet, intendendo con esso la più ampia categoria di tutte le reti digitali attualmente a disposizione del genere umano. Tale scelta viene effettuata in ragione del fatto che parte della dottrina l’ha identificato proprio come “rete delle reti”. Esso, infatti, è rappresentato, fisicamente, da una rete di computer che si serve di varie tecnologie per interconnettere altre e diverse reti, mediante un protocollo ISP (*Internet Service Provider*). Dal punto di vista virtuale, Internet rappresenta un mezzo di comunicazione di e tra terminali (ossia di elaboratori elettronici) e, quindi, di loro utenti, in cui confluisce una moltitudine di servizi di varia natura, tra cui, i servizi di navigazione *World Wide Web*, i servizi di comunicazione tramite e-mail, chat, forum o altri, i servizi di trasferimento e di archivio dei dati (si pensi ad esempio, rispettivamente, alle tecnologie del *peer-to-peer* e del *cloud*), e che permette infine di offrire un’ampia gamma di servizi multimediali commerciali. Si v. F.J. Díaz Revorio, *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2009, pagg. 184 segg.; nonché K.A. Gable, *Cyber-Apocalypse Now: Securing the Internet Against Cyberterrorism and Using a Universal Jurisdiction as a Deterrent*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, 43, 1, pagg. 60 segg.

⁴³ Avvenuta negli Stati Uniti nel 1969, per soddisfare esigenze di difesa nazionale. Il sistema ARPANET mirava infatti a realizzare attività di spionaggio elettronico resesi necessarie al tempo della Guerra Fredda tra Stati Uniti e Russia. Il nome deriva dall’*Advanced Research Project Agency* del Pentagono – ARPA, appunto, che fu il primo sistema di interconnessione di reti telematiche a servirsi del protocollo TCP/IP. Tale sistema è stato reso disponibile, una volta esauriti i suoi scopi di difesa nazionale, a poche università statunitensi che, in quel modo, potevano essere connesse l’una all’altra consentendo un continuo interscambio di informazioni. Solo nel 1988 gli Stati Uniti hanno acconsentito che altri Stati potessero avere accesso al potente mezzo delle reti telematiche. Infine, si ricordi che la prima pagina *web* è stata creata solo nel 1991. Si v. K.A. Gable, *Cyber-Apocalypse Now: Securing the Internet Against Cyberterrorism and Using a Universal Jurisdiction as a Deterrent*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, 43, 1, pagg. 60 segg.; P. Jacob, *La gouvernance de l’Internet du point de vue du droit international public*, in *Annuaire français de droit international*, 2011, LVI.

⁴⁴ *Ibidem*. Si v. anche le conclusioni per un approfondimento sul *World Wide Web*.

⁴⁵ NETCOMM Forum, 21 aprile 2015, Milano, intervento di apertura.

presenteranno seri rischi per la sicurezza della riservatezza, la quale non solo potrebbe risultare minata dall'uso di elaboratori e dispositivi elettronici mobili, ma addirittura tramite l'uso personale di una lavatrice o di una lavastoviglie, magari, ad esempio, attraverso lo "spionaggio commerciale" delle società produttrici di detersivi che potrebbero affinare la propria offerta proprio in conseguenza delle scelte del consumatore, utente del cosiddetto "*Internet delle cose*"⁴⁶.

Inoltre, la società dell'informazione si è sviluppata sino a tale misura anche in conseguenza del fatto che le informazioni hanno iniziato a costituire un vero e proprio bene giuridico⁴⁷, di carattere dematerializzato e, forse, apparentemente evanescente, ma dotato di un sempre più crescente valore economico⁴⁸. Difatti, proprio perché la fruizione di tali beni aumenta progressivamente, anche per effetto della globalizzazione dei mercati facilitata dall'avvento e dallo sviluppo di Internet, in generale si può evincere che il valore dei dati personali aumenti proporzionalmente in relazione alla percezione che gli utenti della rete digitale (in grado di far circolare gli stessi) ne hanno⁴⁹. Dunque, una volta dedotto che è nel contesto digitale che la dimensione informativa risulta dominante, è proprio in considerazione di ciò che destano preoccupazione tutti gli aspetti della riservatezza in quanto diritto fondamentale, collegato alle informazioni a carattere personale⁵⁰. Parlando di diritti fondamentali, si viene quindi a toccare il secondo breve tema summenzionato, ovvero la necessità di tutelarli, in un "ambiente" virtuale, sprovvisto di confini materiali, in cui le azioni illecite sono difficilmente perseguibili, tanto che i responsabili sono pressoché impossibili da individuare⁵¹. Prima di affrontare più nel dettaglio tale tema, sarà tuttavia necessario comprendere cosa rappresenti la dignità umana, anche al di fuori del contesto virtuale, in rapporto e relazione dinamica con i diritti fondamentali o – per riutilizzare la predetta

⁴⁶ AA.VV., *RFID and the Internet of Things: Technology, Applications, and Security Challenges*, Hannover, 2011.

⁴⁷ Intendendo per beni, alla maniera del nostro codice civile, "*le cose che possono formare oggetto di diritti*", articolo 810 c.c. Si v. altresì cap. III.II. *supra*.

⁴⁸ Si v. *infra* cap. II e cap. III.

⁴⁹ P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie*, cit., pagg. 720 segg.

⁵⁰ M. Durante, U. Pagallo, cit., pagg. 159 segg.

⁵¹ V., *ex multis*, M. Porcedda, *Data protection and the prevention of cybercrime: the EU as an area of security?*, EUI Working Papers, European University Institute, Department of Law, Florence, 2012, pagg. 1 segg. V. anche intervento di G.M. Ruotolo al Convegno *Diritto e Innovazione*, Università Ca' Foscari, Venezia, 15-16 maggio 2015.

espressione impiegata in relazione al termine *stakeholder* – di *interessi fondamentali*, tra cui quello qui menzionato alla tutela dei dati personali⁵².

I.III. La dignità umana come principio fondante dei diritti fondamentali

La dignità umana è, come si vedrà, principio fondante dei diritti umani, giacché esso rappresenta quel *fil rouge* che consente di esaminare con coerenza i diritti fondamentali oggetto di potenziale violazione nell'ambito delle nuove tecnologie e, nel contesto in esame, della tutela dei dati personali⁵³.

Difatti, la maggior parte della dottrina identifica il concetto di dignità umana quasi come un diritto “fondamentalmente fondamentale” (volendo richiamare l'espressione più sopra utilizzata in tema di privacy)⁵⁴, o come il fondamento dei fondamenti⁵⁵, che, comunque lo si voglia definire, rappresenta un *prius* logico ed ontologico per l'esistenza e la specificazione di altri diritti, che serve a giustificare e rafforzare la tutela dei quei diritti fondamentali oramai facenti parte della maggioranza delle moderne costituzioni⁵⁶ entrate in vigore dopo la Seconda Guerra mondiale⁵⁷.

Fu proprio in esito a quest'ultimo avvenimento, o meglio, fu la fine di questo avvenimento di rilevanza storica indiscussa e senza precedenti, che è risultato necessario (e avvertito da parte di tutti gli Stati occidentali partecipanti al conflitto mondiale) disciplinare quei diritti fondamentali cui prima non era stata data esplicita tutela dal punto di vista giuridico. È proprio durante la seconda metà degli

⁵² C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, cit., pag. 75.

⁵³ P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, 2003, in particolare cap. I, e M. Olaizola, *Human Dignity: a Normative Justification for Human Rights*, 27 giugno 2012 (*e-International Relations*, disponibile al sito <http://www.e-ir.info/2012/06/27/human-dignity-a-normative-justification-for-human-rights/>).

⁵⁴ V. cap. I.I. *supra*.

⁵⁵ A. Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, disponibile al sito http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0056_ruggeri.pdf.

⁵⁶ Addirittura se ne parla come principio “supercostituzionale”, v. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Politica e Diritto*, 1991, pag. 344.

⁵⁷ L. Chieffi, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rassegna di diritto europeo*, 2013, 1, pag. 6.

anni quaranta che, da una parte, hanno iniziato a formarsi le organizzazioni internazionali di stampo universale o regionale, che avevano e hanno di mira il mantenimento della situazione di pace internazionale e la tutela dei diritti fondamentali e, dall'altra, avanzava l'approvazione di esigenze di tutela di diritti fondamentali da parte di alcuni Stati partecipanti al conflitto, che ha portato alla successiva entrata in vigore di Carte costituzionali rigide, tra i cui scopi primari risiede la tutela dei diritti umani.

In questo contesto, ha iniziato ad emergere l'importanza della dignità. Dalla metà del ventesimo secolo, il concetto di dignità umana ha assunto una connotazione giuridica. Tuttavia, non sempre essa è giunta ad essere qualificata come diritto. Spesso, però, anche quando viene considerata come "mero" valore, essa ha un peso giuridico quando è considerata nell'ambito di un bilanciamento con altri interessi giuridicamente rilevanti.

Dapprima, è con Simone Weil che il concetto di dignità viene studiato giuridicamente, in uno con il concetto di scambio. Invero, partendo dal presupposto che si tratta di un valore e, come tale, dovrebbe avere rilevanza economica⁵⁸, la filosofa accosta il concetto di diritto al concetto di scambio affermando che «*la nozione di diritto è legata a quella di spartizione, di scambio, di quantità. Ha qualcosa di commerciale. (...) Il diritto si regge soltanto su un tono di rivendicazione*»⁵⁹. Pertanto, seguendo questo orientamento, il diritto che viene ceduto acquisisce un valore⁶⁰. Motivo per cui, quando si deve trattare di diritti indisponibili, non si dovrebbe arrivare a qualificarli come valori, perché così facendo se ne dovrebbe affermare la possibilità di cessione e scambio, facendo loro assumere un valore economico⁶¹. In questo senso, la dignità umana dovrebbe essere vista come base dei diritti inviolabili, o forse (e come si vedrà *infra* nel contesto dell'UE⁶²) come primo diritto inviolabile, nonostante il rischio sarebbe poi quello di sottoporlo, a seconda delle teorie di interpretazione dei diritti fondamentali, ad operazioni di bilanciamento⁶³.

⁵⁸ V. cap. I.XI *infra*.

⁵⁹ S. Weil, *La personne et le sacré*, 1957, trad. it., cit. in S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2013, 12, 1, pag. 179.

⁶⁰ S. Lieto, *cit.*, pag. 179. Per l'autrice "i valori, in quest'ottica, rappresenterebbero la misura di quei diritti naturali che gli individui accettano di cedere per definire i limiti, in una prospettiva hobbesiana, della sfera della sovranità".

⁶¹ S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, *cit.*, pagg. 179-180.

⁶² V. cap. I.VI. *infra*.

⁶³ S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, *cit.*, pagg. 183-184.

Perseguendo, come finalità giuridica, l'identificazione di una nozione di dignità, il ventesimo secolo ha visto svilupparsi l'importante opera interpretativa di Hannah Arendt, che è stata riconosciuta dai più come una teorica della dignità umana⁶⁴. Ella ha svolto i propri studi nel corso della seconda metà del Novecento, all'alba di un periodo in cui l'esigenza del riconoscimento della dignità umana si è fatta sempre più pressante. Tale epoca è stata infatti molto influenzata dagli eventi drammatici verificatisi contemporaneamente allo scoppio della Seconda Guerra Mondiale, che, oltre alla guerra, hanno visto l'apice della tragicità nell'Olocausto e nell'applicazione delle leggi razziali. È proprio a cominciare da questi eventi che, nell'ambito degli ordinamenti giuridici, ha iniziato a farsi strada in modo sempre più preponderante la politica del «*never again*», declinato nel linguaggio dignitario⁶⁵.

Arendt ha in realtà considerato molto criticamente dette spinte protezionistiche in tema di diritti umani⁶⁶, ma la sua attività, seppure marcata da un forte pessimismo, le ha comunque consentito di evincere un concetto di dignità. Quest'ultimo si inserirebbe nel contesto giuridico e riguarderebbe un diritto particolare e sovraordinato riconoscibile in un, o meglio, nel «*diritto di avere diritti*». In questi termini, la dignità diverrebbe una pretesa legittima per cui ogni essere umano è membro di un ordinamento politico che gli conferisce sì diritti in quanto cittadino, ma che gli conferisce, innanzitutto, un diritto ad essere parte di un ordinamento giuridico. Innanzitutto, lo status di cittadino sarebbe quindi quello di un individuo che ha titolo per essere detentore di diritti⁶⁷. Secondo Arendt, difatti, «*l'antisemitismo, l'imperialismo, il totalitarismo hanno dimostrato, uno dopo l'altro, che la dignità umana ha bisogno di una nuova legge sulla terra per l'intera umanità*»⁶⁸.

⁶⁴ C. Menke, *Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt*, in M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, 2014, pag. 332.

⁶⁵ S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, 59, pag. 443; C. Dupré, *The Age of Dignity*, Hart Publishing, 2015, pagg. 37 segg.

⁶⁶ H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, 1963. Disponibile in traduzione italiana H. Arendt, *La banalità del male: Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, 2001.

⁶⁷ M. Düwell, *Human dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives*, in M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, cit., pag. 29.

⁶⁸ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit. in J.A. Arana, *Libertà religiosa e reciprocità*, Giuffrè, 2009, pag. 103, ma si v. anche C. Menke, cit., pag. 333.

Pertanto, il diritto di avere diritti, così come teorizzato da Arendt, sta a significare che l'individuo vive in un contesto dove viene giudicato dalle proprie azioni e opinioni e gode di un diritto ad appartenere ad una certa comunità organizzata, senza la quale sarebbe impossibile avere diritti perché non vi potrebbe essere confronto tra individui. Per prima cosa, dunque, il diritto ad avere diritti si risolverebbe nel diritto di appartenere ad una comunità, «*il diritto di associazione*»⁶⁹ senza il quale non troverebbero materializzazione⁷⁰ altri diritti che verrebbero in rilievo (e verrebbero esercitati) solo in prospettiva relazionale.

Sebbene Arendt inserisca la dignità nell'ambito della spiegazione dell'aporia dei diritti umani, vale a dire della sua critica nei confronti della tradizione di protezione dei diritti umani⁷¹, la nozione da ella presentata può fornire ora la base di ragionamento sul come le costituzioni, contemporaneamente agli atti giuridici di stampo internazionale e regionale (come si vedrà *infra*)⁷², abbiano assunto la dignità umana in senso positivo (distintamente da come la interpretava in senso aporistico Arendt) per legittimare, in sintesi, il proprio ordinamento di riferimento. Alla maniera di Arendt, ciò che giustifica la creazione e la tutela di diritti umani sarebbe proprio il diritto di avere diritti, dunque il diritto di appartenere ad una comunità organizzata senza la quale gli altri diritti umani sarebbero solo una forma di astrazione e non otterrebbero materialità tale da giustificarne la tutela. Il diritto “fondamentalmente fondamentale”, dunque, sarebbe quello di avere diritti e di poter beneficiare della facoltà di “avere un posto nel mondo”⁷³. Siffatto diritto dovrebbe essere garantito dalla medesima comunità, prima ancora di garantire gli altri diritti fondamentali⁷⁴.

Con Simone Weil e Hannah Arendt, la dignità umana inizia ad essere vista non più solo come un valore, ma altresì come un principio e un diritto. Essa ha iniziato ad assumere una connotazione quantomeno giuridica, sebbene sotto identificazioni

⁶⁹ C. Menke, *Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt*, cit., pag. 337.

⁷⁰ H. Arendt, cit. in C. Menke, *Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt*, cit., pag. 337.

⁷¹ La sua critica prende le mosse dal diciottesimo sino alla metà del ventesimo secolo e si giustifica sulla base di una sorta di mancanza di realtà e quindi di eccessiva astrattezza nella teoria dei diritti umani. C. Menke, *Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt*, cit., pagg. 332 segg.

⁷² V. capp. da I.VI. a I.VIII. *infra*.

⁷³ C. Dupré, *The Age of Dignity*, cit., pag. 72.

⁷⁴ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit.

differenti, ed è stata posta a presupposto e giustificazione di quei diritti che ancora non esistevano o non erano ancora stati completamente formulati⁷⁵.

In ordine a tale riflessione sulla dignità umana, si sono altresì esposti, tra gli altri, due eminenti tra più recenti studiosi, vale a dire Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Per il primo, la dignità umana sarebbe basata su due principi, vale a dire quello per cui la dignità è un valore intrinseco di ogni individuo (e, di conseguenza, i successi o i fallimenti di un individuo divengono importanti per tutti gli altri) e quello della responsabilità personale per cui ogni individuo è responsabile del suo successo nella propria vita. Da questa coppia di principi, Dworkin ne desume altri due a protezione la dignità umana, ossia il principio di rispetto per sé stessi e per cui ogni individuo deve prendere seriamente la propria vita, e il principio di autenticità per cui nelle proprie relazioni con gli altri ogni individuo deve esprimersi identificandosi nell'immagine che ha della propria vita⁷⁶.

Il secondo autore ritiene che la dignità, alla maniera aristotelica, corrisponda ad un certo ceto o grado dell'umanità. Tale ceto sarebbe però molto elevato e vi appartenerebbero tutti gli esseri umani allo stesso modo⁷⁷. Waldron spiega la dignità come uno status dell'individuo, basato sul fatto che lo stesso è capace di controllare e regolare le proprie azioni in conformità con la propria comprensione delle norme e dei motivi per cui queste gli si applicano. Lo stesso autore riconosce dunque la dignità non solo come valore sociale, ma altresì come valore costituzionale e diritto⁷⁸.

All'esito delle considerazioni esposte, di tutta evidenza è la complessità della dignità umana e del suo concetto⁷⁹, che non riesce ad essere definito in modo universalmente valido ed accettato⁸⁰. Tuttavia, è certo che la dignità umana debba essere considerata non più soltanto dal punto di vista etico e morale, bensì anche

⁷⁵ C. Dupré, *The Age of Dignity*, cit., pag. 73.

⁷⁶ Si v. R. Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006; R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, entrambi citati in A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, in C. McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, OUP/British Academy, 2013, pagg. 28 segg.

⁷⁷ J. Waldron, *Dignity and Rank*, cit. in A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pagg. 30 segg.

⁷⁸ Si v. J. Waldron, *How Law protects Dignity*, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit. in A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pagg. 32 segg.

⁷⁹ A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pag. 33.

⁸⁰ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, 14, pag. 205.

dal punto di vista giuridico, poiché necessita di essere tutelata, a prescindere dal fatto che essa rappresenti un valore fondante, un principio supremo, un diritto “fondamentalmente fondamentale” o un “mero” diritto fondamentale. È possibile riscontrare ciò nelle tesi del filosofo e sociologo Habermas che vede la dignità umana come necessariamente collegata ai diritti umani, poiché la stessa rappresenterebbe un “portale” che evade una funzione di mediazione tra la moralità dei doveri che accompagnano la vita umana e i diritti che sono giuridicamente tutelati e garantiti da un qualsiasi stato costituzionale democratico. In questo senso, la dignità umana sarebbe una soglia al livello della quale i valori fondanti operativi (la “moralità del rispetto”) danno luogo a diritti che gli individui possono pretendere e vedere tutelati in forza del loro status di cittadini di uno stato democratico⁸¹. Non potendo esimersi dalla riflessione giuridica sulla dignità umana, sarà opportuno analizzare di seguito alcuni degli esempi più rilevanti dagli impieghi in che alcuni documenti giuridici ne hanno fatto.

I.IV. La nascita delle organizzazioni internazionali e gli strumenti giuridici internazionali di tutela dei diritti umani: la dignità come elemento unificante

Di pari passo con le teorie sulla dignità umana sviluppatesi dalla metà del ventesimo secolo, sarà opportuno considerare alcune esperienze circa il riconoscimento più o meno esplicito della dignità.

Come anticipato, al termine della Seconda Guerra mondiale si è potuto assistere al fiorire di organizzazioni internazionali con il proposito primario della tutela dei diritti umani.

Prima fra tutte, la Società delle Nazioni, istituita nel 1919 dopo la fine della Prima Guerra mondiale, ha perseguito scopi analoghi a quelli che poi avrebbero avuto le successive organizzazioni internazionali, ma che, al contempo, ha avuto vita breve

⁸¹ J. Habermas, *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*, in *The crisis of the European Union: A Response*, Polity Press, 2012, pagg. 81-87, cit. in J. Tasioulas, *Human Dignity and the Foundations of Human Rights*, in C. McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, OUP/British Academy, 2013, pagg. 291-292.

e scarso successo, poiché la sua costituzione non è riuscita a evitare lo scoppio delle operazioni belliche nel successivo settembre del 1939⁸².

Di maggior successo è invece stata l'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, avvenuta d'accordo tra gli Stati vincitori del conflitto il 26 giugno 1945 a San Francisco⁸³. Dalla città che ha ospitato il congresso deriva anche la denominazione dello Statuto – la Carta di San Francisco – che detti Paesi hanno adottato per dare vita ad una struttura istituzionale più stabile ed efficiente ai fini della cooperazione degli Stati in materia politica. In relazione ai fini dell'organizzazione, preme segnalare che il preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite recita «*[gli Stati] decisi (...) a creare le condizioni in cui la giustizia e il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti di diritto internazionale siano mantenuti (...) [e per] unire le (...) forze per mantenere la pace e la sicurezza internazionale (...) [nonché per] impiegare strumenti internazionali per promuovere il progresso economico e sociale di tutti i popoli*»⁸⁴, prima di chiarire che tra i fini dell'organizzazione rientrano soprattutto quello di «*mantenere la pace e la sicurezza internazionale (...)*»⁸⁵ e quello di «*conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale, culturale ed umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione*»⁸⁶.

Nell'ambito della realizzazione dei suddetti scopi, nel 1948 le Nazioni Unite hanno provveduto ad approvare, in seno al proprio organo deliberativo – l'Assemblea Generale⁸⁷ – la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁸⁸, prima Carta di

⁸² In realtà, la Società delle Nazioni era effettivamente volta a stabilire una situazione di pace internazionale o, quantomeno, di pace tra i Paesi belligeranti della Guerra del 1915-1918, tanto che la sua costituzione fu prevista addirittura nella prima parte del Trattato di Versailles e degli altri Trattati di pace che ponevano fine alle ostilità e, tramite la stessa, gli Stati contraenti assumevano quali obiettivi quelli di «*promuovere la cooperazione internazionale e di garantire la pace e la sicurezza internazionali*». V. T. Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., pagg. 119 segg.

⁸³ A titolo informativo, si segnala che gli Stati membri delle Nazioni Unite, aggiornati al 2017, sono 193. La lista completa è reperibile al sito <http://www.un.org/en/members/index.shtml>.

⁸⁴ Statuto delle Nazioni Unite, 26 giugno 1945, Preambolo.

⁸⁵ *Ibidem*, articolo 1, punto 1.

⁸⁶ *Ibidem*, articolo 1, punto 3.

⁸⁷ Per la descrizione delle funzioni e del funzionamento specifico degli organi delle Nazioni Unite, si visiti il sito www.un.org.

⁸⁸ Occorre sottolineare che, nonostante si tratti di un documento condiviso dalla maggior parte degli Stati che l'hanno approvata e dagli attuali Stati membri delle Nazioni Unite, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è un atto di cosiddetto *soft law*, vale a dire di un insieme di regole scritte che, tuttavia, non hanno carattere vincolante e che spesso sono adottate tramite procedure che

protezione dei diritti umani ad avere vocazione globale e di così ampio respiro e contenuto (di seguito, anche, la “Dichiarazione universale”).

A breve tempo dall’istituzione dell’ONU, è seguita quella del Consiglio d’Europa che, a differenza della prima che era un’organizzazione istituzionale di cooperazione tra Stati in materia politica, a competenza generale e a vocazione universale, rappresentava un’organizzazione intergovernativa a livello piuttosto continentale⁸⁹. Il Consiglio d’Europa veniva istituito il 5 maggio 1949 da dieci Stati europei ed attualmente conta quarantasette Stati membri e sei stati osservatori⁹⁰. Nel contesto dell’organizzazione internazionale in esame è stata stipulata a Roma, il 4 novembre 1950, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (di seguito, anche la “Convenzione europea”), che ha avuto tra i propri meriti quello di “trasformare” i diritti già riconosciuti e tutelati in via di *soft law* dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo in oggetto di veri e propri obblighi internazionali assunti dagli Stati contraenti, in particolare, attraverso la creazione, prevista dalla stessa convenzione⁹¹ della Corte europea dei diritti dell’uomo (detta, anche, “Corte europea”), cui i singoli cittadini degli Stati contraenti possono proporre diretto ricorso, una volta soddisfatto il requisito del previo esaurimento vincolante delle vie giudiziarie interne⁹². L’obbligo del rispetto dei diritti protetti dalla Convenzione viene reso stringente tanto più dalla forza vincolante conferita alle sentenze della Corte europea, alle quali è necessario che si adeguino gli Stati contraenti, destinatari delle stesse⁹³. Da sottolineare è però il fatto che la Convenzione europea, pur stabilendo che le sentenze della rispettiva Corte abbiano natura vincolante, non

non impongono la loro natura obbligatoria, alle quali però si deve riconoscere una qualche produzione di effetti giuridici. T. Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., pagg. 192 segg. e pagg. 256 segg. La Dichiarazione universale dei diritti umani, è stata adottata al termine delle ostilità che hanno coinvolto molti Stati nel corso della Seconda Guerra Mondiale con la Risoluzione n. 217 e proclamata a Parigi, il 10 dicembre 1948, in seno all’Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Essa rappresenta una pietra miliare per la tutela dei diritti fondamentali in quanto costituisce il primo documento a livello internazionale impiegato per sancire e fornire una valida base di tutela giuridica agli individui globalmente considerati. Per approfondimenti, si v., *ex multis*, U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cacucci, 2015; I. Adinolfi (cur.), *Diritti Umani: realtà e utopia*, Città Nuova, 2004. Il testo della Dichiarazione è disponibile al sito http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf.

⁸⁹ T. Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., pagg. 127 segg.

⁹⁰ Per l’elenco completo ed aggiornato, si v. <http://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>.

⁹¹ Convenzione europea, articoli 19-51.

⁹² T. Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., pagg. 197 segg.

⁹³ Convenzione europea, articolo 51.

specifiche sanzioni dettagliate in caso di mancato adeguamento al contenuto del dispositivo della stessa da parte degli Stati membri. Motivo per cui si riteneva che la Convenzione europea non avesse (e tuttora non abbia) quella forza necessaria e sufficiente ad offrire una piena e completa tutela ai diritti fondamentali.

Dall'esigenza di rendere gli Stati maggiormente vincolati ai reciproci obblighi tra gli stessi convenuti, in un contesto geopolitico meno ampio di quello riservato al Consiglio d'Europa, è così sorta l'Unione europea, organizzazione di stampo internazionale a livello regionale, unica e particolare nel suo genere quanto a metodi di "coercizione" degli Stati nell'adeguamento agli obblighi da essa imposti⁹⁴.

Sebbene sia originariamente nata dall'istituzione delle tre Comunità, nello specifico la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (istituita in base al Trattato di Parigi del 1951), la Comunità Economica Europea e la Comunità Europea dell'Energia Atomica (entrambe istituite con i Trattati di Roma del 25 marzo 1957 tra i sei Stati membri originari Italia, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi), l'attuale Unione europea si è poi sviluppata sino a divenire una struttura istituzionale organizzata, inizialmente di stampo prettamente economico e doganale (con l'estinzione del Trattato di Parigi del 1951), ma, successivamente, mirata altresì alla cooperazione tra Stati membri in settori non circoscritti alla sola realizzazione del mercato comune. Ne è infatti seguito il riconoscimento della cooperazione degli Stati membri nei settori della politica estera e della sicurezza comune (PESC) e della giustizia e degli affari interni (GAI), che per lungo tempo hanno rappresentato, insieme con la Comunità Economica Europea i cosiddetti "tre pilastri", grazie ai quali si sono iniziati a garantire anche i diritti fondamentali⁹⁵. Nel contesto poi del riconoscimento dei diritti fondamentali, si è rivelato opportuno tutelare anche la cittadinanza europea⁹⁶ a favore dei componenti della popolazione di uno qualsiasi e di tutti gli Stati membri⁹⁷. In realtà, precedentemente al formale riconoscimento dei diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht, gli stessi erano dapprima già stati oggetto di tutela grazie all'opera interpretativa della Corte di

⁹⁴ Si v. R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010.

⁹⁵ In particolare, ciò è avvenuto mediante il riferimento ai principi generali dell'ordinamento comunitario, nonché alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma soprattutto attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁹⁶ Si fa qui riferimento all'articolo 9 del Trattato di Maastricht del 1992.

⁹⁷ Per approfondimenti sulle origini e la storia istituzionale dell'Unione europea, si v. G. Tesaro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2014; R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit.

Giustizia della (allora) Comunità europea, oggi Corte di Giustizia dell'Unione europea, che nelle datate e celebri sentenze *Stauder*⁹⁸ e *Internationale Handellsgesellschaft*⁹⁹, ha affermato l'indiscussa appartenenza dei diritti fondamentali all'ordinamento (allora) comunitario in quanto principi fondamentali di cui la Corte di giustizia era ed è chiamata a tenere conto, considerandoli principi generali del medesimo ordinamento. E, per esaminare tali principi, la Corte si è servita per molto tempo di quegli «*strumenti internazionali concernenti la protezione dei diritti fondamentali ai quali gli Stati membri [avevano] cooperato o aderito*» (sentenza *Nold*)¹⁰⁰.

La Corte di giustizia, nelle proprie funzioni di interpretazione ed applicazione del diritto dell'UE (precedentemente diritto comunitario), avrebbe quindi solo anticipato i tempi, così com'è spesso accaduto e accade¹⁰¹, tentando di costituzionalizzare ciò che già avevano costituzionalizzato gran parte degli Stati membri¹⁰² attraverso il riconoscimento e la tutela fondamentali dei diritti dell'uomo. Tale processo di "costituzionalizzazione" dell'allora diritto comunitario, compiuto anche grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁰³, ha infine conferito, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, alla Carta di Nizza (come originariamente denominata), che fino a quel momento aveva detenuto un mero valore di *soft law*, lo stesso valore giuridico dei Trattati.

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, *Stauder c. Stadt Ulm*, 29/69 (ECLI:EU:C:1969:57).

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70 (ECLI:EU:C:1970:114), in particolare, punto 2, dove la Corte di giustizia dichiara che «[l]a tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». V. altresì cap. I.I. *supra*.

¹⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, *Nold KG c. Commissione*, causa 4/73 (ECLI:EU:C:1974:51), se ne veda segnatamente l'intera massima «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla costituzione di tali Stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario». V. altresì cap. I.I. *supra*.

¹⁰¹ Per approfondimenti, si v. A. Dal Ferro, *Una corte costituzionale o una corte suprema?*, in G. Gattinara, F. Pappalardo, *L'Europa dei diritti*, Roma, 2014, pagg. 13 segg.

¹⁰² Ci si riferisce a titolo esemplificativo alle esperienze costituzionali italiana e tedesca. V. cap. I.VII. *infra*.

¹⁰³ Nuovamente, per il significato dell'espressione, si v. A. Dal Ferro, *Una corte costituzionale o una corte suprema?*, *cit.*

Detto documento, di valore inizialmente non vincolante, è quindi divenuto l'attuale Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (anche, la "Carta dei diritti fondamentali"). Inoltre, a conferma dell'intenzione più convinta di voler trasformare l'Unione europea¹⁰⁴ in un'organizzazione internazionale che si occupa, ora, prevalentemente dei diritti fondamentali dei propri cittadini¹⁰⁵, il Trattato dell'Unione europea – come modificato dal Trattato di Lisbona – ha emendato quella disposizione che prevedeva il mero riconoscimento dei diritti fondamentali come tutelati dalla Convenzione europea per confermare definitivamente che i diritti fondamentali da essa riconosciuti e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati UE facevano e fanno certo parte integrante dell'ordinamento UE in quanto principi generali, ma che inoltre l'Unione avrebbe aderito alla Convenzione europea¹⁰⁶. Il condizionale è qui d'obbligo per una serie di ragioni che hanno portato la Corte di giustizia, dopo faticose trattative tra i due sistemi, a negare la conformità dell'adesione dell'Unione alla Convenzione europea¹⁰⁷ ed al momento in cui si scrive non sembrano esservi stati decisivi sviluppi in merito.

Ad ogni modo, riformulando un'analisi generale delle organizzazioni internazionali sopra brevemente descritte e della tutela dalle stesse approntata in materia di diritti fondamentali si rileva immediatamente come il tratto comune delle tre, oltre alla pressoché identità del contenuto delle rispettive disposizioni quanto alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e alla Convenzione europea, riportate in modo più dovizioso e più ampio nella Carta dei diritti fondamentali, stia nel concetto di dignità umana che le lega. Nel seguente paragrafo verrà chiarito come gli strumenti internazionali abbiano incluso e riconosciuto la dignità umana, quale caposaldo della tutela degli altri diritti dagli stessi enunciati.

¹⁰⁴ La denominazione è stata definitivamente modificata e sostituita a quella di Comunità europea (poi di Comunità europee), congiuntamente alla precedente di Unione europea.

¹⁰⁵ Tanto da richiederne la tutela come requisito inderogabile ed essenziale da parte degli Stati candidati ad accedere all'Unione europea. Si v., a tal proposito, la vicenda della richiesta di adesione all'UE da parte della Turchia, che non ha ancora convinto le istituzioni UE, proprio in ragione della presunta mancanza di tutela di alcuni diritti fondamentali. Si v., ad esempio, il Comunicato stampa del Parlamento europeo del 10 giugno 2015, disponibile al sito <http://www.europarl.europa.eu/news/it/news-room/content/20150605IPR63113/html/Turchia-deputati-preoccupati-per-la-democrazia-e-i-diritti-fondamentali>. V. altresì, nota 22.

¹⁰⁶ Articolo 6 citato *supra* alla nota 16.

¹⁰⁷ Si v. il parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, n. 2/2013 (ECLI:EU:C:2014:2454).

I.V. *Segue*: La dignità umana come elemento unificante delle principali Carte internazionali di tutela dei diritti fondamentali

Per quanto sopra descritto, si vedrà di seguito come la dignità abbia connotato l'intera formulazione degli strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali.

Difatti, l'una dopo l'altra, la Dichiarazione universale, la Convenzione europea e la Carta dei diritti fondamentali, hanno presentato tutte, in modo più o meno esplicito, qualche riferimento alla dignità umana.

In particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo la enuncia all'articolo 1, ove prevede che *«[t]utti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza»* (enfasi aggiunta)¹⁰⁸. Si nota sin da subito come la dignità sia concetto già distinto rispetto ai diritti in sé considerati.

Passando alla Convenzione europea, occorre sottolineare che la stessa non fa diretto richiamo alla dignità, salvo nel Protocollo n. 13 dove dispone che *«[c]onvinti che il diritto di ogni persona alla vita sia un valore fondamentale in una società democratica, e che l'abolizione della pena di morte sia essenziale per la protezione di tale diritto e per il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani (...)»* (enfasi aggiunta), dimostrando comunque, sebbene indirettamente, di averla utilizzata come valore fondante degli altri diritti fondamentali, a cominciare dal diritto alla vita.

Al contrario, infine, la più recente Carta dei diritti fondamentali dedica persino un intero capo alla tutela della dignità, sancendola con un precetto molto semplice e diretto che recita *«[l]a dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»*¹⁰⁹.

Non è quindi dubbio che in tutti gli strumenti di diritto internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, se non altro in quelli che interessano l'area continentale europea

¹⁰⁸ In realtà la Dichiarazione universale vi fa riferimento anche nel Preambolo, dove afferma che *«il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»*.

¹⁰⁹ Articolo 1, Carta dei diritti fondamentali. Conviene sottolineare che il capo I relativo alla dignità comprende altresì il diritto alla vita (articolo 2), il diritto all'integrità della persona (articolo 3), la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (articolo 4) e quella della schiavitù e del lavoro forzato (articolo 5).

e che vengono ivi applicati o seguiti in quanto strumenti di *soft law*, l'elemento imprescindibile ed unificante sia proprio la dignità umana.

Come affermava infatti l'Institut de droit international, «*i diritti dell'uomo sono espressione diretta della dignità della persona umana. L'obbligo per gli Stati di assicurarne il rispetto deriva dallo stesso riconoscimento di tale dignità proclamata già dalle Carte delle Nazioni unite e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Questo obbligo internazionale è (...) un obbligo erga omnes; esso vale per ogni Stato rispetto alla comunità internazionale nel suo insieme, e ogni Stato ha un interesse giuridico alla protezione dei diritti dell'uomo*»¹¹⁰.

Sulla base di tale asserto, secondo parte della dottrina, sarebbe possibile evincere una teoria per cui la dignità sta alla base degli altri diritti fondamentali, pur differenziandosene¹¹¹, ed il fatto che l'uomo abbia una dignità, in quanto tale idonea a distinguerlo dagli altri esseri viventi, giustificherebbe in suo capo la nascita, l'esercizio e la tutela di altri diritti fondamentali¹¹².

I.VI. La storia giuridica della dignità umana nel diritto delle organizzazioni internazionali

La prima formale apparizione storica della formula della dignità umana in documenti di natura giuridica si è osservata con la Carta delle Nazioni Unite e, come anticipato, con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948¹¹³. Orbene, come già rilevato, la maggior parte della dottrina identifica il concetto di dignità umana quasi come un diritto “fondamentalmente fondamentale”, o come il fondamento dei fondamenti rappresentante un *prius* logico ed ontologico per

¹¹⁰ Risoluzione adottata alla sessione di Santiago de Compostela nel 1989, RDIPP, 779, in T. Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., pag. 192.

¹¹¹ Secondo alcuni, in funzione di differenziazione rispetto agli altri diritti fondamentali, essa sarebbe addirittura sottratta alle operazioni di bilanciamento degli interessi, che si verificano in situazioni di conflitto in cui l'uno o l'altro interesse fondamentale deve prevalere. C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, cit., 2014, 1, pag. 74.

¹¹² P. Becchi, *Il principio dignità umana*, cit., pag. 75.

¹¹³ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in G. Nolte (cur.), *European and US Constitutionalism*, Council of Europe, 2005, pagg. 85 segg.

l'esistenza e la definizione della portata di altri diritti, anche fondamentali, a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo¹¹⁴.

Invero, mentre tra il 1900 e il 1944 solo le costituzioni di quattro Stati rinviavano alla dignità umana, dopo la fine delle ostilità belliche il numero degli Stati che l'ha espressamente riconosciuta, seppure in modi diversi, è salito a 162¹¹⁵, di pari passo con l'aumento degli Stati partecipanti alle Nazioni Unite¹¹⁶. La fine della Seconda Guerra Mondiale è stata dunque un punto di svolta nella storia giuridica della dignità umana. Tale sviluppo storico è stato accompagnato dalle teorie filosofico-giuridiche analizzate in precedenza, ma ha altresì consentito l'evoluzione di nuove teorie in materia¹¹⁷, le quali hanno permesso di evidenziare, alla base degli ordinamenti giuridici contemporanei, l'emergenza della dignità umana, vale a dire la necessità di fornire una soluzione efficace alle esigenze della dignità¹¹⁸. Secondo parte della dottrina, è proprio da questo periodo che prende le mosse la vera, o quantomeno prima¹¹⁹, rivoluzione della dignità¹²⁰.

Orbene, si deve considerare come l'impulso per questa sorta di rivoluzione sia sorto essenzialmente da tre testi giuridici che hanno seguito due tipi di percorsi situati al livello sovrastatale internazionale e a quello nazionale. Si tratta, segnatamente, della Carta delle Nazioni Unite, della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, menzionate ai paragrafi precedenti (nonché i successivi Patti sui diritti civili, politici e sociali) e della Costituzione tedesca¹²¹.

La Carta delle Nazioni Unite¹²² utilizza la dignità nel suo Preambolo, in cui si statuisce: «*Noi popoli delle Nazioni Unite, decisi a salvare le future generazioni*

¹¹⁴ V. cap. I.III. *supra*.

¹¹⁵ Prima della fine delle ostilità, le sole costituzioni a fare riferimento espresso alla dignità erano quella di Weimar del 1919, l'ecuadoregna del 1930, l'irlandese del 1937 e la cubana del 1940. A. Pin, *The Arab Road to Dignity: The Goal of the "Arab Spring"*, in *Kellogg Institute for International Studies Working Paper Series*, 2016, 408, pag. 27. Solo poche costituzioni contemporanee non riconoscono esplicitamente la dignità umana. Tra gli esempi più eclatanti si ritrovano la costituzione francese, quella inglese e quella americana, di cui si tratterà più avanti. D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2014, 62, pag. 469.

¹¹⁶ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, *cit.*, pagg. 464-465.

¹¹⁷ *Ibidem*. In tal senso, si v. altresì F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (cur.), *L'ordinamento europeo – i principi dell'Unione*, Giuffrè, 2006, pag. 56.

¹¹⁸ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, *cit.*, pag. 465.

¹¹⁹ V., sulla attuale rivoluzione della dignità, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, *cit.*

¹²⁰ A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, *cit.*, pag. 34.

¹²¹ *Ibidem*, pagg. 34-35 e segg.

¹²² V. cap. I.IV. *supra*.

dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità, a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole, a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti del diritto internazionale possano essere mantenuti, a promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita in una più ampia libertà, e per tali fini a praticare la tolleranza ed a vivere in pace l'uno con l'altro in rapporti di buon vicinato, ad unire le nostre forze per mantenere la pace e la sicurezza internazionale, ad assicurare, mediante l'accettazione di principi e l'istituzione di sistemi, che la forza delle armi non sarà usata, salvo che nell'interesse comune, ad impiegare strumenti internazionali per promuovere il progresso economico e sociale di tutti i popoli, abbiamo risolto di unire i nostri sforzi per il raggiungimento di tali fini»¹²³. Da quanto testé citato, risulta chiaro che la menzionata Carta intendeva (e intende) coinvolgere la dignità nella tutela dei diritti umani¹²⁴, scopo questo che la medesima organizzazione ha perseguito attraverso l'adozione della citata Dichiarazione universale¹²⁵. Quest'ultimo documento impegna stabilmente gli Stati membri dell'ONU all'idea che la dignità e i diritti umani siano valori cardine da rispettare indipendentemente e prima dell'osservanza di eventuali altri atti vincolanti, rendendola così un principio universale di ragionevolezza pratica, dal momento che la stessa dovrebbe essere rispettata in ogni azione umana (compiuta sia da individui, sia da organi sociali) in quanto la dignità, alla stregua di altri diritti, è garantita a tutti gli esseri umani in quanto tali¹²⁶. Nonostante la Dichiarazione universale citi la dignità all'articolo 1¹²⁷, occorre rilevare che della stessa non è comunque stata fornita una definizione precisa. Tale omissione dipende dalla difficoltà di mettere d'accordo tutti gli Stati firmatari su di un concetto condiviso. Perciò, la sua enunciazione nell'articolo 1 rinvia ad una menzione generica e indefinita, sulla quale gli Stati membri non hanno invece avuto difficoltà a convenire. In effetti, la natura indefinita e indeterminata

¹²³ Preambolo della Carta delle Nazioni Unite, San Francisco, 26 giugno 1946 (enfasi aggiunta).

¹²⁴ P. Capps, *Human dignity and the foundations of international law*, Hart Publishing, 2009, pag. 107.

¹²⁵ V. cap. I.IV. *supra*.

¹²⁶ P. Capps., *Human dignity and the foundations of international law*, cit., pag. 106-107.

¹²⁷ V. cap. I.V. *supra*.

del concetto, attraverso una siffatta enunciazione indeterminata, ben si prestava a trovare l'accordo di Stati con diversi sostrati ideologici, senza costringerli a trovare compromessi sui rispettivi principi basilari¹²⁸.

Tale approccio è stato peraltro confermato dal politico e filosofo Maritain, il quale ha descritto che «*si racconta[va] che in una riunione di una Commissione nazionale dell'Unesco, in cui si discuteva dei diritti dell'uomo, qualcuno si meravigliasse che si fossero trovati tutti d'accordo, nel formulare una lista di diritti, vari campioni di ideologie violentemente avverse. – Sì, risposero, noi siamo d'accordo su questi Diritti, ma a condizione che non ci si domandi il perché. Col perché comincia[va] la disputa*»¹²⁹. Sulla scorta di tale esempio pratico, difatti, Maritain ha spiegato che le diverse scuole di pensiero o ideologie possono giungere a dare rilievo a diritti diversi, talvolta addirittura confliggenti. Tuttavia, secondo il filosofo, sarebbero proprio siffatti diritti a riempire di contenuto e di valore la dignità umana. Pertanto, a seconda delle scelte operate dall'una o dall'altra scuola di pensiero, le scale di valori attribuite ai molteplici diritti assumono connotazioni diverse e divengono motivo per attribuire priorità differenti a un diritto piuttosto che ad un altro. Le singole preferenze sono motivo per una qualsiasi teoria per muovere accuse nei confronti di un'altra ideologia che, nello specifico, può non dare la stessa importanza alla dignità umana ed alla priorità a questa riconosciuta. Ad avviso di Maritain, un palese esempio del suddetto “conflitto di priorità” potrebbe essere ravvisato nel confronto tra quella teoria che aspira al controllo collettivo del mercato e delle risorse nazionali e quella che invece supporta una libera economia di mercato¹³⁰.

Perciò, sulla base di dette opposte visioni sui diritti fondamentali e sulla loro tutela, per quanto di specifico concerne la dignità umana si può ritenere che essa sia divenuta una piattaforma universale, idonea ad agevolare un accordo pratico tra rappresentanti di teorie ideologiche differenti e, talvolta, contrastanti. Sebbene, e

¹²⁸ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, cit., pag. 471.

¹²⁹ J. Maritain, *Dei diritti dell'uomo. Testi raccolti dall'UNESCO*, Milano, 1952, 12, cit. in D. Shulztiner, G.E. Carmi, cit., pag. 472 e in A. Papisca, *Dichiarazione universale dei diritti umani, lievito umanocentrico della civiltà del diritto*, in *La comunità scientifica internazionale*, 2008, 4, pag. 592. Per approfondimenti sulla raccolta di testi e pareri da parte dell'UNESCO di esperti eminenti in materia di diritti umani, ai fini della formulazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, si v. altresì A. Pin, *The Arab Road to Dignity: The Goal of the “Arab Spring”*, cit., pagg. 30 segg.

¹³⁰ J. Maritain, *ibidem*.

proprio perché, indefinita sotto il profilo del suo contenuto, la dignità è stata riconosciuta da tutti gli Stati partecipanti alle Nazioni Unite e le è stato assegnato un ruolo di fondamentale importanza, poiché essa avrebbe rappresentato la giustificazione di tutti gli altri diritti protetti dalla stessa Dichiarazione universale¹³¹.

Poco dopo l'adozione dei suddetti documenti a livello internazionale, nel 1949, questa volta a livello nazionale, è entrata in vigore la Carta costituzionale tedesca che, per la prima volta, ha riconosciuto la dignità umana all'articolo 1 come presupposto fondamentale ed inviolabile¹³². Si rinvia al seguito la specifica analisi dell'esperienza nazionale tedesca¹³³, perché è opportuno qui seguire quel percorso che, su scala mondiale, porterà la dignità umana ad essere affermata oggi anche quale principio generale di diritto internazionale¹³⁴, che è passato per il riconoscimento da parte del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, entrambi del 1966, adottati in seno all'Assemblea Generale dell'ONU. Invero, a propria volta, questi ultimi pongono la dignità nei rispettivi preamboli e in taluni diritti relativi alla libertà personale, fra cui, in particolare, il diritto all'istruzione¹³⁵.

In particolare, il primo Patto dimostra e ribadisce a livello internazionale come la dignità umana sia, dal secondo dopoguerra in poi, sempre collegata alla tutela dei diritti fondamentali. Per Capps, il Patto in questione rappresenta formalmente il primo documento a livello universale, dotato di valore vincolante, che ha posto le basi per la struttura di un regime primario di tutela dei diritti umani e che rappresenta tuttora un caso paradigmatico nel contesto del diritto internazionale. Peraltro, anche nel campo della tutela della dignità, il medesimo Patto non smentisce la connessione tra quest'ultima, i diritti umani e le libertà¹³⁶.

¹³¹ D. Schulzinger, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, cit., pag. 472.

¹³² A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pag. 34.

¹³³ V. cap. I.VII. *supra*. Per la verità, altri atti normativi a livello nazionale avevano in precedenza fatto riferimento alla dignità umana (come si vedrà *infra*), ma nessuno di questi si era ancora mai spinto a considerarla in modo distinto rispetto ad altri diritti e a qualificarla come il fondamento di questi ultimi.

¹³⁴ Si v. Petersen, *Human Dignity International Protection*, cit. in A. Barak, cit., pag. 37.

¹³⁵ A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pagg. 38 segg.

¹³⁶ P. Capps, *Human dignity and the foundations of international law*, cit., pag. 107. Va opportunamente segnalato che, a livello internazionale, in altre occasioni, sebbene settoriali, si è fatto riferimento alla dignità umana. Esempi ne sono la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione Razziale del 1965, la Convenzione contro la

Dunque, spostandosi sul piano delle organizzazioni internazionali a vocazione regionale, con riferimento alla tutela della dignità (come già fatto nel paragrafo precedente) è d'obbligo menzionare la Convenzione europea, benché questa non citi mai esplicitamente il valore dignitario (se non nel predetto Protocollo 13)¹³⁷. Ad ogni modo, nonostante detta eclatante mancanza, Dubuot e gli studiosi che condividono la sua tesi ritengono che la dignità sia il nesso conduttore implicito¹³⁸ che collega tutti i diritti espressamente tutelati dalla Convenzione europea, tanto da definire la stessa dignità come una presenza “irradiante”¹³⁹.

Nella Convenzione europea siffatta lacuna ha implicato una tutela diffusa della dignità, in base alla quale, secondo gran parte della dottrina, quasi ogni diritto potrebbe diventare un diritto ad essa relativo¹⁴⁰. In ogni caso, la definizione del concetto è stata resa possibile grazie all'attività interpretativa della Corte europea che ha iniziato a prenderne contezza intorno agli anni '70, in materia di discriminazione razziale, e che l'ha poi estesa (come detto in maniera “irradiante”) all'interpretazione di altri diritti¹⁴¹. È stata infatti la Corte a definirla come «*la vera essenza della Convenzione*»¹⁴². Espressamente, tuttavia, a livello normativo è solo nel 2002, nell'ambito degli emendamenti alla Convenzione introdotti mediante l'adozione del Tredicesimo Protocollo relativo all'eliminazione della pena di morte, che viene inserito un esplicito riferimento alla dignità umana¹⁴³.

Tortura ed altri Trattamenti o Punizioni inumani o degradanti del 1984, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione internazionale sulla Protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, la Dichiarazione di Vienna e il Programma di Azione, adottata in senso alla Conferenza Mondiale di Vienna sui Diritti Umani del 1993, la Convenzione sui Diritti delle persone con disabilità del 2007. Per approfondimenti, si v., A. Barak, *cit.*, pagg. 39 segg.

¹³⁷ V. cap. I.V. *supra*.

¹³⁸ C. Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, in *European Public Law*, 2013, 19, pagg. 319-320; della stessa autrice, si v. anche *The Age of Dignity*, Hart Publishing, 2015, pag. 64; D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, seconda edizione, Oxford University Press, 2009, pag. 335.

¹³⁹ E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in Burguoguel-Larsen (cur.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant, 2010, pag. 82.

¹⁴⁰ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, 2014, pagg. 8-9.

¹⁴¹ In tal senso, si v. caso *East Africans Asians c. UK* (15 dicembre 1973), ricorso n. 4403/70.

¹⁴² A. Ali, *I diritti della personalità nell'Unione europea tra tutela della vita privata e rispetto del valore della dignità umana*, in De Cesari (cur.), *Persona e famiglia*, Giappichelli, 2008, pag. 86.

¹⁴³ In particolare, nel preambolo del Protocollo n. 13. È comunque opportuno segnalare che la dignità umana, nell'ambito del Consiglio d'Europa, fa la sua apparizione anche in convenzioni più settoriali, come la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (Convenzione di Oviedo) del 1997. Si v., comunque, cap. I.V. *supra*.

Pur rappresentando un concetto fondamentale nell'ambito della Convenzione europea e della relativa interpretazione e applicazione, da quanto sopra descritto non si può però evincere che alla dignità sia stata attribuita una definizione adeguata. Pertanto, almeno in quel contesto, essa è rimasta un'espressione dal significato labile e modellabile¹⁴⁴.

Pertanto, alla luce di tutto ciò, almeno fino a questo punto, non emerge una definizione di dignità universalmente condivisa. La sua comprensione può forse essere facilitata dall'uso del concetto che viene fatto nelle esperienze nazionali e che verrà descritto nel paragrafo successivo.

I.VII. La dignità umana negli ordinamenti nazionali: uno sguardo alla costituzione tedesca, alla costituzione italiana e all'ordinamento statunitense

Al fine di stabilire se della dignità vi sia o meno una definizione condivisa, è opportuno proseguire il percorso di analisi, seppure sintetica, di qualche rilevante esempio di carattere nazionale. Come in precedenza, si prenderà in considerazione il periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale limitandosi a segnalare, per quanto di utilità al presente studio, che tra il primo e il secondo conflitto mondiale sono entrate in vigore talune carte costituzionali le quali enfatizzavano la dignità umana in modo più o meno indiretto¹⁴⁵. Tra queste figurava anche la Costituzione di Weimar, che poneva le basi garantiste del sistema di welfare pubblico, dove per indicare la dignità si usava il termine «*menschenwürdigen*»¹⁴⁶.

Sebbene la dignità abbia fatto una prima apparizione anche nella Costituzione italiana, entrata in vigore nel 1948, degna di rilievo primario fra le esperienze nazionali è la Costituzione tedesca¹⁴⁷ che, entrata in vigore nel 1949, ha posto la

¹⁴⁴ M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, cit., pag. 198.

¹⁴⁵ Tra le altre Costituzioni, vale la pena menzionare quella finlandese (1919), quella estone (1920), quella libanese con riferimento alla dignità nella libertà di religione (1926), quella ecuadoregna (1929) e, infine, quella irlandese (1937).

¹⁴⁶ S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit., pag. 443.

¹⁴⁷ Del pari, interessanti sono le considerazioni della dignità umana nelle Costituzioni dei Länder tedeschi, su cui però non ci si soffermerà in questa analisi.

dignità umana all'articolo 1 con la formula «[d]ie Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt»¹⁴⁸. Dunque, «[l]a dignità umana è inviolabile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e tutelarla». Tale disposizione, poiché inserita nella rigida Costituzione tedesca, diviene una clausola immutabile ed eterna¹⁴⁹, idonea quindi a fungere da caposaldo dei diritti umani in qualità di piattaforma giuridica¹⁵⁰ che consente l'esistenza pacifica di una comunità di uomini e la loro serena convivenza¹⁵¹. Essa diviene una *Grundnorm*¹⁵², tant'è vero che il paragrafo seguente così continua «[i]l popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo». Il connettore “quindi” sembrerebbe indicare che vi sia effettivamente un legame tra la dignità di cui al paragrafo 1 e i diritti umani di cui al paragrafo 2. E detto legame esiste per gran parte della dottrina ed è tale da rendere la dignità umana il cardine dei diritti umani e la giustificazione della loro tutela. Di conseguenza, sono i diritti fondamentali che seguono la dignità¹⁵³, anziché il contrario, dunque non è la dignità ad essere presente solo nel caso sussista la tutela di altri diritti fondamentali.

Tuttavia, ancora una volta, anche nel caso tedesco non viene fornita una nozione del termine dignità. Secondo Alpa, del resto, siffatto concetto rappresenterebbe la nozione più elusiva di tutto il diritto costituzionale tedesco¹⁵⁴. Tuttavia, checché ne pensi la dottrina, è indubbio che la formula tedesca di tutela della dignità umana resti uno dei modelli più importanti ed influenti in qualche misura tutti gli ordinamenti giuridici che la riconoscono¹⁵⁵.

La peculiarità di tale formula risiede nella circostanza che essa non consentirebbe alcun tipo di bilanciamento della dignità con altri diritti, valori o interessi pubblici,

¹⁴⁸ Articolo 1, paragrafo 1, Legge fondamentale tedesca.

¹⁴⁹ A. Barak, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, pag. 230 segg.

¹⁵⁰ V., in tal senso, cap. I.IV. e cap. I.V. *supra*.

¹⁵¹ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, *cit.*, pag. 216.

¹⁵² F. De Sanctis, *Tra felicità e dignità: diritti e compiti fondamentali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, 2014, 4, pag. 3120.

¹⁵³ M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *cit.*, pag. 24.

¹⁵⁴ G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in L. Moccia, *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione europea*, FrancoAngeli, 2010, pag. 226.

¹⁵⁵ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, *cit.*, pag. 468. La stessa formula è stata infatti mutuata da molte altre costituzioni, *inter alia*, di Afghanistan, Bolivia, Repubblica Dominicana, Eritrea, Ghana, Namibia, Polonia e Serbia.

diversamente da altri ordinamenti che, viceversa, permetterebbero questo tipo di bilanciamento¹⁵⁶.

Orbene, nonostante parte della dottrina tedesca abbia inteso qualificare la dignità umana, affermata dall'articolo 1 del *Grundgesetz*, come diritto fondamentale (traducendolo essenzialmente nel diritto ad una esistenza degna)¹⁵⁷, la maggior parte della dottrina è rimasta invece ferma nella sua identificazione di valore basilare e supremo rispetto ad altri valori e diritti¹⁵⁸.

Per la verità, la teoria della dignità quale diritto fondamentale era stata smentita dalla Corte costituzionale tedesca, che ha sempre avuto un ruolo molto attivo nell'interpretazione dei diritti fondamentali¹⁵⁹. Detta Corte ha affermato che la dignità non poteva intendersi nel senso di poter ottenere un certo livello di prestazioni sociali, che sarebbe stato tale da garantire il welfare ai propri cittadini. Essa ha preferito dichiarare che le violazioni della dignità si determinano quando l'individuo diviene mero strumento e mezzo e non più principale oggetto di tutela¹⁶⁰.

Infine, per la dottrina e la giurisprudenza tedesca, la dignità potrebbe quindi identificarsi in un principio supremo, la cui definizione non è però enucleata dal punto di vista dei limiti da apporre alla portata e viene definito, in negativo, attraverso la qualificazione delle violazioni della dignità, che si verificano, come detto, quando l'individuo viene degradato a mezzo e non considerato quale fine, seguendo la nota tesi kantiana¹⁶¹.

Dunque, seguendo il suddetto ragionamento, se non si conosca specificamente cosa sia la dignità umana e cosa essa rappresenti, in ogni caso, per un meccanismo contorto si potrebbe comprendere se e quando la stessa venga violata. E per confermare detto assunto, converrà sinteticamente analizzare qualche altra

¹⁵⁶ *Ibidem*, pag. 470.

¹⁵⁷ F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 50.

¹⁵⁸ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pagg. 92 segg. Il padre della teoria cui fa riferimento l'attore è G. Dürig, in particolare alla sua opera *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, 1954. Si v. anche C. Goos, *Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany*, in C. McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, cit., pag. 81, per il quale avere dignità significa essere una personalità. Si v. anche, nella stessa opera, l'attività critica nei confronti di Dürig sviluppata nel corso degli anni sessanta.

¹⁵⁹ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pag. 92 segg.

¹⁶⁰ F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pagg. 50 segg. In ciò si ravvisa nuovamente quell'influenza kantiana che si dice aver basato i concetti moderni di dignità umana.

¹⁶¹ *Ibidem*.

esperienza nazionale poiché, sebbene il caso tedesco sia quello che maggiormente ha segnato la strada di molte delle costituzioni successivamente entrate in vigore in altri Paesi, vi sono aspetti di diversi ordinamenti nazionali meritevoli di un breve accenno in proposito.

In particolare, la Carta costituzionale italiana, entrata in vigore poco prima di quella tedesca, riconnette il concetto di dignità umana all'interpretazione di una disposizione in particolare (l'articolo 2), ma in seguito la menziona esplicitamente: all'articolo 3 in tema di eguaglianza in termini di diritti sociali¹⁶², all'articolo 36 con riguardo alle prestazioni lavorative e al fatto che le stesse siano idoneamente retribuite di modo da garantire un'esistenza dignitosa al prestatore di lavoro¹⁶³, e all'articolo 41 in materia di iniziativa economica, che è libera, ma non può ledere la sicurezza, la libertà e la dignità umana¹⁶⁴.

In nessuna delle suddette disposizioni, la Costituzione attribuisce una precisa definizione alla nozione di dignità, né in termini generali, né specificamente calibrati su ciascuna di esse. Pertanto, in Italia la dottrina ha dovuto ricondurre la costruzione del concetto di dignità quale valore costituzionale, all'interpretazione dell'articolo 2¹⁶⁵, il quale consente di definire l'individuo (indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di cittadino italiano) quale detentore di diritti inviolabili. Così facendo, la dignità umana starebbe alla base dei diritti fondamentali in qualità

¹⁶² «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», articolo 3, Costituzione, disponibile al sito www.normattiva.it.

¹⁶³ «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi». Articolo 36, Costituzione, disponibile al sito www.normattiva.it.

¹⁶⁴ «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali», articolo 41, Costituzione, disponibile al sito www.normattiva.it.

¹⁶⁵ «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», articolo 2, Costituzione, disponibile al sito www.normattiva.it.

di valore costituzionale inviolabile¹⁶⁶, tanto da essere in seguito ripresa in aspetti particolarmente sensibili della vita umana¹⁶⁷.

Una delle palesi mancanze del termine si riscontra invece nella Costituzione francese, la quale, pur richiamandosi alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, non menziona esplicitamente la dignità umana, ma la sottende, in quanto sarebbe possibile riconoscerla nella formulazione del Preambolo alla Costituzione del 1946¹⁶⁸. La dignità è dunque presente anche nell'ordinamento francese in maniera implicita, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino che è stata il prodotto giuridico della Rivoluzione francese. Tale atto, sebbene non esplicitasse il concetto di dignità umana, ha infatti creato i presupposti logici affinché il concetto in parola emergesse in termini giuridici solo in un momento successivo¹⁶⁹. L'entrata in vigore della *Charte constitutionnelle* francese ha offerto alcune precisazioni della dignità, comunque assente nel testo, che hanno consentito al giudice costituzionale d'oltralpe di definirne il valore alla stregua di un parametro da poter utilizzare nella valutazione derivante dall'applicazione del "*bloc de constitutionnalité*"¹⁷⁰, vale a dire come elemento che, nell'ottica di un bilanciamento di interessi, ha rilevanza costituzionale e dunque peso maggiore rispetto a quello di altre esigenze. Motivo, questo, per il quale le leggi subordinate ne devono rispettare la gerarchia¹⁷¹.

¹⁶⁶ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pagg. 95-96.

¹⁶⁷ Parte della dottrina ritiene che anche l'articolo 27 sia inteso alla tutela della dignità umana, nella parte in cui fa uso dell'espressione «*senso di umanità*» che deve essere rispettato nell'applicazione di pene.

¹⁶⁸ «*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*». Preambolo, Costituzione francese del 1946, disponibile al sito www.legifrance.gouv.fr.

¹⁶⁹ C. Dupré, *Constructing the meaning of human dignity*, cit., pag. 118.

¹⁷⁰ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pag. 97 e C. Dupré, *Constructing the meaning of Human Dignity*, cit., pag. 118 che vi fa riferimento; nonché C. Dupré, *The Age of Human Dignity*, cit., pagg. 87-88.

¹⁷¹ Decisione n. 94-343/344 del *Conseil constitutionnel* del 27 luglio 1994: «*la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle*», richiamata anche dalla successiva decisione n. 2013-674 DC del 1° agosto 2013, entrambe disponibili al sito www.conseil-constitutionnel.fr. Caso altrettanto rilevante è quello della Municipalità di Morsang-sur-Orge del 1995. Per approfondimenti, si v. E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pag. 85; nonché G. Glénard, *Les 20 ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge*, in *Revue française de droit administratif*, colloque 2015, pagg. 869-896.

Un'ulteriore significativa assenza della dignità nei testi legislativi costituzionali, si osserva proprio nella Costituzione Statunitense. A tal riguardo, le varie correnti dottrinali, soprattutto europee, hanno definito tale lacuna come la dimostrazione evidente del fatto che la Costituzione in esame, come interpretata altresì dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, parrebbe offrire una protezione inferiore rispetto al livello medio di tutela offerta alla dignità umana (e ai valori e diritti che vi sono connessi) dalle tradizioni costituzionali europee¹⁷². In realtà, secondo un'altra tesi, non vi sarebbe scandalo alcuno in tal senso, poiché si dovrebbe tener conto che sia la Costituzione, sia il *Bill of Rights* (redatto in seno alla Costituzione), sono entrambi stati congegnati alla fine del XVIII secolo – periodo in cui ancora non si percepiva la rilevanza giuridica che la dignità umana avrebbe poi avuto¹⁷³. Orbene, la Costituzione USA prevede tutta una serie di diritti costituzionali identificati quali diritti quadro o *mother-rights*, ma non include tra questi la libertà – generalmente considerata – che con la dignità mantiene un rapporto diretto¹⁷⁴. Ad ogni modo, la Corte Suprema statunitense ha inteso interpretare la dignità ai sensi di un diritto quadro e, come tale, la stessa avrebbe incluso il diritto costituzionale alla *privacy*¹⁷⁵. Intendendo accogliere il suddetto orientamento, che mira a riconnettere il diritto alla dignità umana con quello alla *privacy*, Barak, specialmente, ha ritenuto che il diritto costituzionale alla libertà dovesse includere interpretativamente, e per la proprietà transitiva, anche il diritto alla dignità umana¹⁷⁶. Secondo lo stesso autore, il diritto americano sarebbe aperto a questo tipo di soluzione, malgrado la Corte Suprema non abbia mai avvalorato la tesi in esame, eccetto in alcune decisioni dei Giudici Kennedy e Brennan, in cui hanno sottolineato l'importanza della dignità pur senza mai riconoscerla alla stregua di sub-diritto del diritto alla libertà.

¹⁷² G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pagg. 99 segg.

¹⁷³ A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, in C. McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, OUP/British Academy, 2013., pagg. 184 segg. Analogamente ciò accade anche nelle Costituzioni federali della maggior parte degli Stati americani, salvo per qualche rara eccezione, rappresentata da Montana, Illinois e Louisiana.

¹⁷⁴ Si v., a titolo d'esempio, le teorie esposte da Baer (il triangolo costituzionale, la piramide e la scala), in S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit.

¹⁷⁵ V. caso *Roe c. Wade*, 410 USA, 113 del 1973 e la sentenza del Giudice Harlan nel caso *Griswold c. Connecticut*, 381, USA 479 del 1965. V. anche cap. II.I. *infra*.

¹⁷⁶ A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pag. 186.

Alla luce di quest'ultima interpretazione giurisprudenziale sarebbe forse stato preferibile definire la dignità come valore¹⁷⁷. Ciò conseguirebbe per almeno tre ordini di motivi. In primo luogo, sarebbe conseguenza del fatto che per l'ordinamento americano sarebbe complicato desumere diritti di nuova concezione che siano figli di quelli espressamente indicati nella Costituzione. Del resto, un siffatto riconoscimento è raramente accaduto, ma il caso del diritto alla privacy ne è un esempio lampante. In realtà, seppure non espressamente previsto nella Costituzione originaria, il diritto alla riservatezza è stato fatto derivare da un'interpretazione ragionata del Quarto Emendamento ed è stato poi riconosciuto, applicato e tutelato nella giurisprudenza successiva¹⁷⁸. In secondo luogo, la dottrina e la giurisprudenza americane conferirebbero al concetto di valore un significato meno forte dal punto di vista dell'esercizio del diritto, rispetto al diritto costituzionale in sé e per sé. Il terzo ordine di motivi riguarda le peculiari caratteristiche dell'ordinamento americano, per cui se un diritto così importante venisse riconosciuto ed applicato quale elemento derivato da un esplicito diritto costituzionale a livello federale, ciò contrasterebbe con l'esigenza del sistema centrale di effettuare bilanciamenti costituzionali omogenei in tutti gli Stati: si potrebbe dunque giungere all'effetto negativo di diminuire, anziché di rafforzare, la tutela dei diritti umani¹⁷⁹. Bognetti, in particolare, ritiene poi che si potrebbe aggiungere un quarto motivo concernente la mancanza di familiarità da parte della giurisprudenza americana con il concetto di dignità come valore, e che sarebbe inoltre dimostrato dalla circostanza che quest'ultimo sarebbe stato utilizzato raramente dai singoli giudici supremi nelle rispettive *opinions*. Al contrario, ciò non sarebbe accaduto nelle sentenze che sono il prodotto del voto di maggioranza della Corte suprema e che definiscono quindi un assetto complessivo dell'interpretazione della casistica in esame¹⁸⁰. Nonostante l'impiego esiguo della dignità da parte dei

¹⁷⁷ *Ibidem*. Si v. anche C. Snead, *Human dignity in US law*, in M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, cit., pag. 393. Per quest'ultimo autore, infatti, la Corte Suprema non avrebbe mai riconosciuto la dignità come interesse costituzionalmente protetto, al medesimo livello cui ha invece protetto la libertà, l'eguaglianza o la privacy.

¹⁷⁸ Note a tal riguardo sono le sentenze in materia di aborto e del diritto delle donne di riservatezza relativa alla propria scelta. V. A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pag. 187.

¹⁷⁹ A. Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, cit., pagg. 186 segg.

¹⁸⁰ Rarissime menzioni o allusioni sono state fatte in *Goldberg c. Kelly*, 397 US 254 (1970), *Gertz c. Welch Inc.* 418 US 323 (1974) in tema di diffamazione, *Price c. Johnston* 334 US 266 (1948),

giudici americani, vi sarebbe una particolare sentenza, emessa nel caso *Lawrence c. Texas*¹⁸¹ in cui la Corte Suprema ha utilizzato il concetto in modo inusuale, avvicinandosi al sistema di tutela offerto dall'UE che verrà esaminato nel prosieguo. In tale decisione, difatti, i giudici hanno collegato la dignità alla libertà di scelta e, dunque, al diritto di autodeterminazione¹⁸². Espandendo la dignità in questa direzione, i giudici supremi americani hanno infatti dimostrato di poter esercitare una considerevole discrezionalità ai fini dell'ampia determinazione del concetto e della sua applicazione, tali da precisare il contenuto e il peso di altri differenti valori¹⁸³.

In conclusione, si può dunque ritenere che nell'ordinamento statunitense non vi sia una esplicita tutela a livello costituzionale della dignità umana, che questa non possa neppure essere qualificata come diritto derivato e che, al limite, assuma la qualificazione di valore e non di diritto. Tuttavia, in quanto valore, essa sarebbe meno tutelabile rispetto a un diritto, sia esso esplicitamente previsto o interpretativamente derivato. Ad ogni modo, parte della dottrina ravvisa nell'ordinamento USA due definizioni di dignità umana: l'una riguarda il ravvicinamento della dignità all'esercizio del potere di scelta e di autodeterminazione; l'altra rinvia ad una sorta di concetto di proprietà assoluta degli individui, che appartiene loro in quanto esseri umani¹⁸⁴.

Alla luce delle considerazioni che precedono, in un'ottica di confronto tra le esperienze americana ed europea, secondo Bognetti, si potrebbe evincere che la seconda riconosca la dignità al livello di un diritto e dunque differisca dal sistema USA in cui i giudici le attribuiscono un mero valore interpretativo. Di conseguenza, parrebbe che il sistema europeo dimostri un grado di civilizzazione maggiore rispetto a quello oltreoceano e, perciò, meglio risponderebbe alle esigenze attuali degli individui¹⁸⁵.

Skinner c. Oklahoma, 316 US 535 (1942) e poche altre. V. note 52 e 53 in G, Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism, cit.*, pag. 102.

¹⁸¹ 539 US 558 (2003).

¹⁸² N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law, cit.*, pag. 240.

¹⁸³ *Ibidem*, pag. 241. L'autrice ritiene inoltre che la sentenza in esame sia particolarmente importante perché i giudici statunitensi si sarebbero avvicinati alla metodologia della giurisprudenza europea, attraverso l'applicazione di una sorta di test di proporzionalità.

¹⁸⁴ C. Snead, *Human dignity in US law, cit.*, pagg. 386 segg.

¹⁸⁵ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism, cit.*, pag. 104. Tale teoria sarebbe stata condivisa peraltro dalla stessa dottrina americana. Si v. in tal senso, D. Shultziner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Danger, cit.*, 2014, 62, pag. 470.

Per contro, anche in ordine allo specifico tema della dignità umana¹⁸⁶, una tesi pressoché opposta ritiene invece che il sistema di tutela americano (cui, secondo la medesima tesi, sarebbe bene avvicinarsi¹⁸⁷) costruito sulla base di una tradizione di libertà e diritti, sia preferibile rispetto a quello europeo fondato piuttosto su una tradizione di valori e clausole di deroga ai medesimi valori¹⁸⁸.

In realtà, è peraltro lo stesso Bognetti a chiarire di non essere in grado di prendere una posizione chiara e definitiva in merito a quale dei due sistemi sia il migliore¹⁸⁹. È parimenti da rilevare che la tematica in esame è comunque tradizionale oggetto di una comparazione che si inserisce in un più generico dibattito dottrinale, che vede contrapposta la classica tesi per cui l'UE offrirebbe una tutela più rafforzata della dignità e dei diritti fondamentali, poiché risponde innanzitutto al tentativo di creare un senso di appartenenza e un destino comune dei "popoli dell'Europa"¹⁹⁰, che rappresenta un'esigenza da colmare per sopperire al *deficit democratico* che si è sempre cercato di arginare¹⁹¹, attraverso l'affermazione dei diritti e la concreta possibilità di esercitarli. La dignità, in questa prospettiva, fungerebbe da base all'identità europea perché risulta giustificazione e fondamento di diritti fondamentali¹⁹². Per converso, gli Stati Uniti d'America sono essenzialmente nati già come un unico popolo retto da un solo ordinamento giuridico e, probabilmente, non sarebbe servito approfondire il riconoscimento dei diritti fondamentali al fine di fornire ai propri cittadini una ragione in più per sentirsi parte di un'unica comunità. Date le differenti circostanze presenti nei due ordinamenti, sarà quindi

¹⁸⁶ Ciò accade anche per la privacy, v. *infra* cap. II.X.

¹⁸⁷ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, cit., pagg. 244 segg.

¹⁸⁸ Si v., a titolo esemplificativo, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e l'articolo 52 (paragrafi 1 e 2): «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi». Per un esame approfondito della tematica si v. cap. I.IX. *infra*.

¹⁸⁹ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pag. 104.

¹⁹⁰ «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini». Articolo 1, paragrafo 2, Trattato dell'Unione europea. V. G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pag. 106.

¹⁹¹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 29.

¹⁹² A. Pele, R. de Asis Roig, *Dignité humaine et identité européenne*, facente parte del progetto *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI: Retos y Desafíos del Estado de Derecho Global* (Spagna), pubblicato in *Romanian Journal of Comparative Law*, 2012, 2, pagg. 9-26.

opportuno indagare il sistema di protezione della dignità umana nell'Unione europea.

I.VIII. Il diritto fondamentale alla dignità umana: l'esperienza dell'Unione europea

La necessaria premessa relativa all'analisi dei sistemi internazionali e di alcuni sistemi nazionali di tutela della dignità, si è resa utile poiché quest'ultima è un concetto sorto ben prima della nascita dell'ordinamento comunitario (apparso piuttosto recentemente sulla scena internazionale), proprio nei suddetti contesti internazionale e nazionali. Sin dalle origini, l'ordinamento UE ha tratto e continua a trarre nell'attività interpretativa della giurisprudenza della Corte di giustizia spunti essenziali per quanto riguarda la definizione di concetti inizialmente non normativamente espressi.

Già è stata spesa qualche breve parola in merito alla menzione della dignità umana da parte della Carta dei diritti fondamentali e a quest'ultima si fa rinvio per quanto di dettaglio¹⁹³. V'è tuttavia da aggiungere che, oltre alla Carta dei diritti fondamentali, il Preambolo del Trattato di Lisbona (che ha modificato il Trattato dell'Unione europea e il Trattato della Comunità europea trasformandolo in Trattato sul funzionamento dell'Unione) sembrerebbe dare ad intendere la natura assoluta della dignità come prevista all'articolo 1 della suddetta Carta. La dignità, così intesa, sarebbe dunque caratterizzata dal non poter essere in alcun modo limitata e avrebbe natura di diritto fondamentale speciale, che costituisce la base degli altri diritti fondamentali¹⁹⁴. D'altra parte, comunque, la giurisprudenza della

¹⁹³ Si v. cap. I.V. *supra*.

¹⁹⁴ Si v. in questo senso «*Il trattato sull'Unione europea è modificato in base alle disposizioni del presente articolo. PREAMBOLO 1) Il preambolo è così modificato: a) il testo seguente è inserito come secondo capoverso: "ISPIRANDOSI alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto,"; b) al settimo capoverso, diventato l'ottavo capoverso, i termini "del presente trattato" sono sostituiti da "del presente trattato e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea,"; c) all'undicesimo capoverso, diventato il dodicesimo capoverso, i termini "del presente trattato" sono sostituiti da "del presente trattato e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea,". DISPOSIZIONI GENERALI 2) L'articolo 1 è così modificato: a) alla fine del primo comma è aggiunta la frase seguente: "..., alla quale gli Stati membri attribuiscono competenze per conseguire i loro obiettivi comuni."; b) il terzo comma è sostituito dal seguente: "L'Unione si fonda sul presente trattato e sul*»

Corte di giustizia respinge fermamente la suddetta tesi perché più volte ha dimostrato di dover impiegare lo strumento del bilanciamento di interessi fondamentali che non ha portato *ipso jure* al prevaricamento di altri interessi sulla dignità, ma che ne ha in ogni caso implicato una valutazione disequilibrata in termini di importanza. Il principio dignitario si è trovato infatti ad essere soppesato con altri diritti e libertà fondamentali, in particolar modo economiche, comportando l'inevitabile accettazione del suo carattere di relatività¹⁹⁵.

Ad ogni modo, la Carta dei diritti fondamentali rappresenterebbe un punto di partenza, più che di un punto d'arrivo, nella tutela della dignità umana, poiché detiene un carattere di originalità che non è proprio di alcun precedente atto giuridico e perché, pur ammettendo un bilanciamento di principi e, in qualche modo, sue rare limitazioni (giustificate dall'attuazione dell'articolo 52 della medesima Carta), circoscrive all'estremo la possibilità di bilanciamento con altre libertà fondamentali¹⁹⁶, dal momento che la pone all'articolo 1 (e, in verità, anche nel suo Preambolo¹⁹⁷), alla base di tutti gli altri capi e degli altri diritti¹⁹⁸. Secondo parte della dottrina, la suddetta Carta conferirebbe un valore aggiunto alla tutela della dignità umana, poiché le consentirebbe di non essere più solo un diritto teorizzato, ma concretamente attuato nella prassi giudiziaria¹⁹⁹. In quanto punto di

trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in appresso denominati 'i trattati'). I due trattati hanno lo stesso valore giuridico. L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea.". 3) È inserito l'articolo 1bis: "Articolo 1bis – L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini", articolo 1, Trattato di Lisbona (GU 2007, C 306), enfasi aggiunta.

¹⁹⁵ M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, cit., pag. 207.

¹⁹⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 31 segg.

¹⁹⁷ «I popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni. Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia», Preambolo, Carta dei diritti fondamentali (enfasi aggiunta). Da rilevare che, proprio perché l'Unione pone la persona al centro della sua azione, secondo Rodotà, si sarebbe passati ad una vera e propria rivoluzione della dignità. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013, pagg. 15 segg.

¹⁹⁸ Secondo la teoria del "triangolo costituzionale" di Baer, l'Unione europea attraverso la Carta dei diritti fondamentali, garantirebbe ancora una volta la costituzione di questo triangolo alla cui base starebbero da un lato la libertà (alla quale la Carta dei diritti fondamentali dedica il capo II) e dall'altro l'eguaglianza (cui viene dedicato il capo III) e al vertice vi starebbe invece la dignità. S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit.

¹⁹⁹ P. Häberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, 2003, pag. 36.

partenza, essendo tale diritto previsto dal primo articolo, esso rappresenterebbe un principio guida per l'applicazione di tutto il resto del documento e costituirebbe un presupposto per l'applicazione degli altri diritti ivi previsti, poiché, secondo Pocar, non si potrebbe concepire «*il loro pieno rispetto senza che la dignità dell'individuo sia tutelata*»²⁰⁰. Di conseguenza, la dignità non sarebbe meramente uno dei diritti fondamentali, bensì la base di tutti questi²⁰¹, quasi “il diritto fondamentale”.

Ciò detto, bisognerebbe poter qualificare il carattere di cui è dotata la dignità come un *tertium genus* tra la natura assoluta e relativa del diritto. Difatti, certamente per la Carta si tratterebbe di un diritto che non ammette erosioni, però spesso può trovare impiego in una necessaria valutazione giurisprudenziale (che le conferirebbe natura relativa) insieme ad altri diritti, e che l'ha vista – almeno sino ad oggi – vittoriosa.

Dal momento che, attualmente, non pare sussistere una definizione specifica in questo senso, quanto di più adeguato si possa utilizzare sotto il profilo giuridico è proprio il concetto di bilanciamento. E detta attività di equilibrio non potrà che essere esercitata dal giudice, nel caso di specie, dell'UE²⁰². Ad oggi, difatti, non sono noti casi in cui la Corte di giustizia si sia trovata ad interpretare l'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali²⁰³. Ciò nondimeno si ritiene che una sua eventuale applicazione giurisprudenziale possa significativamente chiarire cosa rappresenti la dignità, quantomeno nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione.

Di fatto, sono sorti e possono sorgere conflitti tra talune libertà economiche ed il principio di dignità umana, ma spetterà sempre al giudice dirimerli facendo prevalere le une o l'altra, nonostante tale principio abbia oramai ricevuto l'attribuzione di diritto fondamentale tutelato dall'UE²⁰⁴.

La decisione ad oggi più nota dei giudici del Lussemburgo relativa ad un siffatto tipo di bilanciamento, resta quella risolutiva del caso *Omega*²⁰⁵. In tale fattispecie,

²⁰⁰ F. Pocar, *Dignità - Giustizia* in S.L. Rossi (cur.), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, 2002, pagg. 87 segg.

²⁰¹ F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pagg. 4 segg., in particolare, pagg. 6-7.

²⁰² Tuttavia, stante il principio della diretta applicabilità del diritto dell'UE, il bilanciamento, oltre che dalla Corte di giustizia, dovrà essere operato anche dai giudici nazionali degli Stati membri, conformemente al diritto e alla giurisprudenza UE.

²⁰³ E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pag. 87.

²⁰⁴ F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 67.

²⁰⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02

la Corte di giustizia si è trovata a definire la dignità (che all'epoca era ancora solo oggetto della Carta di Nizza, senza dunque valore vincolante) in due modi, vale a dire, da un lato, facendo riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (e in questa attività è stata influenzata dall'interpretazione tedesca del concetto) e, dall'altro, allontanandosi da questi ultimi, di modo da poter enucleare una specifica nozione comunitaria di dignità²⁰⁶.

In sintesi, nella sentenza in esame la Corte si è pronunciata su una questione pregiudiziale sottoposta circa la legittimità di un ostacolo alla libera prestazione dei servizi che fosse giustificato dalla dignità umana secondo l'interpretazione del diritto comunitario²⁰⁷. Al termine di un esame delle condizioni idonee a giustificare una limitazione della libera prestazione dei servizi, la Corte ha deciso di ammetterne la restrizione in ragione del superiore principio della dignità umana²⁰⁸.

In tale fattispecie, il principio di dignità poteva costituire un'esigenza imperativa di

(ECLI:EU:C:2004:614). In realtà, la dignità fu espressa, seppure raramente, in altre decisioni precedenti della Corte di giustizia, di minore interesse per lo sviluppo di questa trattazione. Ci si limiterà qui a fornire un breve e non completo elenco di importanti decisioni in materia di biotecnologie (sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Consiglio e Parlamento*, C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523), in materia di libertà personale e vittime di procedure penali (sentenze, rispettivamente, del Tribunale di prima istanza del 21 settembre 2005, *Kadi c. Commissione e Consiglio*, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332 e della Corte di giustizia del 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakat*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:T:2005:332; nonché sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2007, *Dell'Orto*, C-467/05, ECLI:EU:C:2007:395), in materia di richiedenti asilo (sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94).

²⁰⁶ C. Dupré, *Constructing the meaning of Human Dignity: Four Questions*, cit., pag. 14. Per commenti della sentenza, si v. J. Morijn, *Balancing fundamental rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, 2006, 15.

²⁰⁷ In particolare, la fattispecie concerneva una società tedesca che commerciava un videogame destinato al mercato tedesco, il quale prevedeva la possibilità di omicidi simulati. L'autorità di polizia competente aveva chiesto il blocco della commercializzazione per contrarietà all'ordine pubblico. Il provvedimento è giunto dinanzi a giudici nazionali di gradi successivi, finché l'ultimo di essi, ha presentato un'istanza di esame pregiudiziale da parte della Corte di giustizia. Di conseguenza, il giudice comunitario non ritenne contraria al diritto UE una decisione di un giudice tedesco che non aveva annullato il provvedimento con cui il sindaco di Bonn aveva vietato, perché contrario all'ordine pubblico, la diffusione di un videogame che prevedeva l'omicidio di persone. Quanto sopra, nonostante la diffusione del videogame rilevasse sotto il profilo commerciale ai sensi del diritto della concorrenza. V. anche, E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pag. 87; A. Ali, cit., pag. 87. Per approfondimenti relativi al pensiero della dottrina durante la pendenza del procedimento pregiudiziale, si rinvia alla lettura di C.T. Smith, T. Fetzer, *The uncertain limits of the European Court of Justice's Authority: economic freedom versus human dignity*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2004, 10, 3.

²⁰⁸ M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, cit., pag. 205. Nella sentenza *Omega*, viene comunque fatto richiamo alla precedente sentenza *Schmidberger*, in cui si era sostanzialmente giudicato come legittimo il mancato divieto, da parte delle autorità nazionali, di una manifestazione collettiva pubblica che aveva sospeso la libera circolazione delle merci perché aveva bloccato l'autostrada del Brennero (sentenza della Corte del 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich*, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333).

interesse generale da privilegiare rispetto a un diverso interesse generale relativo alla fornitura di servizi entro i confini dell'Unione europea²⁰⁹. La valutazione bilanciata si traduceva dunque nella prevalenza della dignità come limitazione al godimento delle libertà altrui²¹⁰.

Non se ne registra ancora l'esistenza, ma sarebbe interessante osservare il comportamento dei giudici di Lussemburgo nel trovarsi a bilanciare la dignità umana prevista dall'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali, insieme ad altri diritti fondamentali che ne richiamano il concetto, in contrasto con altri diritti umani. Esempio essenziale, anche per questa dissertazione, sarebbe la considerazione dell'articolo 7 o dell'articolo 8 della medesima Carta sulla tutela rispettivamente della riservatezza e dei dati personali insieme alla dignità umana, nella ponderazione che di questi vi potrebbe essere, ad esempio, con la libertà fondamentale di impresa prevista all'articolo 16 della Carta stessa.

Come anticipato, ad oggi, neppure si registrano casi pendenti in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia in materia di potenziale violazione dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali. Trattandosi certamente di diritto fondamentale, come definito dalla dottrina, ma probabilmente di diritto fondamentale sovraordinato rispetto agli altri, che funge da guida nell'attuazione e tutela di questi ultimi, sembra difficile o quantomeno improbabile che un'istanza in via pregiudiziale possa essere presentata per l'interpretazione del diritto nazionale ai sensi dell'unico articolo 1 della Carta. Sembrerebbe invece più plausibile l'ipotesi in cui la dignità venga richiamata direttamente dai giudici come base giustificatrice delle proprie decisioni in materia di diritti fondamentali diversi e tutelati, magari, da altre disposizioni fondamentali.

Certo è che la Carta dei diritti fondamentali, nei limiti dell'ordinamento UE, ha contribuito a tradurre il valore della dignità umana in figure sostanziali giuridicamente tutelate, anche per mezzo di altre sue previsioni come, a titolo

²⁰⁹ E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pagg. 84-85. Secondo lo stesso autore, in questa sentenza si riconoscerebbe in modo evidente l'influenza kantiana del trattamento dell'uomo come un fine, piuttosto che come un mezzo. *Ibidem*, pag. 92.

²¹⁰ V. P. Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. Siclari (cur.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, 2003; T. Smith, T. Fetzer, *The uncertain limits of the European Court of Justice's Authority: economic freedom versus human dignity*, cit., pagg. 456 segg.

d'esempio, il diritto alla vita o all'integrità della persona, il divieto di tortura o di schiavitù²¹¹.

La dignità viene quindi spesso ricollegata ad altri diritti. Alla stregua di quella dottrina che considera esistente un triangolo costituzionale di valori²¹², potremmo tradurre tale figura geometrica, nella Carta, come interazione tra capi diversi della stessa, vale a dire tra il capo primo, secondo e terzo, rappresentanti i diritti di dignità, libertà ed eguaglianza, che sono considerati spesso gli uni in aggiunta a o in conflitto con gli altri²¹³. Vi sono peraltro esempi di combinazione esplicita dei tre menzionati valori: si pensi agli articoli 1 e 2 della stessa Carta sul diritto alla dignità strettamente connesso al diritto alla vita o all'articolo 25 che garantisce all'anziano una vita dignitosa. È la dottrina stessa a configurare, come anticipato, un triangolo al cui vertice sta la dignità che funge da principio guida degli altri diritti, mentre alla base stanno libertà ed eguaglianza che permettono all'individuo, se ed una volta rispettate, di sentirsi rispettato nella propria dignità²¹⁴. Baer, una delle principali esponenti di tale dottrina, non definisce però di che tipo di triangolo si tratti, ossia non offre una misura precisa dei limiti che ciascuno di questi principi detiene rispetto agli altri due. In sintesi, non viene definita l'estensione di un principio rispetto agli altri. Dalla tesi di Baer non si comprende dunque se sia la dignità ad avere maggiore importanza rispetto all'eguaglianza e alla libertà o, viceversa, se sia una di queste ultime a presentare una maggiore estensione sulle altre due. È probabile che un siffatto approccio sia stato evitato, attribuendo maggiore rilevanza all'uno o all'altro valore, poiché si tratta di scelte politiche che possono variare da ordinamento a ordinamento. Come si vedrà più avanti, in tal senso, si riscontra una differenza tra il "triangolo europeo" ed il "triangolo americano", dove i valori ed il rispettivo posizionamento appaiono differenti²¹⁵. L'elemento che parrebbe non cambiare da un ordinamento all'altro sta nel fatto che quand'anche il triangolo dovesse ribaltarsi per qualsivoglia motivo, così modificando l'assetto e l'estensione dei valori considerati, si avrebbe in ogni caso una connessione ininterrotta dei tre valori in esame, ma potrebbe essere dato meno

²¹¹ S. Panunzio citato in F. *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 87.

²¹² V. cap. I.X. *infra*.

²¹³ S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit., pag. 435 segg.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ V. cap. I.X. *infra*.

peso alla dignità per prediligere, ad esempio, la libertà o l'eguaglianza. Siffatto approccio dottrinale consentirebbe di fornire standard aggiuntivi per affermare i diritti umani e di conferire quella protezione ulteriore che non è possibile in tutti i sistemi giuridici²¹⁶ ed è l'approccio che si intende seguire nel corso dello sviluppo di questa ricerca.

Tuttavia, nonostante manchino al momento decisioni giurisprudenziali UE che riguardano la dignità, ciò non toglie che la dottrina abbia riconosciuto ampiamente che la Carta dei diritti fondamentali ha dato pratica attuazione dei diritti fondamentali in Europa e rappresenta, anche per questa ragione, un “*valore aggiunto*”²¹⁷ negli sforzi di tutela della dignità umana.

Difatti, con specifico riguardo alla dignità, è possibile rilevare come l'Unione europea rappresenti uno spazio propizio al confronto delle prospettive e delle tesi sull'interpretazione del rispetto di tale valore²¹⁸. La dignità è infatti un concetto fluido e vario, che non ha un significato universalmente accettato, ma che necessita di essere applicato e, per fare ciò, richiede di riferirsi ad un sistema di valori²¹⁹. È proprio in questi termini ed entro i confini dell'UE che il concetto di dignità umana prende vita pratica e riceve tutela certa. Nel contesto comunitario, i giudici possono infatti confrontarsi con le diverse definizioni di dignità umana che ne attribuiscono i giudici nazionali. In questo senso è da intendersi l'assunto per il quale «*la protezione dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico comunitario esiste in parallelo ad altri sistemi europei di tutela dei diritti fondamentali. Questi ultimi*

²¹⁶ S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit., pag. 466. Tuttavia, non essendo questa tesi ampiamente condivisa, essa rinverrebbe il triangolo del costituzionalismo moderno anche nell'ordinamento comunitario, che ben si presterebbe ad esservi inquadrato, pur non essendo un ordinamento caratterizzato da una costituzione scritta. Come noto, difatti, il tentativo costituzionale si è spento nell'ormai lontano 2004, sebbene informalmente parte della dottrina sostenga che la Costituzione europea sarebbe oggi giorno rappresentata dai nuovi Trattati come modificati dal Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali. In questo senso, si v. S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit., pag. 442: «*constitutional text matters, but, again, constitutionalism should not be reduced to mere textualism*». Da segnalare che tesi alternative a quella del triangolo costituzionale in esame, sono quella della cosiddetta “piramide” con dignità al vertice e libertà ed eguaglianza alla base, ma senza possibilità di ribaltamenti e, dunque, bilanciamenti in ragione della proporzionalità, e la seconda della cosiddetta “scala” che vedrebbe la dignità sempre al vertice, seguita alternativamente o dalla libertà o dall'eguaglianza. Entrambe queste tesi non risponderebbero alle esigenze dell'ordinamento poiché, rispettivamente, la prima permetterebbe di proteggere libertà ed eguaglianza solo nei casi di violazione della dignità, mentre la seconda vedrebbe la libertà e l'eguaglianza sempre in conflitto.

²¹⁷ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 38.

²¹⁸ E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pag. 99.

²¹⁹ *Ibidem*.

*comprendono sia i sistemi sviluppatisi in seno agli ordinamenti giuridici nazionali che quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. È certo che ciascun meccanismo di protezione persegue obiettivi specifici e che tali meccanismi sono elaborati sulla base di strumenti giuridici propri, tuttavia essi si applicano talvolta alle stesse circostanze di fatto. In un contesto di questo tipo occorrerà che ogni sistema di protezione esistente si sforzi, pur nel rispetto della propria autonomia, di comprendere come gli altri sistemi interpretino e sviluppino gli stessi diritti fondamentali, al fine non soltanto di ridurre i rischi di conflitto, ma anche di impegnarsi in un informale processo di costruzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali. Lo spazio europeo così creato sarà, in gran parte, il prodotto dei singoli contributi forniti dai diversi sistemi di protezione esistenti a livello europeo*²²⁰.

Per meglio spiegare il valore aggiunto offerto dall'Unione europea, alla luce di quanto testé esposto, si dovrà tenere a mente che l'ordinamento giuridico UE segue una propria ed originale logica in tema di tutela dei diritti fondamentali la quale avviene in un contesto pluralista, più che unitario²²¹. Orbene, mentre l'unitarietà sarebbe garantita dai giudici di Lussemburgo che ne imporrebbero una tutela omogenea in tutti gli Stati membri, in aggiunta, dal momento che nella definizione di alcuni concetti essenziali detti giudici dovranno prendere in considerazione anche le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dunque le relative definizioni, si delinea altresì l'ottica certamente pluralista poc'anzi menzionata.

Di quest'opera di interpretazione e applicazione reciproca o, meglio, di scambio di esperienze giurisprudenziali ed applicative, la dignità può rappresentare il caso più emblematico²²².

Il valore aggiunto dell'UE sarebbe quindi bivalente: da un lato vi starebbe la possibilità di conferire una "lettura aperta"²²³ ai diritti fondamentali, mentre dall'altro ne verrebbe consentita un'applicazione omogenea e quanto più pluralista possibile. Secondo Dubuot, entrambe queste attività, congiuntamente sviluppate, renderanno possibile la condivisione di una definizione universalmente avvalorata

²²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Miguel Poiares Maduro nella causa *Elgafaji*, citata *supra* in nota 205, punto 22 (sottolineatura aggiunta).

²²¹ E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pagg. 101 segg.

²²² *Ibidem*.

²²³ *Ibidem*.

(almeno entro i confini UE) di dignità umana, che verrà raggiunta solo progressivamente, attraverso una riflessione adeguata ai tempi della società europea²²⁴. Ciò non sarebbe invece possibile in ordinamenti statali o sovrastatali differenti, come quello internazionale, che non dispongono di strumenti talmente efficaci e giuridicamente validi da raggiungere un risultato quantomeno simile a quello europeo²²⁵.

Utile a tal fine sarà un confronto tra i sistemi giuridici UE e USA che presentano profili di similarità, ma che utilizzano mezzi diversi per applicare il diritto. Come anticipato, gli stessi sembrano fondarsi su “triangoli costituzionali” differenti.

Tuttavia, ciò che interessa maggiormente ai fini della presente ricerca riguarda precisamente il legame che sussiste tra la dignità e la privacy, in particolare sotto il profilo della riservatezza dei dati personali. Tale legame, come si avrà occasione di osservare, mette in relazione i due concetti, di cui l’uno – la privacy – perché declinazione di un valore superiore, tende ad essere ricompreso dall’altro – la dignità. Quest’ultima, invero (come si avrà modo di notare nelle considerazioni conclusive del capitolo), è direttamente collegata alle nozioni di autonomia e di privacy, nonché di autodeterminazione e di integrità della persona. Tutti questi valori sono infatti parte integrante della personalità dell’individuo e contribuiscono alla sua dignità. Così è anche per i dati personali del medesimo individuo, la cui tutela viene ricondotta alla salvaguardia della privacy (come si vedrà) e contribuisce a salvaguardarne l’integrità morale, proteggendone al contempo la dignità.

Orbene, come oramai noto, il settore digitale si sviluppa e funziona prevalentemente grazie alla circolazione pressoché istantanea di dati personali e, naturalmente, per tale ragione le ipotesi di infrazione di informazioni a carattere personale si moltiplicano in modo esponenziale. Di conseguenza, e per quanto sopra sostenuto, vi sarebbero molte occasioni di ledere la stessa dignità degli individui cui i dati appartengono, soprattutto in considerazione del fatto che non è solo la violazione del dato personale in totale assenza del consenso alla raccolta che porta alla lesione della dignità dell’individuo, ma a determinare tale effetto può ben essere il trattamento di informazioni legittimamente raccolte, ma trattate in modo distorto. Come si vedrà nel cap. III.III. *infra*, l’effetto della combinazione di molti dati personali, può portare all’estrazione e alla conoscenza indiretta di ulteriori

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*, p. 111.

informazioni appartenenti agli individui, che gli stessi non intendevano divulgare. Se poi dette informazioni sono utilizzate per “profilare” l’individuo e carpirne le abitudini comportamentali per quanto concerne, ad esempio, gli acquisti abituali o i siti visitati più di frequente, dunque, di fatto, per tracciarne le necessità o i desideri, e – magari – impiegate per offrirgli beni e servizi calibrati in base alle sue esigenze, ad esempio, mediante pubblicità mirate online, è più evidente come l’individuo sconti l’effetto di due conseguenze potenzialmente indesiderate. Invero, da una parte, potrebbero essere utilizzate informazioni “derivate” per cui l’individuo non ha prestato un consenso alla divulgazione o alla raccolta ed in questo modo verrebbe indirettamente lesa la propria autodeterminazione circa i propri dati personali. Dall’altra, se le informazioni fossero utilizzate per scopi diversi da quelli inizialmente espressi ed accettati, finalizzati alla soddisfazione di terzi, invece che dell’individuo cui i dati si riferiscono, ne discenderebbe il trattamento non voluto pregiudicherebbe la dignità di quest’ultimo perché non ne rispetterebbe la volontà.

I.IX. L’esperienza europea a confronto con quella statunitense in tema di dignità umana

Come è stato illustrato, gli ordinamenti giuridici dell’Unione europea e degli Stati Uniti d’America si presentano molto diversamente in merito al tema della dignità umana.

In precedenza, si è detto che l’omissione della dignità umana nella Costituzione americana (ma anche nel *Bill of rights*) rappresenta una lacuna significativa per i cittadini statunitensi, posto che la libertà, valore portante del sistema americano e presente sotto diverse forme sia nella Costituzione, sia nella giurisprudenza, avrebbe dovuto riconnettersi alla dignità umana. Tuttavia, quest’ultima, rimanendo confinata a rari riferimenti di qualche sentenza della Corte suprema²²⁶, rappresenterebbe un concetto tutelato certo dalle Carte internazionali cui sembrano guardare anche gli Stati Uniti (in quanto prevalentemente strumenti di *soft law*), ma

²²⁶ V. cap. I.VII. *supra*. Tali riferimenti alla dignità umana sembrano essere stati fatti solo negli anni ‘40 e solo in alcune opinioni dissenzienti. V. N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law, cit.*, pag. 202.

mai esplicitamente come diritto tutelato dall'ordinamento statunitense. Piuttosto, per quest'ultimo la dignità rappresenta un valore e, in quanto tale, più difficilmente può essere oggetto di bilanciamento con altri diritti, non detenendone lo stesso rango²²⁷.

D'altra parte, si osserva l'apparato normativo più recente dell'Unione europea, il quale – dopo aver subito un lungo processo di sviluppo che ha considerato prima interessi meramente economici e poi interessi personalistici – riconosce esplicitamente la dignità umana quale diritto fondamentale, in qualche modo primo tra i primi, idoneo a fungere da solida base per l'applicazione e l'esercizio dei diritti riconosciuti nelle disposizioni successive della Carta dei diritti fondamentali.

Ora, per quanto riguarda la considerazione della dignità da una sponda all'altra dell'Atlantico, la dottrina si divide su quale sia il migliore regime di tutela, partendo dal presupposto che esiste una disparità evidente tra la modalità di tutela americana e quella europea²²⁸.

Per comprenderne le differenze, si dovrà considerare sin d'ora che taluno sostiene che la dignità vada sicuramente considerata alla stregua di un punto focale per i diritti umani in genere e per quelli, tra questi ultimi, che hanno assunto il rango di diritti costituzionali. Gli stessi autori ritengono che, inevitabilmente, la dignità sia un valore universalmente accettato, ma non doviziosamente definito²²⁹. In effetti, almeno nei tentativi di definizione giurisprudenziale non sono state le altre libertà ad appoggiarsi sulla dignità, piuttosto il contrario. Invero, la dignità è stata spesso associata a principi a volte inconciliabili, tra cui l'autonomia, l'eguaglianza e il rispetto²³⁰. Di tal sorta, provvedere all'inclusione nella Costituzione americana della dignità alla stregua di un diritto potrebbe rivelarsi particolarmente problematico, a differenza di quanto avvenuto nel sistema UE, ove la dignità ha ottenuto il rango di diritto fondamentale nel 2009, ed in cui, secondo parte della dottrina, verrebbe meglio tutelata²³¹. Muovendo da questo presupposto, altri autori ritengono che la Corte Suprema degli Stati Uniti dovrebbe in qualche modo

²²⁷ Alcuni tentativi di bilanciamento esistono nella giurisprudenza americana, in relazione ai casi coinvolgenti presunte violazioni del quarto, quinto o quattordicesimo emendamento. A tal proposito, si v. D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, cit., pag. 471, nota 38.

²²⁸ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, cit., pagg. 202-203.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ *Ibidem*.

prendere spunto ed ispirarsi alla tutela della dignità nell'Unione europea, interpretando ed applicando le altre libertà – esplicitamente riconosciute nella Costituzione – sulla base di un'ampia visione della dignità, così come sviluppata nella normativa e nella giurisprudenza oltreoceano²³². A tal proposito, riesce abbastanza agevole comprendere, ancora una volta, come l'Unione europea sia portatrice di un valore aggiunto rispetto ad altri ordinamenti e, nel contesto della protezione della dignità umana e dei diritti fondamentali della persona, detto valore aggiunto starebbe proprio in quell'elemento che risulterebbe, d'altro canto, meno tradizionale nella società nordamericana. In quest'ultima, buona parte della dottrina intravede infatti una priorità di tutela per le esigenze del mercato²³³.

Ad ogni buon conto, uno dei motivi del mancato completamento di detto processo di interpretazione delle libertà alla luce della dignità umana che pare emergere nell'ordinamento americano (a differenza dell'opposto processo che vede la dignità plasmata sulla base degli esiti interpretativi di altre libertà fondamentali), può dipendere dalla conseguenza per cui, contestualizzando la dignità in senso molto ampio, le altre – più specifiche – libertà fondamentali diverrebbero meno importanti e meno efficaci, poiché ristrette nei confini di un più esteso concetto “ombrello”, che abbraccia tutte le libertà²³⁴. E, secondo quella parte della dottrina che considera l'ordinamento americano come orientato esclusivamente allo sviluppo economico, dette libertà imprescindibili si ricondurrebbero ancora una volta alla soddisfazione delle esigenze del mercato e non sarebbero, invece, orientate alla soddisfazione di obiettivi personalistici, come la stessa dottrina sembra affermare per l'Unione europea²³⁵.

Autorevole dottrina ritiene che vi sarebbe una sorta di *common understanding* per cui il diritto costituzionale statunitense non fornirebbe una protezione dei valori e dei diritti superiore, ma neppure pari a quella comunemente garantita dalle costituzioni europee (le cui tradizioni costituzionali hanno forgiato i principi generali dell'Unione e, poi, i Trattati costitutivi, nonché la Carta dei diritti

²³² *Ibidem*. Secondo questa parte della dottrina, la Corte Suprema degli Stati Uniti già si starebbe muovendo in tal senso.

²³³ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 38.

²³⁴ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, cit., pag. 481.

²³⁵ V., per esempio, S. Rodotà, *supra* nota 240.

fondamentali)²³⁶. Sotto il profilo specifico della dignità umana, tale concetto, visto dai due lati dell'Atlantico, rivelerebbe delle visioni esponenzialmente diverse²³⁷. In un certo senso, gli accademici americani utilizzerebbero la dignità umana in modo interscambiabile con il concetto di autonomia, mentre l'accademia europea, sulla base delle previsioni costituzionali europee – e della Carta dei diritti fondamentali – rinverrebbe nella dignità umana un valore assoluto ed inalienabile e, dunque, sempre vittorioso nell'eventuale bilanciamento con altri diritti o libertà fondamentali²³⁸.

Secondo Whitman quando si venga a trattare il tema della dignità umana sulle due sponde atlantiche, ci si troverebbe addirittura di fronte ad un conflitto di culture, più che ad un mero contrasto²³⁹. E le ragioni di tale conflitto potrebbero ravvisarsi nell'origine del concetto che per gli europei si differenzia radicalmente dall'origine della nozione americana (qualora di nozione si possa ivi parlare). In particolare, secondo l'autore, per gli europei la dignità avrebbe radici storiche²⁴⁰ che si collegavano al rango sociale di un individuo, il quale era quindi degno se appartenente a un determinato ceto sociale. Al giorno d'oggi il termine dignità è per lo più accompagnato dall'aggettivo “umana” poiché a tutti gli individui sarebbe stata concessa l'appartenenza ad un “rango sociale” unico, senza discriminazioni in ragione del ceto, del sesso, della razza o di altre motivazioni²⁴¹. In tal senso, quindi, l'autore ritiene che la dignità sarebbe uno status di possesso di privilegi, piuttosto che di diritti²⁴². Orbene, sebbene Whitman non creda che il concetto di dignità europea derivi dalla formulazione kantiana, né dalle barbare esperienze del nazismo e della seconda guerra mondiale, egli conferma comunque l'esistenza di un legame diretto tra l'onore dell'individuo e la sua dignità²⁴³. Diversamente, negli Stati Uniti

²³⁶ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, cit., pag. 470.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ J.Q. Whitman, “*Human dignity*” in *Europe and the United States: the social foundations*, in G. Nolte (cur.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Council of Europe, 2005, pagg. 110-111.

²⁴⁰ V. cap. I.II. *supra*.

²⁴¹ In tal senso, si v. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, Hart Publishing, 2014, pag. 16.

²⁴² J.Q. Whitman, “*Human dignity*” in *Europe and the United States: the social foundations*, cit., pagg. 110-111.

²⁴³ È proprio questa ragione che porterà l'autore a confrontare la dignità con la privacy e le differenze presentate dalla tutela di entrambi su tutti i fronti dell'Atlantico. In particolare, è in ragione di questa considerazione che l'autore sosterrà che, negli Stati Uniti, non avendo a che fare con l'onore, la privacy non avrà molto a che fare con la dignità.

il concetto di dignità sarebbe maggiormente legato all'esercizio dell'autonomia da parte degli individui.

Nonostante per alcuni autori sembri che la dignità europea sia più protettiva nei confronti degli individui e, di conseguenza, sotto questo aspetto l'ordinamento UE sarebbe migliore di quello americano²⁴⁴, non sarebbe così semplice affermare che il primo sia in grado di soddisfare meglio le esigenze della società contemporanea, opponendosi al secondo²⁴⁵. In effetti, in un'ottica comparativa non si potrebbe giungere ad affermazioni di principio come quella ipotetica della preminenza di un ordinamento sull'altro, poiché nel caso di specie i due ordinamenti considerati dimostrano contemporaneamente due forme diverse di uguaglianza tra individui, la cui scelta dipende per lo più da esigenze politiche e storiche differenti²⁴⁶. Difatti, anche il sistema americano garantisce i diritti fondamentali basilari, ma l'assenza di certe caratteristiche nella loro tutela potrebbe ben essere compensata dalla presenza di peculiarità ulteriori, differenti rispetto a quelle europee²⁴⁷.

D'altra parte, esiste però una corrente (minoritaria per la verità) che riconoscerebbe una superiorità del sistema americano rispetto a quello europeo sotto il profilo della tutela della dignità, nel senso che il valore della dignità inteso dagli americani potrebbe enfatizzare la libertà individuale e la dignità dell'autodeterminazione, così determinando una migliore protezione delle singole libertà fondamentali che sottendono la dignità umana, anziché un bilanciamento tra interessi e libertà differenti²⁴⁸. Anche per questa corrente, la concezione della dignità umana resterebbe sempre salda nel riconoscere quest'ultima quale fulcro dei diritti umani²⁴⁹ e costituzionali.

Infine, pur non potendo trarre conclusioni su quale sia il metodo più appropriato di esame e conseguente tutela della dignità umana nell'ordinamento europeo o in quello statunitense, è certamente possibile affermare che essa viene osservata in

²⁴⁴ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pagg. 104-105.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ J.Q. Whitman, "Human dignity" in *Europe and the United States: the social foundations*, cit., pagg. 110-111, pag. 124.

²⁴⁷ G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pagg. 104-105.

²⁴⁸ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, cit., pagg. 254-255.

²⁴⁹ È opportuno far presente che una dottrina minoritaria non ritiene che i diritti umani siano fondati sulla dignità. Per approfondimenti si v. M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, 2014, pagg. 200-206.

entrambi i sistemi giuridici come elemento di grande importanza per l'individuo, in sé e per sé considerato o collegato agli sviluppi del mercato.

I.X. La teoria del triangolo costituzionale nello sviluppo giuridico del concetto di dignità

Dal breve confronto tra i suddetti ordinamenti giuridici, si può desumere come nonostante i sistemi di tutela possano essere sensibilmente diversi, la dignità umana resta comunque un valore, un principio o un diritto, a seconda dei casi, da proteggere ad ogni costo sia se considerato come sotteso a libertà, diritti e principi costituzionali, sia ancora se inteso quale autonomo diritto fondamentale che sarebbe eventualmente suscettibile di subire un bilanciamento con altri diritti umani.

È pacificamente accettato che l'aggiunta dell'aggettivo "umana" all'espressione "dignità" sia occorsa in occasione della redazione dei primi documenti giuridici che l'hanno riconosciuta, più o meno esplicitamente²⁵⁰. Tuttavia, ciò che concretamente qualifica e definisce la nozione di dignità umana è, pur sempre, l'attività di interpretazione e bilanciamento che ne fanno le Corti²⁵¹, poiché essa resta un imperativo necessario come fondamento dei diritti umani e come punto di riferimento da cui si irradia il concetto di eguaglianza tra individui²⁵².

A prescindere dall'ordinamento giuridico in cui ci si trovi, come anticipato nel paragrafo precedente, esisterebbero concetti di dignità in conflitto o, per meglio dire, in competizione l'uno con l'altro, in ragione di cosa la dignità possa e debba richiedere. Invero, essa implica talvolta la libertà, altre volte l'autonomia, o l'eguaglianza, o ancora il rispetto. Evidentemente, questi ultimi valori non sempre

²⁵⁰ J.Q. Whitman, *"Human dignity" in Europe and the United States: the social foundations*, cit., pag. 110. La dignità, oltre che umana, sarebbe altresì personale. E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pag. 85. La dignità è umana perché, dal momento del riconoscimento nelle prime carte internazionali sui diritti umani, essa appartiene a tutte le persone e, così come accaduto per la Carta dei diritti fondamentali, funge da base alla nuova e moderna accezione di cittadinanza. V. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., pag. 26.

²⁵¹ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, cit., pag. 218; sui soggetti che creano la dignità (giudici e accademici) v. anche C. Dupré, *Constructing the meaning of Human Dignity: Four Questions*, cit., pag. 116. In questo senso, la definizione verrebbe individuata attraverso l'applicazione del cosiddetto *victim test*, secondo il quale la dignità viene in rilievo quando vi è effettivamente una vittima e, dunque, quando la stessa è stata violata.

²⁵² *Ibidem*, pagg. 207 e segg.

si conciliano l'un l'altro²⁵³. Uno degli aspetti più significativi dei concetti confliggenti di dignità riguarda il rapporto che quest'ultima ha con il diritto alla riservatezza²⁵⁴ e che verrà approfondito nel prosieguo²⁵⁵. Ma anche quest'ultimo rapporto, come comprensibile, coinvolge i temi della libertà e dell'eguaglianza.

La soluzione probabilmente più opportuna per tentare di conciliare al meglio i capisaldi della dignità, della libertà e dell'eguaglianza, resta la ragionevole menzionata figura del triangolo (costituzionale) dove l'una non esclude l'altra. Al contrario, ogni singolo elemento ad ogni vertice del triangolo viene valorizzato, seppure in modo ed in misura differente a seconda dell'ordinamento che lo adotti. Ma nessuno dei tre capisaldi viene comunque eliminato dal sistema²⁵⁶.

La ragione per cui la dignità occupa un posto centrale nel sistema giuridico è rappresentata dal fatto che risponde ad una istanza morale²⁵⁷. Essa infatti opererebbe quale vincolo morale sulle azioni degli individui e delle istituzioni²⁵⁸.

Nell'interpretazione che i giudici si trovano ad effettuare della dignità, sorgono generalmente tre questioni fondamentali. L'una, considerata sostanziale, riguarda la sua definizione quale elemento di garanzia dei diritti umani e dunque quale condizione perché gli individui esercitino in autonomia i propri diritti. La seconda questione ha piuttosto carattere distributivo e riguarda i soggetti detentori di dignità – per la verità a questa domanda è ora semplice rispondere, poiché la dignità umana è garantita a ciascuno da vari documenti giuridici a livello internazionale e regionale –. La terza questione ha invece natura autoritativa ed ambisce a rispondere al perché ciascuno debba agire nel rispetto dell'altrui dignità²⁵⁹.

Tuttavia, pur in presenza di questioni che uniformano l'approccio alla considerazione della dignità, le teorie che cercano di definirla restano comunque diverse, perché le suddette domande ricevono risposte differenziate a seconda dell'ordinamento e del giudice cui vengono poste²⁶⁰.

²⁵³ N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law, cit.*, pagg. 208-209.

²⁵⁴ J.Q. Whitman, "Human dignity" in *Europe and the United States: the social foundations, cit.*, pag. 108; N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law, cit.*, pag. 210.

²⁵⁵ V. cap. I.XII. *infra*.

²⁵⁶ Si v. S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism, cit.*

²⁵⁷ M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity, cit.*, pag. 32.

²⁵⁸ P. Capps, *Human dignity and the foundations of international law, cit.*, pag. 104.

²⁵⁹ *Ibidem*, pagg. 108-109.

²⁶⁰ F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo, cit.*, pagg. 48-49 e pag. 51.

È pacifico dunque che, sebbene la dignità sia generalmente riconosciuta come principio, non sia possibile fornirne una definizione universalmente valida²⁶¹. Secondo Aldergrove, ad esempio, la dignità sarebbe una “scatola vuota” da riempire di connotazione in base alle interpretazioni effettuate nei casi concreti²⁶², e potrebbe addirittura trasformarsi progressivamente di pari passo con le esigenze della società in cui è garantita, proprio per far fronte a richieste di dignità ulteriori e differenti nel tempo²⁶³. A maggior ragione, ciò vale in una società quale quella moderna, in cui le nuove tecnologie la fanno da padrone e lo scopo dei sistemi sociali, e di conseguenza anche giuridici, è quello di assecondare lo sviluppo della tecnologia e della società stessa, pur tentando di non creare situazioni di svantaggio per gli individui o per alcuni soggetti su altri²⁶⁴.

In questo senso, la dignità sarebbe un concetto “flessibile”²⁶⁵. Tale flessibilità si adatterebbe tanto più al principio del triangolo su cui potrebbero incardinarsi gli ordinamenti: si tratta infatti di una caratteristica che consente alla nozione di dignità di mallearsi in base alle esigenze della società e non di soccombere, bensì di crearsi e modularsi, nonché di compensarsi con i concetti di libertà e di eguaglianza²⁶⁶.

Sulla base di tale intendimento bisognerebbe però riconoscere altresì che, una volta che si decida di assumere la figura del triangolo, non si potrà eliminare uno dei tre vertici riducendolo alla mera libertà e alla mera eguaglianza. La dignità dovrà infatti restare un concetto a fondamento di qualsiasi nozione di diritto fondamentale si voglia offrire e dovrà comunque colorare i concetti più ampi di autonomia e di personalità, cosicché sia così direttamente connesso alla libertà. Ma dovrà del pari connotare la definizione del rispetto reciproco e paritario, per essere connesso alla definizione di eguaglianza²⁶⁷. Libertà ed eguaglianza sono infatti, entrambi, aspetti

²⁶¹ G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, cit., pagg. 224 e segg.; L. Chieffi, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, cit., pag. 5.

²⁶² Aldergrove citato in G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, cit., pag. 227.

²⁶³ L. Chieffi, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, cit., pag. 6.

²⁶⁴ *Ibidem*, pag. 8.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Non è solo Baer a sostenere questa teoria poiché, seppure non utilizzando la figura geometrica del triangolo, il rapporto costante tra dignità, libertà ed eguaglianza viene considerato altresì in modo esteso ed approfondito da S. Rodotà in *La rivoluzione della dignità*, cit., per il quale addirittura la dignità non sarebbe né un diritto fondamentale, né un principio o una norma alla base di altri principi o diritti, bensì rappresenterebbe una mera integrazione di altri principi già consolidati (pagg. 37 e segg.).

²⁶⁷ S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit., pagg. 455 e segg.

del riconoscimento dell'esistenza di un individuo e non sarebbero principi confliggenti, così come la stessa dignità non può confliggere con questi in quanto li integra e sostiene allo stesso tempo, se viene identificata estensivamente quale modo onorevole di esistere²⁶⁸. Dunque, sebbene la definizione del concetto di dignità sia sfuggibile e non sia possibile individuarne uno universalmente condiviso, se si considera l'assioma di partenza dell'esistenza onorevole, il concetto si declinerà poi a seconda di quello che nei vari sistemi (prima di tutto sociali e in secondo luogo giuridici), sarà considerato e tutelato come onorevole. Vale a dire che la precisa nozione di dignità si connota così in base alle libertà e al livello di eguaglianza che una società e il corrispondente ordinamento giuridico tutelano e riconoscono come imprescindibili per una vita onorevole, dove sia lo stesso individuo a scegliere in autonomia²⁶⁹. Quest'ultima, in particolare, dovrà essere considerata quale libertà da esercitare o da vedersi tutelata in caso di sua violazione e quale eguaglianza da pretendere rispetto ad altri individui.

Peraltro, esempio emblematico dell'integrazione reciproca dei diritti si può osservare proprio nell'eguaglianza che, in ragione della dignità, non si traduce in simmetria tra individui, bensì nel diritto ad essere differenti e liberi da subordinazioni. Ed in ragione della libertà, l'eguaglianza diventa il pretesto per esercitare diversamente le proprie libertà e non vedersene violate o diminuite²⁷⁰.

Alla luce di tutto ciò, quindi, si potrebbe anche eludere il preciso concetto di dignità umana dando comunque per presupposto che esso sia effettivamente esistente, seppure in astratto. Certo è che, nonostante si dia per assodata l'esistenza di un concetto universalmente valido di dignità, al contrario, se questa sia stata in qualche modo violata si ha pressoché la certezza che la dignità esista²⁷¹. Per comprendere quale sia la modalità di trasgressione, diventa essenziale considerare se e in che misura una qualche libertà o il principio di eguaglianza siano stati violati²⁷², perché spesso le violazioni del diritto o del valore (a seconda dell'ordinamento che di volta in volta rappresenta il punto di osservazione) della dignità umana coincidono con

²⁶⁸ *Ibidem*, pag. 458.

²⁶⁹ *Ibidem*, pag. 449.

²⁷⁰ *Ibidem*, pagg. 467 e segg. L'autrice considera anche il rapporto tra la libertà e l'eguaglianza, sostenendo che mentre la seconda risponderebbe alla domanda sul chi stia godendo di una libertà, la prima risponderebbe invece alla domanda sul che cosa si stia godendo.

²⁷¹ Si v. la citazione di J.J. Rousseau «*la Joconde devenait une valeur à partir du moment où on l'avait perdu*», menzionato in S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 16.

²⁷² *Ibidem*, pag. 459.

altrettante violazioni della libertà o dell'eguaglianza fra individui, che sono protette dagli assetti costituzionali nazionali²⁷³.

Questa sarebbe perciò la dimostrazione del fatto che la dignità umana debba sempre essere considerata in connessione con la libertà e l'eguaglianza e che l'una presupponga l'altra, indipendentemente dall'importanza più o meno rilevante che l'una possa avere sull'altra. Ciò porterebbe dunque alla valutazione finale per cui, al fine di spiegare l'equilibrio costituzionale e individuare i concetti concreti, in primo luogo, della dignità e poi della libertà e dell'eguaglianza, sarebbe opportuno utilizzare la teoria del triangolo costituzionale.

Nella prospettiva di siffatto triangolo, ci si potrebbe chiedere allora perché mentre nella maggior parte delle costituzioni moderne siano riconosciute la libertà e l'eguaglianza, al contrario, la dignità non venga per lo più menzionata. La domanda è lecita, ma troverebbe una risposta molto semplice sulla base della suddetta teoria, poiché la dignità, indipendentemente dalla sua esplicita menzione, funge da sostrato e fondamento che consente l'edificazione di tutto il contenuto dell'apparato costituzionale considerato. E nel contenuto di quest'ultimo rientreranno sia la libertà, sia l'eguaglianza²⁷⁴. In questo senso, secondo Rodotà, la costituzionalizzazione stessa della persona porta ad una considerazione esclusiva della libertà e dell'eguaglianza, tale per cui il legislatore deve prendersi carico della creazione di un quadro normativo che consenta il dialogo tra la libertà e l'eguaglianza²⁷⁵.

Perciò la Carta dei diritti fondamentali, come sostenuto da parte della dottrina, sarebbe uno degli elaborati del costituzionalismo esplicito più moderni e rispondenti alle esigenze attuali. Paradossalmente, la Carta non ha formalmente ed espressamente valore di costituzione, proprio perché l'ordinamento UE non è formalmente dotato di una costituzione scritta²⁷⁶. Ad ogni modo, sebbene non

²⁷³ In tal senso, si v. F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 84.

²⁷⁴ *Ibidem*, pag. 440.

²⁷⁵ Evidentemente, l'inserimento esplicito della dignità nel contesto normativo-costituzionale rappresenterebbe l'innovazione più significativa di un ordinamento giuridico (così come è accaduto per la Carta dei diritti fondamentali). S. Rodotà, *La Rivoluzione della dignità*, cit., pag. 13.

²⁷⁶ *Contra*, si v. però le teorie secondo le quali la caratteristica costituzionale dell'ordinamento dell'UE si sarebbe via via formata implicitamente e, allo stato attuale, sarebbero i Trattati sull'Unione europea e sul Funzionamento dell'Unione europea, insieme alla Carta dei diritti fondamentali, a rappresentare una sostanziale costituzione scritta.

formalmente carta costituzionale, la Carta dei diritti fondamentali rappresenta in concreto ciò che è stato testé citato come valore aggiunto dell'ordinamento UE²⁷⁷.

Si conclude dunque il presente paragrafo con quello che rappresenterà uno dei presupposti della presente tesi, vale a dire quello per cui, sebbene non precisamente definita, la dignità umana non è indeterminata e «trova il luogo della sua determinazione nella persona»²⁷⁸ che a propria volta, grazie alla dignità, è dotata di intelligenza individuale e autodeterminazione nella scelta di quale libertà esercitare e di quale tipo di eguaglianza pretendere²⁷⁹.

L'apoteosi della determinazione della dignità si verificherebbe dunque nella casistica, in particolar modo quando essa venga fatta valere dinanzi ad un'autorità giurisdizionale²⁸⁰.

In sintesi, la dignità non è un concetto definito, ma resta un concetto definibile grazie alla sua considerazione (spesso giurisprudenziale) congiunta a quella della libertà (e dunque dei vari diritti) e dell'eguaglianza (che a proprio modo rappresenta un diritto fondamentale ed una serie di altri conseguenti diritti).

In virtù del suo riconoscimento a livello UE quale diritto fondamentale, base degli altri diritti fondamentali, ha ora pienamente titolo per essere esplicitamente parametro di bilanciamento²⁸¹, perché manifesta «la volontà di tradurre il valore della dignità umana in ... figure sostanziali»²⁸². Proprio perché passibile di

²⁷⁷ V. par. I.VI. *supra*.

²⁷⁸ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., pag. 29.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ A tal riguardo, va fatto però presente che, secondo Dubuot, quando i giudici, soprattutto UE, siano chiamati ad interpretare la dignità in modo separato e autonomo rispetto ad altri concetti, la applicano comunque con attenzione e molta prudenza per una serie di motivi. In sintesi, queste ragioni sarebbero rappresentate dal fatto che: la nozione di dignità, essendo piuttosto vaga, potrebbe essere interpretata in modo banale (in tal senso, v. anche F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 58) e dunque il termine stesso verrebbe privato della sua importanza; oppure diverrebbe un concetto socialmente pericoloso poiché a volte richiederebbe anche l'applicazione di una morale che può variare all'interno di uno stesso ordinamento a seconda del giudicante. Prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, un secondo ordine di motivi riguardava il rischio di generalizzare conflitti di leggi di Stati membri diversi (si v. anche G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, cit., pag. 106) in cui la dignità talvolta era prevista a livello costituzionale, talvolta no. Probabilmente non è un caso che una delle rare sentenze in cui la Corte di giustizia (ci si riferisce alla sentenza *Omega* sopra citata - nota 205 e nota 207) consideri il parametro della dignità e sia sorta da una pregiudiziale proprio di un giudice tedesco, Stato in cui la dignità è tuttora riconosciuta come diritto assoluto. V. E. Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pagg. 92 e segg.

²⁸¹ E limite di altri diritti. V. in tal senso, D. Shulziner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, cit., pagg. 470 e 487.

²⁸² S. Panunzio, citato in F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 87.

bilanciamento con altri diritti, difficilmente potrà considerarsi come diritto assoluto. Sarà dunque più opportuno ravvisare un diritto alla dignità umana che sia relativo²⁸³, pur riconoscendogli la completa supremazia sugli altri diritti fondamentali e lo scopo ideale per cui la vita degna può sempre migliorare anche attraverso la tutela giuridica di diritti fondamentali²⁸⁴.

Più che una ricerca sulla definizione del suo concetto, è dunque più utile una ricerca di modelli interpretativi della dignità umana, quale quella affrontata nei paragrafi precedenti del presente capitolo²⁸⁵.

I.XI. L'ordinario funzionamento del mercato ed i suoi effetti sulla dignità

Come precedentemente chiarito, prima che ne fosse tentata una qualunque definizione e che fosse riconosciuta come un diritto, sotto il profilo storico, la dignità è sempre stata considerata come un valore che, in quanto tale, potrebbe parzialmente essere passibile di valutazione economica, poiché, secondo parte della dottrina, a livello empirico essa si potrebbe qualificare come un fattore idoneo ad influenzare la sfera culturale e, di conseguenza, quella giuridica, avendo perciò un eventuale indiretto impatto economico²⁸⁶. Del resto, come ricordato precedentemente²⁸⁷, la dignità difficilmente potrà non considerarsi come un diritto relativo e pertanto la stessa dovrà essere necessariamente oggetto di un qualche bilanciamento. Dal momento che quest'ultimo interessa prevalentemente interessi (anche economici) contrapposti, il bilanciamento tra la dignità come concetto di natura relativa ed interessi diversi sarà strumento utile a comprendere la dinamica valoriale economica dei diritti fondamentali, che nei sistemi costituzionali contemporanei rappresentano i controlimiti, *inter alia*, dei poteri del mercato²⁸⁸.

²⁸³ Sulla natura assoluta o relativa del diritto alla dignità riconosciuto dall'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali, v. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., pagg. 21-23.

²⁸⁴ C. Dupré, *The Age of Human Dignity*, cit., pagg. 30-31.

²⁸⁵ F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., pag. 84.

²⁸⁶ S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, cit., pagg. 163 e segg.

²⁸⁷ V. par. I.X.

²⁸⁸ S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, cit., pagg. 163 e segg.

Tuttavia, secondo quella parte della dottrina che segue la teoria di stampo schmittiano sul valore e sulla dignità, questi ultimi sarebbero tra loro incompatibili e perciò inaccostabili in una sola definizione, poiché il valore in termini economici si riferirebbe alle cose, mentre la dignità alle persone e, di conseguenza, se si considerasse la dignità come un valore, si dovrebbe altresì considerare la persona come dotata di valore economico.

Ad ogni modo, la suddetta tesi potrebbe non essere del tutto errata se si analizza il contesto dei dati personali, per il fatto che questi ultimi sono considerati alla stregua di un vero e proprio bene economico e non di rado accade che diventino merce di scambio²⁸⁹. Sulla base di queste ultime considerazioni, si potrebbe dunque ipotizzare che non sarebbero né la persona, né la sua dignità, ad essere dotate di valore economico. Piuttosto, ad essere economicamente apprezzabili sarebbero quei beni appartenenti alla persona in quanto tale, non rientranti nella categoria dei beni materiali, bensì di quelli immateriali. Potrebbero persino definirsi quali beni nuovi²⁹⁰ poiché assolutamente peculiari ed inerenti alla persona, proprio in quanto essere umano. Per quanto si vaglierà nello sviluppo di questa ricerca, si osserverà che i dati personali rientrano perfettamente nella categoria dei beni nuovi, personali ed immateriali di cui sopra.

Dunque, se si stima che esista una stretta connessione tra la dignità (umana – in quanto propria di tutti gli esseri umani) e i dati personali (appartenenti e inerenti alla persona in quanto tale)²⁹¹, si può osservare come le logiche di stampo economico possano ben incidere sui dati personali e dunque, indirettamente, sulla dignità. Alla luce dell'impatto che i parametri economico-valoriali possono avere (anche se di riflesso) sulla dignità, quest'ultima si connota e può essere definita. Certamente, i parametri valoriali attraverso i quali si forgia la definizione di dignità sono mutevoli nel tempo e nelle società. Analogamente, mutevoli sono anche le concezioni di dignità, che se valutata in contesti diversi può rappresentare la cartina al tornasole del livello di garanzia dei principi fondativi degli ordinamenti costituzionali moderni²⁹².

²⁸⁹ V. cap. III.I *infra*.

²⁹⁰ V. cap. III *infra*.

²⁹¹ La questione sarà oggetto di esame, *inter alia*, al cap. I.XII. ed al cap. II.I.

²⁹² S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, cit., pagg. 169 e segg.

In ragione di quanto poc'anzi descritto e scostandosi dalla menzionata dottrina per cui la dignità, in quanto inerente alla persona, non potrebbe assumere un valore economico, si potrebbe invece seguire quell'altra teoria per cui detto valore sia un concetto da poter essere propriamente utilizzato in economia, sebbene non in termini di quantità o di valore meramente numerico ed economico. Di tal sorta, il suo utilizzo si presterebbe ad esaminare meglio come la stessa possa avere un ruolo nell'esercizio dei diritti economici²⁹³. Dimostrazione ne è il fatto che l'articolo 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma che «[o]gni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»²⁹⁴. Dimostrazioni ulteriori ne sono le costituzioni moderne che utilizzano la dignità per arricchire le garanzie fornite a certi diritti²⁹⁵. *Probatio diabolica* del collegamento, seppur rischioso, tra dignità ed economia è rappresentata dall'articolo 41, comma 1, della Carta costituzionale italiana per cui «[l]'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Orbene, come chiarito, per parte della dottrina, l'Europa sarebbe quella regione (geopolitica) del mondo con il più elevato riconoscimento di libertà e diritti²⁹⁶.

Perciò, nonostante l'UE, negli anni, abbia imparato a riconoscere un posto d'onore ai diritti e alle libertà fondamentali e sia infine giunta a proteggere la dignità umana come la prima dei diritti fondamentali dell'omonima Carta, v'è da dire che si riscontra comunque un rapporto conflittuale tra la dignità stessa e le libertà economiche. Spesso diventa infatti difficile conciliare le due esigenze di tutela della dignità, da un lato, e di raggiungimento degli obiettivi economici, dall'altro. Il

²⁹³ Per approfondimenti, si v. M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, cit., pagg. 492-497.

²⁹⁴ *Ibidem*, pag. 497.

²⁹⁵ Per citarne alcuni, si leggano l'articolo 25 della Carta dei diritti fondamentali «[l]'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale», nonché l'articolo 31, paragrafo 1, che prevede «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Si veda altresì l'articolo 36, comma 1, della Costituzione italiana per cui «[i]l lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

²⁹⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 28.

tentativo di conciliazione di siffatte necessità non può comunque che avvenire ad opera del giudice, poiché il conflitto tra questi due capisaldi emerge quando viene presa in considerazione la tutela (vale a dire quando si stima che l'una o gli altri siano stati violati) e, dunque, la rispettiva definizione giuridica²⁹⁷.

Da un lato, infatti, vi starebbe la dignità che mette in rilievo l'integralità della persona umana, mentre dall'altro lato le libertà economiche considererebbero l'essere umano solo in quanto agente di produzione, distribuzione e consumo e, pertanto, di guadagno economico²⁹⁸. Si staglierebbe chiara all'orizzonte la prospettiva umanistica in contrasto (o in conflitto) con quella mercantile che ha connotato, almeno inizialmente, la creazione dell'Unione europea.

In realtà, secondo Durand, la dignità e le libertà economiche, pur determinando conflitti, non sarebbero concetti totalmente contrapposti. Essi difatti si baserebbero sul postulato comune del riconoscimento dei diritti fondamentali²⁹⁹. Si pensi alla sola Carta dei diritti fondamentali che riconosce, *inter alia*, anche la libertà d'impresa (articolo 16)³⁰⁰ e il diritto di proprietà (articolo 17)³⁰¹. Di converso, la dignità avrebbe la stessa valenza giuridica delle libertà economiche, ma ne costituirebbe una sorta di limite, in quanto protegge i diritti sociali ed economici dei singoli individui che, in un modo o in un altro, possono essere pregiudicati dall'esercizio di attività economiche illegittime³⁰². Dunque, essendo i diritti fondamentali essenzialmente dei controlimiti al potere del mercato³⁰³ che l'apparato legislativo è tenuto a rispettare, tutto ciò si traduce nella conseguenza che la dignità sia (o dovrebbe essere) fondamento, certamente, ma soprattutto strumento dell'adozione e della successiva realizzazione delle politiche, in special modo di quelle UE³⁰⁴.

²⁹⁷ M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, cit., pagg. 204 e segg.

²⁹⁸ *Ibidem*, pagg. 208 e segg.

²⁹⁹ *Ibidem*, pag. 210.

³⁰⁰ «È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

³⁰¹ «1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta».

³⁰² M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, cit., pag. 210.

³⁰³ S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, cit., pag. 164.

³⁰⁴ M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, cit., pag. 211.

In questo senso, proprio quando si assume che la realizzazione delle politiche non rispetti la dignità umana, il giudice, soprattutto dell'Unione e nel contesto di cui ci si sta occupando, diviene interprete e bocca della legge, acquisendo così ampio margine di apprezzamento significativo³⁰⁵.

Nell'ottica del sopra esaminato triangolo costituzionale, non solo la dignità, ma anche la libertà e l'eguaglianza (nelle loro rispettive diverse declinazioni) detengono un ruolo come strumenti di realizzazione delle misure normative con riguardo al contesto di mercato. Difatti, ad esempio nel caso di un rapporto contrattuale tra individui che vede una certa disparità contrattuale tra le parti che dovrebbero poter esercitare diritti sostanzialmente bilanciati, interverrebbero proprio i diritti fondamentali a fare da contrappeso e, in un certo senso, anche da ostacolo³⁰⁶. Tutto dipende comunque dalla concezione che gli individui, parti contrattuali nel caso di specie, possano avere della dignità. In effetti, guardando alla dignità come un valore (a conferma della suesposta teoria)³⁰⁷ sarebbe difficile non considerarla in un'ottica di scambio. Di tal sorta, la questione essenziale non sarebbe quella di rispondere alla domanda su cosa e quanto si sia disposti a scambiare, ma piuttosto su cosa e quanto *non* si sia disposti a scambiare. Solo così la dignità assumerebbe un margine di indisponibilità e, dunque, di absolutezza ed intangibilità, la cui misura non è però assoluta per tutti gli individui³⁰⁸. La misura dell'absolutezza del diritto alla dignità varierebbe dunque in base all'individuo che lo detiene. E così si tornerebbe a disporre di un diritto che, benché assoluto nella teoria, rimarrebbe relativo e flessibile nella pratica di chi lo detiene e di chi lo giudica. Il giudizio è l'esito dell'attività di bilanciamento giuridico di principi – almeno nella prassi – contrapposti, la cui attività di ponderazione avviene sulla scorta di un assetto di valori esterni al medesimo contesto giuridico³⁰⁹.

Tra i principi oggetto di riflessione da parte del giudice non devono essere compresi esclusivamente quelli relativi alla logica strettamente umanistica, ma anche quelli di natura più mercantilistica, se questi siano tutelati alla stregua di libertà fondamentali. Così, la dignità si collegherebbe ad altri diritti fondamentali e il

³⁰⁵ *Ibidem*, pagg. 211 e segg.

³⁰⁶ S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, cit., pag. 450.

³⁰⁷ V. par. I.X. *supra*.

³⁰⁸ S. Lieto, *Dignità e "valore" tra etica, economia e diritto*, cit., pag. 179.

³⁰⁹ *Ibidem*, pag. 167. Il concetto di dignità, ad esempio, richiamerebbe varie considerazioni inerenti alla morale.

controllo giurisprudenziale avverrebbe principalmente sulla compatibilità dell'attività imprenditoriale e di mercato con la dignità umana³¹⁰.

È peraltro interessante ciò che sostengono alcuni autori quando affermano che la dignità viene utilizzata soprattutto in tempi di crisi economica³¹¹. Dupré afferma infatti che la dignità, anche qualora ci si trovi in tempi di crisi costituzionale, sia necessaria come valore protettivo e potenziale del costituzionalismo stesso, soprattutto se, sotto questo aspetto, viene considerato l'ordinamento giuridico europeo³¹².

Orbene, vero è che, almeno in un primo momento, il riconoscimento dei diritti genererebbe quasi certamente diseconomie³¹³, tuttavia gli stessi diritti già riconosciuti – con difficoltà – in quel frangente, potrebbero essere la soluzione di una crisi economico-costituzionale, come quella che l'UE ha vissuto e sta vivendo nel corso dell'ultimo decennio. Perciò, la dignità quale *primus inter pares* (o quasi *pares*) potrebbe avere il pregio di rappresentare la chiave di svolta di una crisi generalmente considerata, che, per quanto concerne i fini di questa ricerca, riguarda la tutela delle informazioni personali e la loro utilizzabilità a fini economici. Certo, tale utilizzo potrebbe avvenire solo nel rispetto di limiti giuridici ben calibrati, posto il rango di importanza riservato alla tutela dei dati personali³¹⁴, cosicché le informazioni non siano trattate e usate per scopi illeciti o comunque superflui.

I.XII. Il collegamento tra la dignità e la tutela dei dati personali: considerazioni preliminari sulla dignità come identità

Sull'analisi della natura fondamentale del diritto alla dignità ci si è sufficientemente soffermati nei paragrafi precedenti, mentre si approfondirà l'esame sulla tutela della privacy e, più specificamente dei dati personali, nel capitolo seguente³¹⁵.

³¹⁰ Si v., a titolo d'esempio, la vicenda *Omega*, citata nel cap. I.VIII. *supra* alla nota 212 e, pure, S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, *cit.*, pag. 27.

³¹¹ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, *cit.*, pag. 24.

³¹² C. Dupré, *The Age of Dignity*, *cit.*, pagg. 192-193.

³¹³ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, *cit.*, pag. 12.

³¹⁴ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, *cit.*, pag. 239 segg.

³¹⁵ V. cap. II.

A questo punto, sembra però opportuno anticipare qualche considerazione sul rapporto che, secondo parte della dottrina, potrebbe verosimilmente esistere tra i due diritti fondamentali.

È certamente possibile (come si vedrà *infra*) dare per assodato che la privacy e i dati personali detengano da anni, almeno nel sistema UE, una tradizione di tutela di lunga data³¹⁶.

Mentre si esaminerà più avanti il concetto di privacy e, dunque, del dato personale che richiede protezione, è necessario premettere sin d'ora che la dottrina ha ritenuto che tra la dignità e la privacy vi sia un legame particolarmente stretto, tale da giungere addirittura a considerare la seconda come una delle accezioni o connotazioni della dignità³¹⁷.

Invero, la dignità avrebbe a che fare con le nozioni di autonomia, di privacy³¹⁸, di autodeterminazione e di integrità, considerate sia singolarmente che congiuntamente³¹⁹, con riguardo alle quali l'ordinamento giuridico avrebbe un doppio onere di rispetto e tutela, vale a dire un dovere negativo di non interferire e un dovere positivo di adottare misure adeguate perché la dignità (e tutto ciò che ne consegue, dunque autonomia, privacy, autodeterminazione e integrità) non sia violata dall'ordinamento stesso o da terzi³²⁰.

Barak sarebbe invece giunto a ricollegare alla dignità il concetto più generale di umanità (proprio perché la dignità è umana e riconosciuta in quanto tale dalle carte giuridiche internazionali, regionali e nazionali, come visto in precedenza)³²¹. Di conseguenza, sarebbe più facile ritenere che la dignità rappresenti sostanzialmente la libertà di scelta degli esseri umani, e dunque l'autonomia della propria volontà³²².

³¹⁶ Per un approfondimento, in particolare, della tutela dei dati personali nell'UE, si v. il commento all'articolo 8 proposto in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary, cit.*, pagg. 237 segg.

³¹⁷ Come si è visto *supra* – cap. I.VII. – la dignità non ha infatti una sola nozione universalmente valida, ma si può definire mediante il riferimento a situazioni pratiche in cui può ritenersi che la stessa sia stata o possa essere violata. Sulla accezione di dignità come privacy, si v. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary, cit.*, pag. 18.

³¹⁸ In tal senso, si v. anche F. Panagopoulou-Koutnatzi, *Facebook as a challenge to privacy*, in M. Bottis (cur.), *Privacy and Surveillance, Current aspects and future perspectives*, Nomiki Bibliothiki, 2013, pag. 216.

³¹⁹ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary, cit.*, pag. 18.

³²⁰ *Ibidem*, pag. 20.

³²¹ Inoltre, per Barak, la dignità umana quale valore costituzionale significherebbe proprio l'umanità di ciascuna persona in quanto essere umano. A. Barak, *cit.*, pag. 363.

³²² *Ibidem*.

Così la dignità, in quanto autonomia della volontà e capacità e possibilità di autodeterminarsi, forgia la stessa figura umana, creando quella sfera di identità che è propria di ogni singolo individuo e che gli è esclusiva³²³. Poiché siffatta identità, non potendo che essere personale ed esclusiva ad ogni individuo, si collega ad una serie di diritti, che *inter alia* dalla dottrina italiana vengono riconosciuti come diritti personalissimi riconosciuti al soggetto sin dalla nascita e anche prima dell'acquisizione della capacità di agire, la stessa, attraverso l'esercizio dei suddetti diritti, dovrà rimanere integra e non subire lesioni. In questo senso, la dignità è strumento importante per comprendere quale sia l'integrità dell'identità umana e se sia necessario restaurarla qualora sia stata lesa³²⁴.

Il collegamento poi tra l'identità umana e la privacy, nel settore più specifico della tutela dei dati personali, non ha bisogno di ampie spiegazioni. I dati si intendono personali proprio perché inerenti ad una persona umana, esattamente come la dignità è umana poiché appartiene agli esseri umani. Proprio in quanto personali, è necessario che i dati ricevano una maggiore protezione rispetto a categorie generiche di informazioni. Sebbene paragonati a beni personali ed immateriali, i dati sono inerenti alla persona e le appartengono nella stessa misura in cui l'individuo è dotato, per voler seguire la definizione del codice civile italiano, di un nome, di un cognome e di un'immagine³²⁵, che devono essere altrettanto tutelati.

Pertanto, seguendo la tesi sopra esposta per cui la nozione di dignità potrebbe spiegarsi anche attraverso la corrispondenza alla privacy, se nel più vasto concetto di privacy si comprendono anche i dati personali e la loro tutela, si osserva come un'eventuale lesione dei dati personali sia altresì lesione della dignità³²⁶.

Malgrado gli atti normativi UE che disciplinano il trattamento dei dati personali non riportino l'espressione dignità³²⁷, la dottrina, così come le autorità competenti,

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità, cit.*, pag. 33.

³²⁵ Si vedano gli articoli 6, 7, 8, 9 e 10 del Codice civile.

³²⁶ F. Panagopoulou-Koutnatzi, *Facebook as a challenge to privacy, cit.*, pag. 216.

³²⁷ Diversamente invece nel codice italiano in materia di protezione dei dati personali, che vi fa riferimento espresso, ad esempio, all'articolo 2 sulle finalità del trattamento che deve svolgersi nel rispetto della dignità dell'interessato, o ancora all'articolo 17 sul trattamento di dati che presenta rischi specifici o all'articolo 24 che disciplina i casi in cui il trattamento di dati personali può avvenire senza il consenso dell'interessato. Il richiamo alla dignità è tuttavia presente anche in altre disposizioni dello stesso codice. V. Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (testo consolidato), GU n. 174 del 29 luglio 2003, disponibile al sito <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2003-07-29&atto.codiceRedazionale=003G0218¤tPage=1>.

ritengono che, di fondo, la tutela della privacy e dei dati personali si basi essenzialmente sul rispetto della dignità umana³²⁸. Ogni violazione della riservatezza determinerebbe infatti una violazione della dignità umana³²⁹.

In particolar modo, la dottrina si è interrogata su cosa ne sarebbe del rapporto tra dignità umana e privacy laddove in gioco vi fosse la persona che utilizza le nuove tecnologie e che potrebbe quindi essere riconosciuta come una sorta di “persona digitale”³³⁰, la quale oltre a condurre una vita reale e “tangibile”, crea un profilo cibernetico lasciando tracce di ogni sua attività anche nel mondo della rete.

In particolare, tra gli studiosi, Rodotà si chiede se l’individuo digitale, dotato di un “corpo elettronico”, possa essere *homo dignus* così come lo è la persona umana³³¹. Ora, l’autore sottolinea che la Carta dei diritti fondamentali, all’articolo 3, riconoscendo il diritto all’integrità fisica e psichica di un individuo, sancisce contemporaneamente il divieto di trarre profitto dal suo corpo³³². Che ne sarebbe dunque del cosiddetto corpo elettronico? Risulterebbe altrettanto protetto nella sua integrità “digitale” e indirettamente quindi nella sua dignità? Ragionando per via analogica, si dovrebbe giungere ad una risposta positiva. Peraltro, sempre secondo Rodotà, per certi aspetti la dignità potrebbe essere collegata al principio di eguaglianza, quando il divieto della sua violazione è mirato ad evitare discriminazioni sociali, nel caso in cui la violazione dei dati personali implichi il trattamento di dati sensibili, che necessitano di una gestione ancor più delicata rispetto alle informazioni ordinarie a carattere personale³³³.

La caratteristica, forse più peculiare, della rete digitale è rappresentata dalla possibilità che viene data agli utenti di avere accesso e di utilizzare e sfruttare un’infinita quantità di informazioni in tempi ridottissimi ed in qualunque parte del globo, purché vi sia disponibilità di una connessione alla rete internet. Per di più,

³²⁸ Garante europeo per la protezione dei dati, parere n. 4/2015, pagg. 13 e segg.

³²⁹ F. Panagopoulou-Koutnatzi, *Facebook as a challenge to privacy*, cit., pag. 216.

³³⁰ Per la definizione di “persona digitale”, si v. R. Clarke, *The digital Persona and its Application to Data Surveillance*, in *The information society*, 1994, 10, 2, pagg. 77 segg, citato in S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., pag. 33; ancora si v. D. Solove, *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York University press, 2004.

³³¹ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., pag. 33.

³³² «Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani», articolo 3, Carta dei diritti fondamentali.

³³³ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., pag. 34.

l'opportunità di circolazione delle informazioni digitalizzate aumenta progressivamente in parallelo alla globalizzazione dei mercati³³⁴. Inoltre, da qualche anno a questa parte, di pari passo con il maggior utilizzo e la sempre maggiore accessibilità alle informazioni, del pari accresce l'importanza che ne viene percepita da parte degli utenti³³⁵.

La rete digitale facilita certamente la diffusione, la creazione e la circolazione di questi nuovi beni, che sono rappresentati dalle informazioni digitalizzate³³⁶. Ciò pone tuttavia questioni di tipo mercantilistico, poiché le reti digitali vengono sfruttate non solo dagli utenti privati, dagli individui che "lasciano tracce" ogni volta che utilizzano la rete, bensì anche da utenti per così dire commerciali, che fanno della rete un uso a scopo di profitto. Ci si riferisce qui a quelle società o a quei professionisti che sfruttano Internet per legittimi scopi economico-commerciali e che ambiscono a obiettivi di lucro economico³³⁷.

Come noto, anche l'iniziativa economica privata costituisce un diritto fondamentale riconosciuto altresì dalla Carta dei diritti fondamentali che all'articolo 16 recita: «[è] riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Si ricorda peraltro che anche la Carta costituzionale italiana, all'articolo 41, stabilisce che «l'iniziativa economica privata è libera». Quest'ultima non può però «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Poiché il ragionamento sull'integrità del corpo testé menzionato può applicarsi analogicamente anche all'integrità del corpo elettronico, di cui le informazioni personali farebbero parte, si ritiene che, parallelamente ed in via analogica, si possa proporre di applicare la tutela della dignità umana anche nel campo della libertà di

³³⁴ P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie*, cit., pag. 721.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Si pensi ai professionisti che pubblicizzano online la propria attività o rendono servizi di consulenza online, o ancora a tutte le società che svolgono attività, non necessariamente esclusiva, di commercio elettronico. Emblema dell'uso della rete a scopi di profitto sono poi i cosiddetti motori di ricerca, vale a dire quelle piattaforme informatiche che, grazie alla rete digitale e a algoritmi matematici molto complessi, riescono a rendere disponibili ai loro utenti i risultati relativi a ricerche effettuate praticamente in tempo reale relative ai termini di ricerca inseriti dall'utente stesso. Le società che gestiscono i motori di ricerca non si limitano tuttavia ad offrire questo servizio, ma traggono generalmente profitto grazie ai metodi pubblicitari che offrono (si pensi, ad esempio, al metodo di *Google Adwords*) e alle informazioni degli utenti che possono raccogliere grazie ai cosiddetti *cookies*. Per approfondimenti, si v., *inter alia*, P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie*, cit., 2006, 4-5, pagg. 621-634.

impresa qualora questa si svolga nel contesto digitale (e non in quello inizialmente concepito, ad esempio, all'entrata in vigore della nostra Carta costituzionale). A suffragio di tale proposta, ad esempio e come ricordato in precedenza, vi sarebbe la formulazione dell'articolo 41 della Costituzione italiana, secondo il quale la libertà dell'iniziativa economica privata può svolgersi al contempo dovendo tenere necessariamente conto delle esigenze di tutela dell'individuo, anche ed in particolare della dignità dello stesso. Da ultimo, la tesi qui esposta sarebbe altresì supportata dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, per il quale il libero esercizio dell'impresa deve essere subordinato al rispetto delle normative UE, tra cui innanzitutto la Carta dei diritti fondamentali ed il suo primo articolo che riconosce e tutela la dignità. A tal riguardo, a nulla vale la distinzione dell'esercizio di un'impresa commerciale tramite attività fisicamente o virtualmente individuabili, perché, di fatto, il profitto viene raggiunto allo stesso modo mediante ciascuno dei suddetti metodi.

Di tal sorta, prendendo ad esempio il sistema UE e quello italiano, si può affermare che sia nel primo, dove la dignità umana è formalmente riconosciuta come diritto fondamentale prima del riconoscimento della libertà fondamentale di impresa, sia nel secondo in cui la dignità umana costituisce un limite esplicito all'iniziativa economica privata, essa rappresenta un elemento che deve circoscrivere l'attività economica privata (anche digitale) laddove questa rischi di arrecare pregiudizio agli individui, in tale contesto, utenti della rete³³⁸.

Inoltre, se l'iniziativa economica privata è volta all'accumulo di profitto mediante la risposta alla domanda di offerta che viene presentata dai consumatori finali, si deve far presente che l'utente finale della rete, nel rispetto della propria dignità, non deve essere considerato quale "consumato"³³⁹, vale a dire, nel caso di specie, come individuo di cui si sfruttano l'identità e i dati personali, di modo da sottrarre gli stessi alla sua autonomia decisionale e alla sua consapevolezza³⁴⁰. Ciò accadrebbe quotidianamente, ad esempio, attraverso l'utilizzo da parte dei motori di ricerca di quel sistema di *autonomic computing* (un sistema di gestione autonoma dell'apparato informatico, senza intervento dell'uomo, consentita grazie ad un

³³⁸ V., anche, S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità, cit.*, pagg. 28 e segg.

³³⁹ Si v. B. Barber, *Consumati. Da cittadini a clienti*, Einaudi, 2010.

³⁴⁰ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità, cit.*, pag. 36.

complesso sistema di algoritmi e procedure automatiche)³⁴¹ che condiziona enormemente i processi decisionali dell'utente individuo e che lo porta a compiere determinate scelte, rispetto alle quali, tuttavia, sarebbe dubbia la completa autonomia dell'individuo utente e per cui sarebbe dubbio altresì il rispetto dell'integrità dell'identità dell'individuo stesso, nel momento in cui ci si renda conto che la spinta verso una determinata scelta da parte di soggetti terzi rispetto all'utente (come possono essere, ad esempio, i motori di ricerca) è stata consentita grazie alla raccolta (più o meno lecita)³⁴² di informazioni. Infine, alla luce di quanto poc'anzi affermato, sotto più profili, sarebbe dubbio il rispetto della dignità umana degli utenti coinvolti.

Premesso quanto sopra, la dottrina si interroga sulla possibilità che l'innovazione di pari passo con la globalizzazione, soprattutto dei mercati, possa comportare una minaccia, anziché un'opportunità³⁴³.

Orbene, volendo partire dal presupposto che è necessario riconoscere l'utilità delle nuove tecnologie, non solo per l'economia, ma anche e soprattutto per la gestione di qualsiasi altra attività umana, dalla conoscenza allo studio, alla possibilità di avere accesso alle istituzioni in modo più rapido ed efficiente, tanto da rendere l'accesso a Internet un diritto fondamentale³⁴⁴, si deve rilevare che oggi giorno non

³⁴¹ V. definizione in M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del web. Casi e materiali*, Cedam, 2015.

³⁴² A tal riguardo, si veda, ad esempio, la vicenda che ha coinvolto il sito Change.org. Il 27 luglio 2016, il Garante italiano per la protezione dei dati personali ha aperto un'istruttoria nei confronti nei confronti della società Change.org Inc., che gestisce una piattaforma di campagne online e che si occupa di promuovere o consentire agli utenti di aderire a petizioni su temi di interesse attuale, in particolare di natura socio-politica. Gli utenti del sito possono aderire ad una petizione online apponendo una loro "firma" che vale a partecipazione, ma conferendo alla società Change.org Inc. una serie di dati personali che, secondo alcuni indizi, sarebbero stati utilizzati a scopi di profilazione degli utenti e, addirittura, ceduti a terzi. Il Garante italiano per la privacy si è mosso in considerazione del numero considerevole di utenti italiani coinvolti, della possibile comunicazione dei loro dati personali a terzi e del luogo di stabilimento dei database della società americana. Si v. il comunicato stampa, disponibile al sito <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5298730>.

³⁴³ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pagg. 66 e segg.

³⁴⁴ Si v. per esempio il riconoscimento già approntato a livello normativo da Finlandia, Estonia, Grecia. Il diritto di accesso a Internet viene garantito come diritto fondamentale anche dalla Dichiarazione dei diritti di Internet, adottata dalla Camera dei Deputati nel 2015. Si v. articolo 2, comma 3, che così prevede: «*Il diritto fondamentale di accesso a Internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete*». Inoltre, nell'UE la Direttiva 2002/22/CE poi modificata dalla Direttiva 2009/136/CE, ha reso obbligatorio per tutti gli Stati membri predisporre infrastrutture che garantiscano a tutti i loro cittadini un accesso a Internet. V. M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del Web*, Cedam, 2015, pag. 43.

sarebbe concepibile un mondo così globalizzato e, grazie alla conoscenza più accessibile e diffusa, forse anche più tollerante rispetto al passato³⁴⁵.

Peraltro, con l'introduzione di nuove tecnologie cresce l'esigenza di nuovi diritti, talvolta collegati a nuovi beni (come si è visto con riguardo alla tutela delle informazioni personali digitalizzate) e, negli ordinamenti in cui il loro bisogno è più percepito perché essi sono maggiormente coinvolti dallo sviluppo economico e scientifico, la creazione di siffatti diritti rappresenta una soluzione per cogliere appieno tutte le opportunità offerte dalle novità tecnologiche limitandone i rischi³⁴⁶. In sostanza, la possibilità di fare uso delle tecnologie, creando nuovi diritti o semplicemente determinando la necessità di esplicitarne e rafforzarne di già esistenti, contribuisce alla possibilità di esercitarne degli altri, dallo sviluppo della propria personalità alla libertà di iniziativa economica.

In ragione di tutto quanto descritto, dunque, se è vero che la rete digitale comporta potenziali pregiudizi della dignità umana, allo stesso tempo la può anche integrare ed enfatizzare, rendendo la conoscenza più accessibile all'utente, che dunque può arricchire la propria personalità.

Se ciò è vero, come anticipato, altrettanto importante è l'attività di limitazione dei rischi che l'utente può incontrare nell'esercizio dei propri diritti nel contesto digitale. Una circoscrizione di tal sorta, seppure complessa data la continua evoluzione delle nuove tecnologie, non può che essere normativa.

Inoltre, se nel contesto digitale la maggiore preoccupazione attuale è rivolta alla tutela dei dati personali che, circolando e venendo utilizzati impropriamente da soggetti terzi possono ledere la dignità del loro titolare, sarà necessario osservare i testi normativi che disciplinano il trattamento delle informazioni personali anche nel contesto attuale, nonché le implicazioni dottrinali e le pratiche che gli stessi hanno comportato.

A tal riguardo, si riscontra come l'ordinamento giuridico dell'UE rappresenti un esempio concreto del succitato contesto, in cui oltre all'esigenza di riconoscere

³⁴⁵ Si v., in tal senso, Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, nella traduzione di L. Bianchi, Feltrinelli, 1995. Il filosofo francese sostiene che «[i]l modo migliore per diminuire il numero dei maniaci, se ne rimangono, è di lasciare questa malattia dello spirito al regime della ragione, che illumina gli uomini lentamente, ma infallibilmente. Questa ragione è dolce, è umana, ispira l'indulgenza, soffoca la discordia, rinforza la virtù, rende gradita l'obbedienza alle leggi, più ancora di quanto la forza non le faccia osservare. (...) I tempi passati sono come se non fossero mai stati. Bisogna sempre partire dal punto in cui si è e da quello in cui sono giunte le nazioni», pag. 58.

³⁴⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pagg. 66 e segg.

espressamente diritti già esistenti (come il diritto alla dignità umana analizzato nel presente capitolo) e il diritto alla tutela dei dati personali, cui è stato conferito il rango di diritto fondamentale³⁴⁷, si è riconosciuta e disciplinata anche l'esigenza di creare una Europa digitale³⁴⁸.

Dopo aver analizzato come l'UE abbia optato di tutelare la dignità umana, nel prossimo capitolo sarà perciò utile esaminare come la stessa si confronti con il tema della tutela della privacy e dei dati personali, soprattutto nel settore delle nuove tecnologie e, in particolar modo, nei rapporti con gli Stati Uniti, uno dei Paesi terzi con cui l'UE intrattiene importanti rapporti commerciali.

³⁴⁷ Precedentemente all'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, oltre ad essere incluso nella Carta di Nizza, la circolazione e il trattamento dei dati personali era comunque disciplinato (seppure non ancora formalmente riconosciuto come diritto fondamentale nel sistema UE), in modo armonizzato, dalla direttiva 95/46/CE, successivamente modificata ed integrata da altri atti di diritto derivato.

³⁴⁸ Si vedano tutte le iniziative e le misure adottate nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea, che fissa obiettivi per la crescita nell'UE (si v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Un'agenda digitale europea, COM(2010) 245 def, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52010DC0245>) e del Mercato Unico Digitale (per approfondimenti, si v. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/the-strategy-dsm>) nel contesto della Strategia Europe 2020.

CAPITOLO II

LA PRIVACY E LA RISERVATEZZA DEI DATI PERSONALI

La tutela dell'individuo nel contesto digitale

II.I. La nozione di privacy

La condizione imprescindibile per comprendere lo sviluppo della presente ricerca è rappresentata da un esame circostanziato di ciò che la privacy rappresenta. Come osservato alla fine del primo capitolo, infatti, la riservatezza è strettamente collegata al concetto e all'affermazione della dignità umana. Inoltre, solo una volta intesa la privacy, sarà possibile capire come essa è e potrebbe essere tutelata, e quando la stessa venga violata e, di conseguenza, comporti una violazione della dignità.

Ora, nella maggior parte delle definizioni genericamente approntate è presente il termine “riservatezza”, che viene utilizzato come sinonimo di privacy o come strumento per fornirne una nozione più facilmente comprensibile. Tuttavia, non tutta la dottrina ritiene che privacy e riservatezza siano sinonimi, poiché la loro somiglianza verrebbe riscontrata solo sotto il profilo della tutela. Dunque, mentre per alcuni la tutela della privacy o della riservatezza stanno ad indicare la stessa cosa, per altri, da un lato, la privacy mirerebbe a predisporre le basi per esercitare la propria libertà di autodeterminazione e, dall'altro, la riservatezza riguarderebbe piuttosto la preferenza dell'individuo di evitare ingerenze altrui nella propria sfera personale³⁴⁹.

Nonostante l'esistenza di tale teoria minoritaria, si ritiene preferibile e condivisibile l'uso dell'espressione “privacy” come equipollente a quella di “riservatezza”.

³⁴⁹ E. Falletti, *La privacy: fra sfide alle tutele e bilanciamento dei diritti*, in E. Falletti (cur.), *L'integrazione attraverso i diritti*, Aracne Ed., 2010, pag. 296. Questa tesi potrebbe forse trovare ulteriore riscontro nella distinzione tra la definizione di privacy decisionale e di privacy informativa che si vedrà *infra* al cap. II.II.

Innanzitutto, la nozione di privacy si è sempre collegata alla necessità di mantenere privati certi elementi della propria esistenza, che a questo proposito la rende un bisogno innato³⁵⁰. Secondo alcuni, l'esigenza di mantenere riservati certi aspetti della propria vita sarebbe, addirittura, da ricollegarsi ad un istinto animale legato alla territorialità e alla necessità di salvaguardare lo spazio circostante per garantirsi la sopravvivenza³⁵¹. Detta teoria, a dire il vero difficilmente dimostrabile, giunge persino a definire la privacy come una caratteristica insita nel nostro patrimonio genetico³⁵². Tuttavia, certo è che i richiami alla privacy risalgono a tempi molto antichi. Invero, riferimenti alla riservatezza sono stati reperiti nel Codice di Hammurabi³⁵³, nella Bibbia³⁵⁴, nel Corano³⁵⁵, nel diritto ebraico³⁵⁶, nell'antica Cina³⁵⁷ e, inevitabilmente, nella Grecia classica.

La privacy avrebbe dunque radici remote. Ed è proprio partendo da queste origini che Arendt ha tentato di spiegare la privacy, mutuandone il concetto che di essa avevano adottato gli antichi greci. La filosofia del Novecento sostiene che essere dotati di privacy significhi letteralmente trovarsi in “una situazione in cui si sia stati privati di qualcosa”³⁵⁸. Pertanto, in detto contesto rileva l'accezione di privacy che si accosta al concetto di pregiudizio e che guarda quindi alle sue conseguenze negative, piuttosto che ad un elemento di arricchimento personale e di tutela. Arendt sostiene infatti che una vita che debba rimanere protetta e riparata da ingerenze esterne, qualsiasi esse siano, rimanga essenzialmente riservata. La riservatezza determinerebbe così uno stato in cui si è privati di elementi che, consapevolmente,

³⁵⁰ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, Studies in Intercultural Human Rights, Nijhoff, 2013, pag. 27.

³⁵¹ In tal senso, si v. A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 28 e autori ivi citati.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Il Codice di Hammurabi è un codice babilonese che risale a circa il 1772 a.C., che delinea una serie di principi guida per i cittadini di Babilonia nell'esercizio delle varie attività agricole, commerciali, terriere e contrattuali. Il riferimento alla privacy si ritroverebbe all'articolo 21 in cui si stabilisce che «[q]uando qualcuno apre un buco in una casa (apre per rubare), sia messo a morte davanti a quel buco e sepolto» (traduzione informale), citato in N.B. Lasson, *The History of Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution*, n. 5, Johns Hopkins Press, 1937, pagg. 14-15, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 29, nota 111. Si v. anche, D.J. Solove, *Nothing to Hide – the False Tradeoff between Privacy and Security*, Yale University Press, 2011, pagg. 4 segg.

³⁵⁴ V. nota 112 di A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 29.

³⁵⁵ In particolare, si v. il volume 1, libro 10, numero 509 nella Summa (Sahih Bukhari); il libro 20, numero 4727 (Sahih Muslim), il libro 31, numero 4003 (Sunan Abu Dawud). A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 29, nota 112.

³⁵⁶ J. Rosen, *The Unwanted Gaze: the destruction of Privacy in America*, Vintage, 2000, pag. 16.

³⁵⁷ Si v. C. Jingchun, *Protecting the Right to Privacy in China*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2005, 36.

³⁵⁸ D.J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008, pag. 80.

si sceglie di mantenere segreti. Eppure nella realtà degli antichi greci, alcuni di tali elementi inerenti la vita dell'individuo dovevano considerarsi essenziali. Tra questi, innanzitutto, la possibilità per gli individui di essere visti ed ascoltati da altri individui e la condivisione di esperienze e considerazioni tra gli appartenenti alla Comunità, rappresentava un caposaldo della società della Grecia antica, che si costruiva e consolidava proprio grazie all'intervento continuo degli uomini e delle loro riflessioni. In sostanza, secondo Arendt, il vedere tutelata la propria vita privata, si traduceva nell'essere allo stesso tempo privati (ma consapevolmente, perché di scelta personale si trattava) della possibilità di raggiungere qualcosa di più duraturo e significativo. In questi termini, si spiega come dalla condivisione all'interno della Comunità derivi la stima da parte degli altri individui, che perdura anche oltre la "mera" vita del soggetto stimato, il quale attraverso le sue esperienze ha contribuito a costruire la società. Dunque, nell'Antica Grecia la vita sociale si basava sull'interrelazione e sullo scambio tra gli uomini – ciò che la privacy avrebbe invece impedito e in ragione di cui sarebbe stata considerata come una sorta di minaccia per la Comunità e la solidarietà tra individui³⁵⁹.

Pertanto, inevitabilmente, secondo Rengel, nella realtà della Grecia classica risultava primario distinguere una sfera pubblica generalmente riconducibile alla fondamentale politica (*polis*), ed una sfera privata o domestica della famiglia (*oikos*)³⁶⁰. Tale distinzione tra *polis* e *oikos* è basilare per Aristotele, per esempio, il quale considera imprescindibile l'esistenza di una sfera pubblica e politica dove i cittadini risultano eguali e liberi, da un'altra, differente e contrapposta, rappresentata da una sfera privata che include piuttosto le relazioni di ineguaglianza, dipendenza e preoccupazione per la soddisfazione delle necessità della vita³⁶¹. A differenza dell'accezione piuttosto negativa di Arendt, quest'ultima visione della riservatezza di Rengel – che riprende Aristotele – pare più consona alla soddisfazione delle esigenze di riservatezza che permangono in ciascun individuo e che pare essere stata accolta dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla legislazione moderne come punto di partenza per riconoscere garanzie e fornire una tutela maggiore agli individui in quanto esseri umani.

³⁵⁹ D.J. Solove, *Understanding Privacy*, cit., pag. 80.

³⁶⁰ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 30.

³⁶¹ J.A. Swanson, *The Public and Private in Aristotle's Political Philosophy* 207 (1992), in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., 2013, pag. 30.

Analogamente, Locke ha preferito seguire una siffatta accezione positiva della nozione di riservatezza, riportandola ad un più affermato concetto di proprietà, grazie al quale egli ha individuato una sorta di “zona di privacy” come un modo per delimitare il potere dello Stato e di tutelare gli individui dall’arbitrario e indiscriminato esercizio del potere da parte delle autorità governative. Difatti, anche secondo Locke, in linea di principio esistono due ambiti contrapposti: quello pubblico e quello privato. Mentre il primo viene ricondotto ad una sorta di bene comune, di proprietà e dunque di uso di tutti, il secondo sarebbe rappresentato dal fatto che ciascuno possiede, quantomeno, un corpo, e questo può essere oggetto di proprietà privata³⁶² (e – si osa dire – anche di integrità dell’identità personale). Da tale nozione di proprietà privata prende quindi le mosse il concetto lockiano di privacy individuale³⁶³.

Anche in tempi più recenti la privacy si è comunque confermata come un concetto complicato da definire, perché coinvolge comportamenti e interessi non facilmente componibili. E tutte le varianti della definizione che fino ad ora risultano enucleate, resterebbero comunque insoddisfacenti: molti autori ritengono che la riservatezza sarebbe un bene intrinseco, intimamente collegato alle nozioni di rispetto per gli altri e per sé stessi. Ancora, per taluni di essi la privacy fungerebbe da strumento per tutelare la libertà e la personalità morale³⁶⁴, per altri sarebbe un interesse della personalità dell’individuo e proteggerlo significherebbe proteggere la sua personalità, indipendenza, dignità e integrità³⁶⁵. Dunque, per riassumere gli orientamenti descritti fino a questo punto, la privacy sarebbe quella sfera della vita che gli individui mantengono per sé stessi e che desiderano mantenere ristretta e preclusa agli estranei, poiché essa è intrinsecamente funzionale alla salvaguardia del senso che ognuno ha di sé³⁶⁶.

³⁶² Si v. J. Locke in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 30.

³⁶³ È opportuno rilevare che un’ulteriore definizione di privacy è stata fornita sempre grazie alla contrapposizione tra ambito pubblico e privato da John Stuart Mill nel suo saggio *On Liberty*. Quest’ultimo ha riconosciuto che la libertà dell’individuo deve essere limitata per non causare pregiudizi agli altri individui e, dunque, anche alla loro privacy. Si v. J.S. Mill, *On Liberty*, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 30, nota 118.

³⁶⁴ J. Remain, *Privacy, Intimacy and Personhood*, in *Philosophical Dimensions of Privacy*, 2007, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 32, nota 132.

³⁶⁵ E.J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Review*, 1964, 39, pagg. 962-971.

³⁶⁶ V. R.S. Gerstein, *Intimacy and Privacy*, in *Ethics*, 1978, 89, pagg. 79-81; e J. Innes, *Privacy and Isolation*, 1992, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 32, nota 134.

Attualmente, il concetto di privacy rimarrebbe comunque un valore molto complesso ed aggrovigliato, posto tra dimensioni in concorrenza tra loro e talvolta contraddittorie, ma che resta comunque difficile da definire in modo conciso e delimitato³⁶⁷. Secondo la dottrina maggioritaria, rimarrebbe comunque una nozione impossibile da definire poiché si presenta sempre come esasperatamente vaga ed evanescente³⁶⁸.

Taluno ha tentato di precisarla, considerandola come un modo per concentrare il controllo di sé sulle informazioni relative all'individuo³⁶⁹. Talaltro l'ha considerata come il requisito per essere tutelati dall'altrui accesso indesiderato nella propria sfera privata (a prescindere dal fatto che si tratti di contatto materiale o di accesso alle informazioni personali)³⁷⁰. Nella consapevolezza della difficoltà di reperire una definizione universalmente condivisa, certamente merita una menzione l'attività di ricerca degli studiosi Westin e Solove che si sono ampiamente occupati di privacy e delle sue implicazioni. Invero, il primo descrive la privacy come «una pretesa da parte degli individui, dei gruppi o delle istituzioni al fine di determinare per sé stessi quando, come e a che fine le informazioni su di sé siano comunicate ad altri»³⁷¹. Il secondo fornisce invece una classificazione di diversi concetti di privacy, da inquadrare in sei tipi generici, vale a dire: (i) il diritto ad essere lasciati soli, (ii) l'accesso limitato all'individuo e quindi la capacità di proteggere l'individuo dall'accesso indesiderato di altri, (iii) la segretezza e dunque l'occultamento di alcune questioni alla conoscenza altrui, (iv) il controllo sulle informazioni personali e, quindi, la capacità di esercitare il controllo sulle proprie informazioni, (v) la personalità ossia la tutela della personalità, dell'individualità e della dignità dell'individuo, e (vi) l'intimità, vale a dire il controllo su, o l'accesso limitato a, le relazioni o agli aspetti della vita più intimi di un soggetto³⁷². Nonostante i confini di detti concetti spesso si sovrappongano l'uno con l'altro, essi in qualche modo tendono a riassumere le diverse teorie esposte sulla privacy. Tuttavia, se lo scopo delle citate definizioni è quello di definire le caratteristiche

³⁶⁷ Si v. R. Post, *Three Concepts of Privacy*, in *Faculty Scholarship Series*, 2001, Paper 185, disponibile al sito http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/185.

³⁶⁸ A. R. Miller, *The Assault on Privacy: Computers, data banks and dossiers*, Signet, 1972, pag. 25.

³⁶⁹ W. Parent, *Privacy, Morality and the Law*, in *Philosophy of Public Affairs*, 1983, 12, pagg. 323-333, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 33, nota 136.

³⁷⁰ V. S. Bok, *Secrets: on the Ethics of Concealment and Revelation*, 1983, pagg. 10-11.

³⁷¹ Traduzione informale. Si v. A. Westin, *Privacy and Freedom*, in *Washington and Lee Law Review*, 1968, 166.

³⁷² D.J. Solove, *Understanding Privacy*, cit., pagg. 12 segg.

salienti della privacy, le stesse non risulterebbero comunque completamente adeguate, poiché a volte troppo ristrette, altre volte eccessivamente ampie³⁷³. Perciò, si tende maggiormente ad avvalorare la teoria sulla persona attribuibile a Solove, per cui il valore della privacy deve essere individuato non in termini di diritti individuali, bensì in termini di importanza per la società. Così facendo, la privacy non avrebbe un valore universale in tutti i contesti, ma in ciascuno di essi il suo valore dipenderebbe dall'importanza sociale detenuta dalle attività che pongono le condizioni per agevolare la stessa riservatezza³⁷⁴.

Trasponendo questa concezione nella realtà giuridica, al fine di comprendere cosa sia la privacy e come debba essere tutelata, è necessario adottare un approccio pragmatico che consiste nel considerarla nel contesto di quelle pratiche che incidono su di essa, per poi analizzarne lo sviluppo³⁷⁵. In ordine ad un siffatto approccio, si tende a seguire l'orientamento di Solove, per il quale, infine, il concetto di privacy sarebbe utile se adoperato in termini generali al fine di racchiudere un più vasto insieme di diritti della personalità ivi collegati. Ad ogni modo, così facendo il termine rimarrebbe troppo vago per essere poi declinato nella realtà. In ogni caso, risulterebbe uno strumento ugualmente comodo e utile per raggruppare una serie di elementi tra loro interconnessi, ma comunque distinti. Dunque, la privacy dovrebbe essere considerata in modo decisamente pluralistico come “concetto ombrello” che include un ampio gruppo di cose disparate, ma interrelate³⁷⁶. Per alcuni, detto concetto ampio dovrebbe in ogni caso essere ristretto a quell'insieme giuridico di elementi che comprende i diritti che tutelano la personalità³⁷⁷.

Orbene, come anticipato, la dottrina maggioritaria ben riconosce l'impossibilità di individuare una accezione condivisa di privacy, anche alla luce del fatto che, spostandosi di contesto, essa può rivestire valori, significati e tutele differenti. La

³⁷³ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 33.

³⁷⁴ D.J. Solove, *Understanding Privacy*, cit., pagg. 39-77.

³⁷⁵ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., 2013, pag. 34.

³⁷⁶ D.J. Solove, *Understanding Privacy*, cit., pag. 45. Solove ritiene inoltre che nel tentativo di definizione della privacy, siano da considerare una serie di caratteristiche, tra cui la generalità (per ovviare alle particolarità dei concetti specifici e garantire un grado abbastanza ampio di applicabilità), la variabilità (poiché il concetto è strettamente dipendente dal dinamico contingente sociale e culturale). *Ibidem*, pagg. 46 e segg. V. anche, D.J. Solove, *Nothing to Hide – the False Tradeoff between Privacy and Security*, Yale University Press, 2011, pagg. 24 segg.; e J.E. Cohen, *What privacy is for*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, pag. 1908.

³⁷⁷ V.V. Palmer, *Three Milestones in the History of Privacy in the United States*, in *The Tulane European and Civil Law Forum*, 2011, 26, pag. 69.

riservatezza risulta una nozione contestuale³⁷⁸ e soggettiva e, come si vedrà *infra*, sembra avere anche un certo valore economico e commerciale³⁷⁹. Proprio nel senso di una definizione soggettiva, si può ritenere che la privacy sia un concetto estremamente personale e che il suo riconoscimento, anche sotto il profilo giuridico, sia basato su di una sua ragionevole aspettativa da parte di chi ne ha diritto³⁸⁰.

Ed è proprio sulla base di siffatta ragionevole aspettativa che può essere dedotto un concetto di privacy funzionale alla cosiddetta «*società della dignità*»³⁸¹, idoneo a fungere da legame tra la stessa dignità, la libertà e la riservatezza³⁸².

Tanto più, questa caratteristica di mutamento contestuale del concetto di privacy sembrerebbe rivelarsi, in particolare, nell'ambito delle nuove tecnologie che, come noto, sono in costante mutamento³⁸³. In quest'ultimo settore si identifica un certo dinamismo che caratterizza la privacy e, di conseguenza, la rispettiva accezione che, sebbene importante, non è determinante per individuarne una definizione condivisa in dottrina.

Pertanto, l'unica chiave per individuare un concetto di privacy modestamente condiviso e condivisibile, sarebbe l'utilizzo di un più ampio principio omnicomprensivo, come quello della libertà, dell'inaccessibilità o del controllo, così da bilanciare i conflitti tra interessi eventualmente contrastanti, nella prassi, con le ragionevoli quotidiane aspettative di privacy³⁸⁴.

Ai fini di questa ricerca, volendo seguire quest'ultima impostazione, si ritiene sia utile collegare la privacy ad un più consolidato principio di autonomia personale

³⁷⁸ Si v. anche H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to “Personal data Protection and Fundamental Rights”*, in M.V. Pérez Asinari, P. Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant, 2008, pag. 18. Altri autori riprendono l'affermazione di Nissebaum, sostenendo addirittura che il concetto di privacy possa essere compreso attraverso una nozione di “integrità contestuale” per cui non è la condivisione delle informazioni a rappresentare un problema, bensì la divulgazione delle informazioni al di fuori di confini contestuali socialmente convenuti. Si v. R.L. Finn, D. Wright, M. Friedewald, *Seven Types of Privacy*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013, pag. 5.

³⁷⁹ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, in *Antitrust Law Journal*, 2015, 80, 1, pagg. 150-151. V. anche cap. III *infra*.

³⁸⁰ J.L. Mills, *Privacy the lost right*, Oxford University Press, 2008, pagg. 20-21.

³⁸¹ S. Rodotà, in *26° International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity*, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ R.L. Finn, D. Wright, M. Friedewald, *Seven Types of Privacy*, *cit.*, pagg. 33-34.

³⁸⁴ J.E. Cohen, *What privacy is for*, *cit.*, pagg. 1906-1907.

(vista anche come controllo sulle circostanze più intime legate alle persone)³⁸⁵. Invero, quest'ultima rappresenterebbe il fulcro essenziale della privacy³⁸⁶. È perciò la capacità di scegliere e di agire autonomamente ed individualmente, senza l'interferenza di azioni o di giudizi esterni³⁸⁷ che deve essere considerata al pari dell'essenza prioritaria del bisogno di riservatezza.

Se ci si sposta poi dal concetto letterale al concetto prettamente giuridico della privacy, si riscontra come questa debba necessariamente essere salvaguardata e, a tal fine, debba esserle riconosciuto un corrispondente diritto. Quest'ultimo, come dichiarato da Solove, rappresenterebbe addirittura il più comprensivo dei diritti e quello cui gli uomini civilizzati conferiscono maggior valore, necessario a consentire e tutelare una vita autonoma³⁸⁸. Non risulta bizzarro, infatti, che la privacy sia stata definita come autonomia nel quadro della società³⁸⁹, o come strumento per tutelare l'autonomia in quanto caposaldo in un ordinamento democratico³⁹⁰.

Ciò che permane delle teorie precedentemente accennate riguarda il riconoscimento delle caratteristiche di fluidità ed eterogeneità del concetto di privacy, che consentono allo stesso di adattarsi ai continui cambiamenti implicati dalle nuove tecnologie e a far presumere che un'ulteriore nozione di privacy possa essere enucleata alla luce degli sviluppi tecnologici, in un contesto ramificato a più livelli e dimensioni³⁹¹.

³⁸⁵ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 32; si v. anche K.S. Ziegler, *Introduction: Human Rights and Private Law – Privacy as Autonomy*, in K.S. Ziegler (cur.), *Human Rights and Private Law, Privacy as Autonomy*, Hart, 2007, pagg. 1 e segg.

³⁸⁶ K. Lachana, *Elements of convergence in the historical origins and ideological foundations of the US and European privacy law: the nexus between the “right to be let alone” and continental jurisdictions*, in M. Bottis (cur.), *Privacy and Surveillance, Current aspects and future perspectives*, Nomiki Bibliothiki, 2013, p. 35.

³⁸⁷ J.L. Mills, *Privacy the lost right*, cit., pagg. 15 e segg.

³⁸⁸ D.J. Solove, *Understanding Privacy*, cit., pag. 1.

³⁸⁹ J. Hirshleifer, *Privacy: Its Origin, Function and Future*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, 9, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 35, nota 115.

³⁹⁰ R.L. Finn, D. Wright, M. Friedewald, *Seven Types of Privacy*, cit., pagg. 4-5.

³⁹¹ *Ibidem*, pagg. 28-29.

II.II. La nozione di diritto alla privacy

Orbene, come la maggior parte della dottrina ha sottolineato, si ritiene a questo punto indispensabile distinguere il concetto di privacy, in sé e per sé considerato e descritto nel paragrafo precedente, e di diritto alla privacy, che più interessa ai fini della presente analisi. Entrambi tali elementi dimostrano infatti alcune difficoltà ad essere circoscritti e descritti e conservano finalità ben diverse. Di certo, le due nozioni sono inevitabilmente collegate, poiché senza una nozione di privacy, o di un concreto minimo spunto per concettualizzarla, sarebbe impossibile definire cosa sia e come debba materializzarsi il diritto che la protegge³⁹².

Tuttavia, i due concetti vengono a distinguersi nel momento in cui l'uno (il bene giuridico tutelato – la privacy) implica una definizione di ciò che viene coinvolto dal diritto e di come ciò sia valorizzato, e l'altro (il diritto) implica necessariamente che il bene giuridico debba essere riconosciuto e protetto³⁹³.

Tuttavia, convenire che gli individui abbiano un diritto alla privacy non sarebbe sufficiente, perché è invece necessario individuare le modalità più adeguate affinché tale diritto consenta di stabilire e riconoscere una definizione basilare di privacy o, quantomeno, di definire quali siano le attività che gli individui possano mantenere private³⁹⁴. È peraltro opportuno notare che una minima parte della dottrina, identificata con gli esponenti della teoria riduzionista, non ritiene che la privacy meriti un particolare riconoscimento, tant'è che secondo tale tesi ad essa addirittura non corrisponderebbe alcun diritto, poiché nessun interesse tutelato dal diritto alla privacy potrebbe essere concretizzato e tutelato da altri interessi o diritti. Di tal sorta, il diritto alla privacy altro non sarebbe che un insieme di diritti e dunque

³⁹² A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., 2013, pag. 31. Si v. anche J.M. Van Gyseghem, *Introduction. L'opposition entre la protection de la Vie Privée et les intérêts économiques: dans quelle pièce joue-t-on?*, in M.V. Pérez Asinari, P. Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant 2008, pag. 135. Quest'ultimo autore riprende altresì un concetto di privacy fornito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 29 aprile 2002, caso *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, secondo la quale «la nozione di “privacy” è una nozione ampia, non suscettibile di definizione esaustiva. Ricopre l'integrità fisica e morale della persona (X. e Y. C. Paesi Bassi, sentenza del 26 marzo 1985, seria A, n. 91. p. 1, § 22). Talvolta essa può inglobare degli aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo (Mikulic c. Croazia, n. 53176/99, § 53, CEDU 2002-I). (...)» – traduzione informale.

³⁹³ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 31.

³⁹⁴ *Ibidem*, pag. 35.

non rappresenterebbe un diritto diverso e separato, bensì intersecherebbe gli altri insiemi di diritti che tutelano la proprietà³⁹⁵.

Al contrario, per la maggior parte della dottrina, il diritto alla privacy è un diritto distinto che, potenzialmente, detiene una serie di significati, tra cui il diritto al controllo delle informazioni personali, l'autonomia personale, il diritto a non essere sottoposti a sorveglianza o alla tutela dalle ingerenze nel proprio domicilio, o ancora il diritto al controllo del proprio corpo e alle interferenze esterne che su di esso vi possono essere³⁹⁶.

Orbene, per adottare un approccio omnicomprensivo che agevoli lo studio del diritto alla privacy, si ritiene che sia utile partire dalla definizione originaria del termine, fornita dagli studiosi Samuel Warren e Louis Brandeis, i quali, nel lontano 1890, qualificarono il diritto alla privacy come il «*diritto ad essere lasciati soli*»³⁹⁷. In realtà, siffatta espressione era già stata precedentemente utilizzata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, in un caso in materia di diritto d'autore³⁹⁸, in cui in sintesi il giudice aveva affermato che l'allora imputato aveva il legittimo diritto di “essere lasciato in pace” fino a quando non fosse dimostrato che il medesimo imputato avesse violato un altrui diritto. Pur non trattandosi propriamente di diritto alla privacy, è ora evidente che già nel 1834 la giurisprudenza stava cercando di porre alcune basi per tutelare l'individuo da ingerenze altrui³⁹⁹. È altresì da segnalare che, malgrado non avesse utilizzato la stessa specifica espressione⁴⁰⁰, qualche anno prima del saggio di Warren e Brandeis, il giudice Cooley aveva trattato, sebbene in maniera del tutto casuale, del tema della riservatezza dell'individuo in un saggio in materia di illeciti extracontrattuali, ove riteneva che il «*right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*» fosse da tutelare nei termini di un diritto della personalità alla riservatezza⁴⁰¹.

³⁹⁵ J. Jarvis Thomson, *The Right to Privacy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1975, 4, pagg. 295-314, in A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 36, note 157 e 158.

³⁹⁶ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., 2013, pag. 35.

³⁹⁷ Nella versione originale «*the right to be let alone*». S. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, pag. 193.

³⁹⁸ *sorvegliare*

³⁹⁹ R.B. Standler, *Privacy Law in the U.S.A.*, 1997; si v. altresì N. Lugaresi, *Internet, Privacy e Pubblici Poteri negli Stati Uniti*, Giuffrè Editore, 2000, pag. 49.

⁴⁰⁰ Almeno non nella prima edizione dell'opera. Invece, nella prefazione della seconda edizione della medesima opera è stata utilizzata l'espressione «*the right to be let alone*».

⁴⁰¹ T.C. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which Arise Independent of Contract*, Callaghan & Company, 1888.

L'occasione che ha fornito lo spunto a Warren e Brandeis per ripercorrere i precedenti studi in materia di diritto alla privacy e per interessarsene in maniera più approfondita, è scaturita dalla necessità di difendere la moglie di Warren da un danno personale, sociale e reputazionale subito in seguito alla pubblicazione sulla stampa di alcune sue fotografie⁴⁰². In sostanza, i due studiosi hanno redatto siffatto articolo, cardine per la successiva dottrina che si occupa di privacy, proprio in esito allo sviluppo delle nuove tecnologie, come reazione alla creazione, nel 1888, della fotocamera portatile progettata e prodotta dalla Kodak e al conseguente sviluppo del giornalismo di cronaca rosa⁴⁰³. Dunque, essi hanno sostenuto che, in qualche modo, lo sviluppo della tecnologia e del commercio stesse determinando un'invasione massiva nei confronti delle persone, in ragione di intrusioni da parte di estranei nell'area in cui sussisteva un "diritto ad essere lasciati soli"⁴⁰⁴. Alcuni autori sono giunti persino a sostenere che il lavoro di Warren e di Brandeis costituisca fondamentalmente l'origine di quella branca del diritto che tutela i consumatori, quantomeno negli Stati Uniti d'America⁴⁰⁵. Dunque, sebbene all'epoca ancora non si riuscisse a comprendere cosa la privacy rappresentasse, i due studiosi ne hanno fornito una nozione che, giuridicamente parlando, si può certamente considerare come la prima di epoca moderna⁴⁰⁶, frutto della reazione ai tradizionali schemi del *property right*, del *breach of trust, confidence or contract* e del *physical trespass*⁴⁰⁷.

Perciò, mentre in precedenza poche autorità giudiziarie consentivano agli individui di impedire che altri distribuissero informazioni su di loro, il 1890 – anno di pubblicazione dell'articolo di Warren e Brandeis – ha segnato una linea spartiacque

⁴⁰² L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, Edizioni scientifiche italiane, 2014, pag. 19.

⁴⁰³ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 125.

⁴⁰⁴ L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 21. Si v. altresì, K. Lachana, *Elements of convergence in the historical origins and ideological foundations of the US and European privacy law: the nexus between the "right to be let alone" and continental jurisdictions*, in M. Bottis (cur.), *Privacy and Surveillance, Current aspects and future perspectives*, Nomiki Bibliothiki, 2013, pag. 25.

⁴⁰⁵ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 121. Per qualche approfondimento in materia di diritto dei consumatori, si v. cap. II.IX, cap. II.XI., cap. IV.II.

⁴⁰⁶ F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2016, pag. 47.

⁴⁰⁷ Tali istituti erano stati precedentemente utilizzati per tentare, più che di definire la privacy, di tutelare l'interesse che da essa ne è sempre derivato, ossia nel mantenere riservati gli effetti di cui ogni uomo è titolare. L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 21.

a partire dalla quale anche i giudici (inizialmente quindi negli Stati Uniti) hanno iniziato a riconoscere espressamente un diritto alla privacy⁴⁰⁸.

Secondo alcuni, il diritto alla privacy, così come teorizzato da Warren e da Brandeis, troverebbe il proprio fulcro nel principio di “non violazione della personalità” e, in particolare, l’eredità più importante di siffatta teoria della privacy si concretizza nel rispetto della dignità umana delle persone⁴⁰⁹.

Pertanto, è comprensibile che nel contesto statunitense la riservatezza, almeno dal punto di vista giuridico, abbia iniziato ad essere riconosciuta e tutelata e si sia poi sviluppata in termini di pretesa legittima degli individui, soprattutto grazie all’attività scientifica e a quella giurisprudenziale che hanno cercato di tutelare la privacy anche attraverso l’uso di istituti giuridici già noti come quelli inerenti il *tort law*⁴¹⁰.

Orbene, volendo tentare di avvicinarsi ad una definizione condivisa di privacy, come anticipato nel precedente paragrafo, sembra opportuno partire dal presupposto che il suo riconoscimento giuridico sia fondato su di una ragionevole aspettativa di privacy, anziché su di una percezione personale e soggettiva di ciò che la privacy rappresenta⁴¹¹, posto comunque che essa viene generalmente percepita dal singolo come uno spazio vitale privilegiato, entro il quale egli può sperimentare, esercitare e godere della propria singolarità, salvaguardando la

⁴⁰⁸ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 126. Stranamente, infatti, il diritto alla privacy non è stato creato prevalentemente dall’attività giurisprudenziale dei giudici, come d’abitudine nell’ordinamento giuridico USA, bensì da un articolo di dottrina e dall’attività scientifica di due singoli autori. Si v. V.V. Palmer, *Three Milestones in the History of Privacy in the United States*, cit., pag. 70. Sul fenomeno dell’“esportazione del concetto di privacy” dall’ordinamento statunitense agli ordinamenti europei (in primo luogo, nell’ambito della Convenzione europea e, poi, nell’ambito UE), si v. il commento all’articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, 2017, pag. 135.

⁴⁰⁹ R.C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: the Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, in *Northern Illinois University Law Review*, 1990, 10(3), pagg. 479-520, in N.J. King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less than fundamental* in M.V. Pérez Asinari, P. Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, cit., pag. 76, nota 25.

⁴¹⁰ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 126. Si v. altresì il saggio del giudice Cooley, citato alla nota 408.

⁴¹¹ J.L. Mills, *Privacy the lost right*, cit., pag. 21. Questo orientamento ha preso le mosse, in particolare, dalla nota sentenza della Corte Suprema statunitense *Katz c. Stati Uniti*, 389, U.S. 347, 360 (1967), in cui, il giudice Harlan, favorevole alla proposta di decisione da parte del giudice relatore Stewart ha ritenuto che «[a] person has a constitutionally protected reasonable expectation of privacy...[T]here is a two-fold requirement, first that a person have exhibited an actual [subjective] expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as ‘reasonable’ (...)». *Ibidem*, pag. 21, nota 65.

propria unicità e personalità⁴¹². Pertanto, nell'alveo della ragionevole aspettativa di privacy e accogliendo quella nozione che occorre necessariamente contestualizzare secondo circostanze e percezioni individuali⁴¹³, il rispettivo diritto dovrebbe considerarsi almeno altrettanto contestuale⁴¹⁴. Orbene, non sembra esservi dubbio che il diritto alla privacy sia oramai globalmente riconosciuto come diritto fondamentale, sia dai documenti giuridici che si analizzeranno *infra*, sia da consolidata dottrina e giurisprudenza, che lo considerano disceso dai valori basilari dell'autonomia e della dignità umana⁴¹⁵. Eppure, vi è addirittura chi considera il diritto alla riservatezza come un diritto più fondamentale degli altri diritti fondamentali, vale a dire un "diritto fundamentalmente fondamentale" (secondo le qualificazioni dottrinali), degno di tutela perché consente l'esercizio e la tutela di altri diritti fondamentali⁴¹⁶. Nonostante ciò, esso resterebbe uno dei diritti fondamentali (insieme alla dignità umana, con cui condivide alcune caratteristiche tra le quali, ad esempio, il fatto di rappresentare un diritto "base" per l'esercizio di altri diritti fondamentali)⁴¹⁷ più relativo e flessibile rispetto agli altri, poiché è chiamato ad adattarsi non solo al contesto sociale e storico in base all'anzidetta ragionevole aspettativa di privacy dell'individuo in questione, ma altresì oramai, anche e soprattutto, alle esigenze scaturite dallo sviluppo delle nuove tecnologie⁴¹⁸. Traslando il concetto "ombrello" di privacy cui si è accennato precedentemente⁴¹⁹ alla nozione di diritto alla privacy, si osserva come anche la tutela del bene giuridico dovrebbe essere parallelamente e analogamente estesa fino a divenire comprensiva di un insieme di diversi interessi. Il diritto in esame sarebbe infatti funzionale all'esercizio di altri diritti, senza il cui esercizio la stessa privacy non sarebbe materialmente goduta⁴²⁰. L'evoluzione della privacy in bene giuridico tutelato da

⁴¹² K. Lachana, *Elements of convergence in the historical origins and ideological foundations of the US and European privacy law: the nexus between the "right to be let alone" and continental jurisdictions*, cit., pag. 32, e in particolare nota 22.

⁴¹³ V. supra cap. II.I.

⁴¹⁴ H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to "Personal data Protection and Fundamental Rights"*, cit., pag. 18.

⁴¹⁵ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2770479>, pag. 17.

⁴¹⁶ H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to "Personal data Protection and Fundamental Rights"*, cit., pagg. 14 e 18. Tale espressione è già stata impiegata nel cap. I.I. supra circa la dignità

⁴¹⁷ V. cap. I.I. e cap. I.VI. supra.

⁴¹⁸ H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to "Personal data Protection and Fundamental Rights"*, cit., pag. 18.

⁴¹⁹ V. cap. II.I.

⁴²⁰ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 166.

un diritto che sta alla base di altri diritti fondamentali avverrebbe grazie ad un passaggio teorico da una privacy cosiddetta “passiva” ad una privacy “attiva”. Siffatto passaggio sarebbe stato vissuto da tutti i diritti fondamentali nel corso della loro evoluzione storico-giuridica essendo, in un primo momento, solo enunciati in documenti spesso privi di valore coercitivo (in particolare, ci si riferisce ad alcuni noti strumenti di *soft law* tra cui, ad esempio, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948)⁴²¹ e, successivamente, inseriti in atti normativi con valore vincolante e perciò dotati di forza applicativa diretta in sede giurisdizionale⁴²².

Detta evoluzione giuridica della natura del diritto fondamentale da passiva ad attiva consente altresì il suo adattamento casistico alle evoluzioni storiche, sociali e tecnologiche, e proprio questo dettaglio rende il diritto alla privacy un concetto ibrido (e non meramente dualistico – passivo e attivo –). Il riconoscimento della sua natura ibrida è giustificato dal fatto che il diritto alla riservatezza rappresenta un insieme di interessi giuridicamente protetti o, comunque, l’esigenza per lo Stato di tutelare il libero sviluppo delle libertà individuali⁴²³. Proprio in questa prospettiva, Burkert ha quindi definito il diritto alla riservatezza come un diritto fondamentale per l’esercizio dei diritti fondamentali, a maggior ragione, nel contesto della società dell’informazione⁴²⁴.

Oltre che “meramente” fondamentale, il diritto alla privacy sembra così essenziale per lo sviluppo e la crescita dell’individuo e, perciò, dovrebbe essere riconosciuto tra quelle libertà tutelate come diritti della personalità e come pretese per il mantenimento dell’integrità di un individuo⁴²⁵.

Alla base, dunque, conviene premettere che il diritto alla privacy mira a disegnare una linea di confine tra la sfera individuale e quella collettiva, tra sé stessi e la società, ambendo a garantire all’individuo una zona in cui esistere anche come singolo e non, solo, come un membro della comunità⁴²⁶.

⁴²¹ Di cui si è fatta menzione nel primo capitolo in relazione alla dignità come valore, v. cap. I.V. *supra*.

⁴²² H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to “Personal data Protection and Fundamental Rights”*, *cit.*, pag. 20.

⁴²³ Si v. Puccinelli e Pouillet citati in H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to “Personal data Protection and Fundamental Rights”*, *cit.*, pag. 21.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ V.V. Palmer, *Three Milestones in the History of Privacy in the United States*, *cit.*, pag. 68.

⁴²⁶ Si v. T. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 1970, Random House, pag. 545, citato in K. Lachana, *Elements of convergence in the historical origins and ideological foundations of the US and European privacy law: the nexus between the “right to be let alone” and continental jurisdictions*, *cit.*, nota 18.

Ciò posto, sarà più agevole comprendere come gran parte della dottrina abbia preferito distinguere la cosiddetta privacy decisionale da quella informativa⁴²⁷. Difatti, riprendendo la distinzione tra privacy passiva e attiva, la dottrina maggioritaria ritiene che la riservatezza abbia una sorta di doppia qualità: da un lato vi sarebbe un elemento prettamente passivo che risponderebbe al concetto di privacy informativa, mentre dall'altro si collocherebbe una concretizzazione più attiva della riservatezza come privacy decisionale⁴²⁸.

Questa partizione, almeno nella dottrina americana che, con l'essenziale contributo di Warren e Brandeis, sembra essere stata il precursore delle teorie sulla tutela della privacy, sarebbe conseguita all'adozione, da parte della Corte Suprema statunitense, di un orientamento giurisprudenziale, che, interpretando il quinto⁴²⁹ e il quattordicesimo emendamento⁴³⁰ della Costituzione americana, ha ritenuto

⁴²⁷ Si precisa che la denominazione qui è frutto di una traduzione del classico riferimento anglosassone alla “*decisional privacy*” e alla “*informational privacy*”.

⁴²⁸ H. Burkert, *Introduction. Dualities of Privacy – An Introduction to “Personal data Protection and Fundamental Rights”*, cit., pag. 20.

⁴²⁹ Il quinto emendamento riguarda sinteticamente le garanzie conferite dall'ordinamento giuridico americano nel contesto del giusto processo e dell'autoincrimazione, e così recita: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

⁴³⁰ Il quindicesimo emendamento comprende implicitamente una serie di diritti collegati alla cittadinanza americana, che peraltro viene definita nel primo paragrafo, e riguarda in particolar modo la necessità di garantire a tutti i cittadini una pari tutela da parte della legge. Esso prevede che «*Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Section 2. Representatives shall be apportioned among the several states according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the executive and judicial officers of a state, or the members of the legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such state, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such state. Section 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any state, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any state legislature, or as an executive or judicial officer of any state, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability. Section 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any state shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of*

opportuno distinguere l'interesse personale a prevenire la divulgazione dei propri dati personali da quello ad effettuare in totale indipendenza determinate scelte importanti⁴³¹.

Dunque, negli Stati Uniti, la privacy informativa è chiaramente riconosciuta dalla giurisprudenza come cosa diversa rispetto alla privacy decisionale. Invero, la prima rappresenta quella ramificazione del diritto alla privacy costituzionalmente riconosciuto (e comunque non espressamente incluso nella Costituzione americana, bensì frutto dell'interpretazione giurisprudenziale della Corte Suprema e dunque considerato implicitamente come parte della Costituzione)⁴³² che risulta maggiormente connesso al diritto alla tutela dei dati personali (che, come si vedrà *infra*⁴³³, del diritto alla privacy costituisce una parte essenziale) perché protegge l'individuo dalla violazione del divieto di divulgazione delle proprie informazioni personali⁴³⁴. D'altra parte il diritto alla privacy decisionale tutela il diritto individuale all'autonomia quando è necessario adottare decisioni importanti, come ad esempio quelle relative alla propria intimità⁴³⁵. Inevitabilmente, così facendo si tutela il diritto della persona a che i propri dati non siano divulgati senza la propria volontà ed utilizzati, letteralmente, contro la propria volontà, vale a dire, che non siano trattati per influire sulle scelte che la persona è chiamata a fare. Ancora, in

insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void. Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article».

⁴³¹ Ci si riferisce qui alla sentenza *Whalen c. Roe*, 429 U.S. 589, 598-600 (1977) in cui la Corte Suprema esplicitamente fa riferimento a «*the individual interest in avoiding disclosure of personal matters, and (...) the interest in independence in making certain kinds of important decisions*». V. altresì N.J. King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less fundamental*, *cit.*, pag. 80.

⁴³² N.J. King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less fundamental*, *cit.*, pag. 80. Detto "diritto implicito", pur non essendo esplicitamente incluso nel testo della Costituzione è stato dedotto in via giurisprudenziale dalla Corte Suprema a partire dal Terzo, Quarto, Quinto, Nono e Quattordicesimo Emendamento nei casi più noti tra cui, *inter alia*, *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), *Planned Parenthood c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), *Lawrence c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Secondo la Corte Suprema, la privacy informativa sarebbe il «*control over information concerning his or her person*», v. sentenza *U.S. Department of Justice c. Reporters Commission for Freedom of Press*, 489 U.S. 749, 763 (1989).

⁴³³ V. cap. I.IV. *infra*.

⁴³⁴ Secondo Luzak, il primo autore a dare una definizione compiuta di privacy informativa sarebbe stato Westin (citato *supra* al cap. II.II.) per il quale la stessa sarebbe stata costituita dalla «*pretesa per gli individui, i gruppi o le istituzioni di decidere per sé stessi quando, come e per quali fini le informazioni su di essi siano comunicate ad altri*» (traduzione informale di A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, 1967, v. altresì *supra* cap. II.II.). J. Luzak, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, in *European Review Private Law*, 2013, 21, n. 1, pag. 225.

⁴³⁵ N.J. King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less fundamental*, *cit.*, pagg. 80-81.

maniera pressoché automatica, si tutela altresì l'autonomia dell'individuo nell'effettuare tali scelte e, di conseguenza, la sua dignità in quanto persona libera⁴³⁶.

Ad ogni modo, poiché il diritto alla privacy informativa e alla privacy decisionale sono parti dello stesso diritto “ombrello” nella sua più specifica accezione di diritto alla tutela dei dati personali, e poiché la stessa privacy ha natura ibrida tra quella passiva e quella attiva, essi risultano necessariamente interrelati e possono operare insieme per tutelare su più ampia scala l'individuo che ne è titolare⁴³⁷. Secondo King, alla luce delle predette considerazioni, si porrebbe dunque la questione se l'approccio che sino ad oggi è stato riservato alla tutela dei diritti fondamentali sia adeguato alla tutela generale di siffatte due ramificazioni del diritto alla tutela dei dati personali (da un lato il confronto tra quella decisionale e quella informativa e, dall'altro, il parallelo tra quella attiva e quella passiva)⁴³⁸. Trattandosi, infatti, di un diritto fondamentale dalle origini e dalla natura particolare, ci si chiede se i noti strumenti di protezione riservati ai diritti umani a livello globale e locale siano coerenti al fine di soddisfare le esigenze dettate dal diritto alla privacy.

Ora, come noto, detta questione ha già trovato una risposta sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza che hanno considerato la tutela dei dati personali come parte del più ampio diritto fondamentale alla privacy⁴³⁹ e dunque degna di

⁴³⁶ A tal proposito, si v. la nota sentenza della Corte Suprema *Lawrence c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), in cui la stessa Corte riconoscendo implicitamente il valore fondamentale del diritto alla privacy decisionale ha così dichiarato: «[i]t suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons» (par. 567). Per quest'ultima sentenza si v. anche J.L. Mills, *Privacy the lost right*, cit., pag. 122.

⁴³⁷ N.J. King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less fundamental*, cit., pag. 81.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ A tal riguardo, si pensi all'opera di interpretazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo approntata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha espressamente riconosciuto (e lo ha fatto a più riprese) il diritto alla tutela dei dati personali come parte del diritto alla privacy: in particolare, si v. sentenze *Klass e a. c. Germania*, ricorso n. 5029/71, 6 settembre 1978; *Malone c. Regno Unito*, ricorso n. 8691/79, 2 agosto 1984; *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81, 11 luglio 1985; *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95, 16 febbraio 2000; *Rotaru c. Romania*, ricorso n. 28341/95, 4 aprile 2000; *Copland c. Regno Unito*, ricorso n. 62617/00, 3 aprile 2007; *I. c. Finlandia*, ricorso n. 20511/03, 17 luglio 2008; *K.U. c. Finlandia*, ricorso n. 2872/02, 2 dicembre 2008; *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorso n. 30562/04, 4 dicembre 2008; *Uzun c. Germania*, ricorso n. 35623/05, 2 settembre 2010; *M.M.*, ricorso n. 24029/07, 13 novembre 2012. V. anche Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, *Manuale sul diritto europeo alla tutela dei dati*, disponibile al sito http://www.echr.coe.int/documents/handbook_data_protection_ita.pdf, pagg. 199 e segg.; J. Kokott, C. Sobotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 86; C. Kuner, *Foreign Nationals and Data Protection Law: A*

protezione alla stregua di un diritto fondamentale, sia da parte del legislatore dell'Unione europea che, per la prima volta a livello globale, ha riconosciuto il diritto alla tutela personale come diritto certamente fondamentale e separato rispetto alla tutela della privacy⁴⁴⁰.

Tornando alla distinzione tra privacy informativa e decisionale si può nondimeno osservare come i confini delle due si dimostrino spesso piuttosto labili, ma soprattutto sovrapponibili. Invero, nonostante il concetto di privacy informativa sia espresso in termini di controllo sulle informazioni, essa potrebbe ben essere spiegata, in uno con la privacy decisionale, anche attraverso il concetto dell'autodeterminazione informativa. E così facendo si sarebbe portati a confermare sia la tesi della natura di diritto della personalità del diritto alla tutela dei dati personali che lo connette ancor più alla tutela della privacy più ampiamente considerata⁴⁴¹, sia al concetto summenzionato di privacy decisionale e quindi di supporto all'esercizio della libertà di autodeterminazione nelle decisioni personali. In effetti, il fulcro della privacy informativa starebbe nella capacità di controllare le informazioni e di renderle riservate o di escludere alcuni individui selezionati dall'accesso alle informazioni. Proprio in tal senso si potrebbe parlare di "appropriazione della personalità", basandosi sulla tesi per cui la personalità ha un valore che, in quanto tale, deve essere tutelato e promosso⁴⁴². Detto valore, riprendendo quanto descritto precedentemente⁴⁴³, non dovrebbe essere considerato in termini economici poiché riguarda l'integrità della persona. Orbene, quando si vengano a considerare le informazioni che vengono trattate e condivise da più individui ed il controllo su di esse debba essere esercitato da più di un individuo titolare dell'informazione, la suddetta tesi presenti alcuni ostacoli⁴⁴⁴. Per contro, l'altra tesi la quale afferma che la proprietà sulle informazioni personali rappresenta

Transatlantic Analysis, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 214.

⁴⁴⁰ Ci si riferisce evidentemente agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che tutelano, rispettivamente, il diritto alla riservatezza e il diritto alla tutela dei dati personali.

⁴⁴¹ S. Allen, *Remembering and Forgetting – Protecting Privacy Rights in the Digital Age*, in *European Data Protection Law Review*, 2015, 3, pag. 174.

⁴⁴² J.L. Mills, *Privacy the lost right*, cit., pag. 212.

⁴⁴³ Si v. cap. I.XI.

⁴⁴⁴ Si pensi ad esempio all'informazione personale che riguarda lo stato e la vita matrimoniali di due coniugi per cui, anche se l'uno esercita un controllo sulle suddette informazioni e non le divulga, ma l'altro decide ugualmente di divulgarle, la "proprietà condivisa" delle informazioni non consentirebbe comunque una gestione riservata.

uno strumento per garantire gli interessi legati alla riservatezza personale⁴⁴⁵ aiuta a supportare la teoria della connessione tra la tutela dei dati personali e l'esercizio della libera autodeterminazione, dal momento che entrambi sono elementi compresi nell'insieme dei diritti della personalità⁴⁴⁶. Di tal sorta, il diritto alla privacy informativa e quello alla privacy decisionale potrebbero fondersi in un concetto unico di "autodeterminazione informativa" («*informationelle Selbstbestimmung*»⁴⁴⁷) che è stato peraltro già teorizzato dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco in una nota sentenza del 1983 come «*facoltà del singolo di decidere essenzialmente da sé circa la cessione e l'uso dei propri dati personali*»⁴⁴⁸, basando il proprio orientamento sul richiamo all'articolo 1, comma 1, del *Grundgesetz*, già analizzato⁴⁴⁹ e riferito alla ancor più ampia tutela della dignità umana, sebbene – all'epoca e nell'ordinamento giuridico tedesco in questione – considerata come valore e non – ancora – come diritto⁴⁵⁰.

Nel breve percorso affrontato nel presente paragrafo per descrivere alcune teorie sulla definizione del diritto alla privacy, si è spesso fatto riferimento al profilo informativo della persona, piuttosto che a profili differenti (come, *inter alia*, la necessità di sentirsi tutelati dall'ingerenza altrui nella propria vita familiare, nella corrispondenza, nell'esercizio della propria professione). In sintesi, si ritiene che il diritto alla riservatezza comprenda diverse sfere della vita umana, anche in base al senso di aspettativa che ogni individuo ha rispetto ad un altro. Ciò nonostante, sembra chiaro che la maggior parte delle violazioni al diritto alla riservatezza implichi sostanzialmente l'intenzione di appropriarsi indebitamente di informazioni

⁴⁴⁵ J.L. Mills, *Privacy the lost right*, cit., pag. 204 e segg.

⁴⁴⁶ Si v. anche, F. Panagopoulou-Koutnatzi, *Facebook as a challenge to privacy*, in M. Bottis (cur.), *Privacy and Surveillance, Current aspects and future perspectives*, Nomiki Bibliothiki, 2013, pagg. 215-216.

⁴⁴⁷ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, cit., pagg. 3-4.

⁴⁴⁸ Tale sentenza ha dichiarato parzialmente illegittima una legge sul censimento adottata dal Parlamento federale tedesco nel 1982, che in sintesi prevedeva la raccolta imponente di dati di cittadini tedeschi grazie alle risposte ad una serie di domande particolarmente dettagliate che avrebbero quindi consentito di ottenere una vasta quantità di informazioni personali a fini statistici e per consentire lo svolgimento più rapido di attività amministrative. Peraltro, in caso di violazione del disposto di detta legge, le relative disposizioni attuative adottate in un momento successivo avevano addirittura previsto una sanzione pecuniaria. Gli oppositori della legge al Parlamento, dopo la sua entrata in vigore, promossero il ricorso alla Corte costituzionale che, infine, la dichiarò parzialmente illegittima. Per approfondimenti, si v. G. Sartor, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati"*, in *Informatica e diritto*, XII, 1986, 3, pagg. 95-118.

⁴⁴⁹ V. cap. I.VII *supra*.

⁴⁵⁰ Come descritto nel capitolo I, la dignità umana è stata riconosciuta come diritto esplicitamente solo con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il 1° dicembre 2009.

o dettagli appartenenti ai soggetti la cui privacy viene offesa. A titolo esemplificativo, l'ispezione della corrispondenza di un soggetto viene effettuata non certo per limitarsi ad aprire una busta fisica o elettronica, ma soprattutto per carpirne informazioni più o meno interessanti per una serie di ignoti motivi. La medesima cosa avviene quando un soggetto faccia irruzione in una casa privata allo scopo di conoscere ciò che la famiglia che vi abita possiede o come vive.

Ora, sembra possibile desumere che la riservatezza sia sempre più o meno direttamente collegata con l'aspetto informativo della personalità degli individui. Tra le informazioni disponibili, rilievo particolare hanno i dati personali, i quali – come si esaminerà a breve – ricevono oramai una tutela giuridica specifica e separata dalla più generica tutela della privacy.

II.III. La privacy come tutela dei dati personali e il ritorno al concetto di diritto alla privacy decisionale

Nonostante oggigiorno siano ormai molti gli Stati a riconoscere un'adeguata tutela alla privacy a beneficio dell'individuo, così identificandone altresì un concetto di massima, rimane comunque molto complicato stabilirne una definizione condivisa. Ciò accade poiché la definizione della riservatezza potrebbe variare dipendentemente dal contesto in cui la si situa. Seguendo tale teoria, risulterebbe quindi più semplice definire la privacy se contestualizzata, ad esempio, nell'ambito della tutela dei dati personali. Contestualmente, e in modo reciproco, anche intendere e strutturare la salvaguardia dei dati personali diviene più agevole se l'approccio iniziale parte dal presupposto che quando le informazioni personali sono raccolte e trattate, ciò ha evidentemente a che fare con il diritto alla privacy⁴⁵¹. Definire cosa siano i dati personali, come debbano essere tutelati ed esaminare le conseguenze di siffatta tutela, sono azioni che consentono di raggiungere un fine ulteriore, costituito dalla protezione di diritti (o di valori, secondo quanto affrontato nel primo capitolo) superiori, tra cui il rispetto dell'autonomia e della dignità

⁴⁵¹ 26° International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia.

umana, l'onore e la sicurezza di ciascun individuo, nonché del diritto a non essere discriminati rispetto ad altri⁴⁵².

A conferma di quanto anticipato, in dottrina non è controverso che il diritto alla tutela dei dati personali rappresenti una costola del diritto alla tutela della privacy. Tuttavia, certi autori individuano alcune importanti peculiarità che contraddistinguono la tutela dei dati personali rispetto a quella della privacy.

Invero, la dottrina maggioritaria riconosce che la tutela dei dati personali è questione strettamente collegata al diritto alla privacy, ma, nonostante sia possibile identificare delle intersezioni tra l'una e l'altra⁴⁵³, la prima si potrebbe distinguere dalla seconda⁴⁵⁴. Per la stessa dottrina, la tutela delle informazioni dell'individuo si motiverebbe nella tutela delle libertà fondamentali delle persone fisiche, tra le quali rientra, in particolar modo, il diritto alla privacy con specifico riguardo al trattamento dei loro dati personali⁴⁵⁵. Sulla scorta di detta generica nozione, si porrebbero questioni relativamente all'ampiezza e ai conseguenti limiti della privacy e dei dati personali. Difatti, Focarelli ritiene che, talvolta, sia la prima ad essere intesa quale concetto più ampio e quindi in grado di ricomprendere il secondo. Altre volte però, come peraltro confermato dalla tesi del Garante europeo per la protezione dei dati, sarebbe proprio la tutela dei dati personali ad avere un ruolo più ampio, in quanto concerne e contribuisce a tutelare anche altri diritti e libertà fondamentali indipendentemente dal legame di questi ultimi nei confronti della privacy⁴⁵⁶.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ M. Tzanou, *Is Data Protection the Same as Privacy? An Analysis of Telecommunications' Metadata Retention Measures* in *Journal of Internet Law*, cit. in C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 36.

⁴⁵⁴ P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, in N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson, S. Rodrick (cur.), *Emerging challenges in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2014, pag. 63.

⁴⁵⁵ M. Tzanou, *Is Data Protection the Same as Privacy? An Analysis of Telecommunications' Metadata Retention Measures*, cit., pag. 36. Vale la pena di ricordare qui brevemente che secondo altra parte della dottrina, la ragione si potrebbe ravvisare nella differenza tra gli ordinamenti giuridici di volta in volta considerati. In questo senso, parrebbe che la nozione di privacy derivi originariamente da tradizioni di *common law* e sia poi stata definita dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, nei termini di un diritto al rispetto della privacy. D'altra parte, il fondamento di un diritto alla protezione dei dati personali avrebbe una matrice di *civil law* e si svilupperebbe soprattutto a partire dalla Convenzione europea sui Diritti dell'Uomo, dalla Convenzione 108 del Consiglio d'Europa e, poco dopo, dalla Direttiva 95/46/CE, mentre non si può dire che esso esista negli Stati Uniti. V. A. Adam, *L'échange de données à caractère personnel entre l'Union Européenne et les Etats-Unis*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, vol. 42, 4, pag. 414.

⁴⁵⁶ P. Hustinx, *EU Data Protection Law: Current State and Future Perspectives*, cit. in C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 37.

Una prima partizione tra i due concetti dovrebbe prendere le mosse dall'oggetto di entrambi i diritti. In primo luogo, infatti, considerando l'ambito sostanziale si rileva come questo sia rappresentato dalle informazioni ricomprese nei rispettivi (diversi) diritti. È proprio sulla base di dette informazioni che si nota ancor più la contrapposizione tra la tutela della vita privata e quella dei dati personali, giacché la vita privata spesso non ricomprende tutte le informazioni sui soggetti identificati o identificabili, cosa che invece accade per la tutela dei dati personali. D'altra parte, invece, analizzando l'ambito soggettivo, si riscontra come la tutela dei dati personali non sia garantita alle persone giuridiche, come statuito dai giudici di Lussemburgo, ma come a queste sia invece riconosciuto il diritto alla riservatezza⁴⁵⁷.

Altra parte della dottrina, tra cui Kuner, ha proposto una distinzione tra i due concetti che si evince piuttosto dalla contrapposizione tra la disciplina della privacy e quella della tutela dei dati personali. Sotto questo profilo, mentre da un lato il diritto alla privacy garantisce una tutela personale da intrusioni esterne nella propria sfera privata, la disciplina sulla tutela dei dati personali regolamenterebbe il trattamento dei dati personali appartenenti a persone fisiche identificate o identificabili, che siano suscettibili di divenire di pubblico dominio. Pertanto, quanto sopra si sintetizzerebbe in una sorta di confronto tra un diritto per lo più negativo e di carattere difensivo (vale a dire quello di negare l'accesso alla propria vita privata, difendendo "i propri confini") ed un diritto più attivo e/o reattivo che consente a chi ne dispone di controllare la misura in cui i soggetti terzi possono venire a conoscenza (ed utilizzare) le proprie informazioni⁴⁵⁸.

La distinzione in esame ha comunque trovato solido conforto nell'approccio adottato dalla giurisprudenza⁴⁵⁹ e, da ultimo, dalla Carta dei diritti fondamentali che protegge i due diritti in modo separato, ma accostato (si pensi anche alla sola

⁴⁵⁷ J. Kokott, C. Sobotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, cit., pag. 89. Da ultimo, in questo senso, si v. sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e a. contro Svensk Handel AB*, C-196/14, ECLI:EU:2017:766.

⁴⁵⁸ S. Allen, *Remembering and Forgetting – Protecting Privacy Rights in the Digital Age*, in *European Data Protection Law Review*, cit., pag. 174. Si ritiene opportuno fare comunque presente che detta concezione si ricollega ad una teoria sulla privacy informazionale, espressa in termini di controllo e non di proprietà, che non consentirebbe al titolare dei dati di far valere un classico diritto di proprietà sui propri dati, bensì un mero potere di controllo che rimanda a quel concetto di autodeterminazione informativa, analizzata nel paragrafo precedente.

⁴⁵⁹ J. Kokott, C. Sobotta, *The Distinction between Privacy and Data Protection in the Jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, cit. pagg. 222-228.

collocazione fisica ravvicinata delle due disposizioni che tutelano rispettivamente i due diritti qui in esame – articoli 7 e 8 della Carta).

Perciò si potrebbe qui concludere che tra i vari concetti di privacy richiamati al capitolo II.I., che in ogni caso hanno a che fare con dati relativi alla persona cui la privacy si riferisce (anche se in modo diverso rispetto ai casi considerati), possa farsi spazio la cosiddetta privacy dell'informazione, relativa alle modalità di raccolta, trattamento e tutela dei dati di natura personale, nota anche come “protezione dei dati”⁴⁶⁰.

A tal riguardo sembra opportuno ricordare, poiché utile ai fini della comprensione del diritto alla tutela dei dati personali, la suddetta teoria, di stampo filosofico, sulla privacy dell'informazione⁴⁶¹, la quale muove dall'assunto che il mondo debba essere generalmente rappresentato come se fosse costituito da informazioni, che gli individui siano rappresentati dalle proprie informazioni e che la privacy, in conseguenza, sia una sorta di pretesa di immunità da cambiamenti sconosciuti e indesiderati dell'identità personale dell'individuo considerato, in quanto osservato come entità informativa. Alla stregua di detta teoria e di quanto testé descritto, poiché l'individuo costituisce un'entità informativa corrispondente a una data identità personale, lo stesso viene altresì identificato con l'espressione “infosfera”⁴⁶².

La dimensione dell'infosfera, secondo Floridi, sarebbe peraltro caratterizzata dalla possibilità di tutelare due specie di diritti alla privacy: da un lato vi starebbe una privacy di carattere decisionale (intesa quale libertà dalle interferenze nelle proprie decisioni personali), contrapposta, dall'altro lato, ad una sorta di privacy di accessibilità (intesa quale libertà di evitare o prevenire l'intrusione altrui o libertà di essere lasciati soli nel proprio spazio fisico)⁴⁶³.

⁴⁶⁰ EPIC, *Privacy and Human Rights – International Surveys of Privacy Laws and Developments*, London and Washington DC, 2004, pagg. 2 segg. Si distinguono quindi, *inter alia*, la privacy corporale (concernente la protezione dei dati relativi corpo di ogni persona), la privacy delle comunicazioni (che copre la sicurezza e la riservatezza di e-mail, telefonate, posta ed altre forme di comunicazione), la privacy territoriale (che si occupa di definire limiti di intrusione nell'ambiente domestico o in altri ambienti passibili di certi tipi di intrusioni fastidiose).

⁴⁶¹ L. Floridi, *Four challenges for a theory of informational privacy*, in *Ethics and Information Technology*, 2006, 8, pagg. 109-119.

⁴⁶² U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Giuffrè, 2008, pagg. 43 segg.

⁴⁶³ L. Floridi, *Four challenges for a theory of informational privacy*, in *Ethics and Information Technology*, cit., pagg. 117 segg.

Il concetto di privacy decisionale è certamente interessante per gli sviluppi di questa ricerca, poiché come desumibile dal paragrafo precedente, nell'ambito delle tecnologie digitali la tutela dei dati personali interessa soprattutto nella misura in cui questi vengono raccolti per essere poi utilizzati, talvolta fors'anche contro la volontà degli utenti (che nonostante prestino il proprio consenso al trattamento, non sono in grado di comprendere fino a che misura possano realmente essere utilizzati i propri dati⁴⁶⁴), per tentare di influenzare il comportamento di questi ultimi, segnatamente sotto il profilo consumistico.

Ne consegue che, nonostante sia ben chiaro che il diritto alla privacy e il diritto alla tutela dei dati personali siano concetti, letteralmente e giuridicamente, ben distinti e ricevano ora una protezione differenziata, più dettagliata e mirata rispetto ai tempi dell'entrata in vigore delle prime carte internazionali per la salvaguardia di diritti fondamentali, siffatte due dimensioni della riservatezza sempre più spesso interagiscono tra loro, quantomeno nel settore delle tecnologie digitali, in funzione in un primo momento della tutela più settoriale dei dati personali e, in un secondo momento, per evitare il trattamento indesiderato delle informazioni, allo scopo ultimo di influenzare i comportamenti dei loro titolari determinando un'invasione, indesiderata e illegittima, della suddetta privacy decisionale. Pertanto, si può rilevare che, se inizialmente la questione principale era rappresentata dalla necessità di salvaguardare genericamente la privacy, con lo sviluppo delle nuove tecnologie si è cercato di dare una risposta sempre più efficace anche alla necessità di tutelare specificamente i dati personali. Infine, in tempi più recenti, la protezione di questi ultimi si è nuovamente trovata ad avere a che fare con quella riservatezza che protegge l'individuo dalle interferenze esterne, le quali possono pesare sulle proprie decisioni, in modo più o meno consapevole.

È invero a questo concetto di privacy decisionale, collegato inevitabilmente alla necessaria tutela dei dati personali, che questo studio vorrebbe dedicarsi per comprendere come nel campo delle nuove tecnologie si possano eventualmente tutelare i dati personali, al fine implicito di garantire, anche indirettamente, il libero esercizio della libertà personale di adottare decisioni, senza l'interferenza palese o occulta di soggetti terzi.

⁴⁶⁴ Si v. cap. III. e IV. *infra*.

Pertanto, sembra utile porre attenzione, anche se brevemente, a detto *iter* logico-giuridico, prevalentemente sviluppato dalla dottrina, con riscontri interessanti nel settore legislativo.

II.IV. Cenni sulla tutela giuridica della privacy

Approntare una descrizione dettagliata delle normative, applicate in diversi Stati o organizzazioni internazionali, a tutela della privacy e successivamente dei dati personali, richiederebbe un esame molto vasto che si discosterebbe eccessivamente dagli sviluppi della presente tesi. Pertanto si riterrà sufficiente offrire qui una descrizione sintetica dello sviluppo della tutela giuridica del diritto alla privacy e, poi, del diritto alla tutela dei dati personali, per poterne cogliere innanzitutto la natura di diritto fondamentale e, in secondo luogo, l'importanza inizialmente dedicata al solo diritto alla privacy, che è poi stata riservata anche alla più specifica tutela dei dati personali. Infine, si vedrà come relativamente all'evoluzione che sta attualmente vivendo la salvaguardia dei dati personali, soprattutto nel contesto europeo, il legislatore (probabilmente spinto dalla dottrina e dalla giurisprudenza) si stia orientando ad una tutela dei dati personali che certamente ricade nel più ampio concetto del diritto alla privacy, ma che viene declinata nelle forme della privacy decisionale di cui al paragrafo precedente e che, nonostante tutto, sembra necessitare di passi molto più consistenti e decisivi per essere protetta in modo più congruo alle esigenze tecnologiche.

Basterà qui osservare che il diritto alla privacy ha potuto ricevere tutela a livello locale (intendendo per locali quelle aree giuridicamente identificabili negli Stati o nelle organizzazioni internazionali a stampo regionale), anzitutto poiché già era stato riconosciuto a livello internazionale, attraverso strumenti di natura pattizia. In particolare, la prima ufficiale apparizione normativa del diritto alla privacy si è avuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, il cui articolo 12 vieta le interferenze arbitrarie con la *«riservatezza, la famiglia, il domicilio o la corrispondenza»* che attaccano *«l'onore e la reputazione»* ed afferma il diritto di

ognuno ad ottenere protezione giuridica contro questi tipi di interferenze⁴⁶⁵. La tutela a livello internazionale è stata ribadita anche nel 1966 dall'articolo 17 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici⁴⁶⁶, e dalla Convenzione sui Diritti del Fanciullo che si occupa nello specifico della tutela della riservatezza dei soggetti in età infantile⁴⁶⁷. Interessante notare che, sebbene redatti a distanza di circa quarant'anni, i suddetti testi normativi adottano la stessa formulazione che tende a proteggere il soggetto da interferenze esterne, tutelandone così l'esclusivo spazio di movimento e di decisione.

Per spostarsi a livello sovranazionale, seppure circoscritto al livello regionale europeo, si trova una disposizione molto rilevante per la tutela della privacy e dei dati personali. Questo perché, nonostante si tratti di una norma che prevede una protezione esplicita della sola privacy, essa è stata lo strumento giuridico attraverso il quale, per le prime volte, ha iniziato ad essere riconosciuta anche la tutela dei dati personali⁴⁶⁸. Ci si riferisce, evidentemente, all'articolo 8 della Convenzione europea il quale prevede che *«[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza»*. In questo senso, il suddetto articolo non appare molto diverso dalle succitate disposizioni adottate in seno alle Nazioni Unite, se non fosse per il successivo paragrafo 2, in cui si fa riferimento all'eventualità dell'interferenza delle autorità pubbliche nella sfera di riservatezza dell'individuo, che sarebbe consentita in certi delimitati casi (si stabilisce infatti che detta interferenza possa avere luogo solo ove *«sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica,*

⁴⁶⁵ L'articolo 12 della Dichiarazione universale così dispone: *«[n]essun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni»*.

⁴⁶⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 Dicembre 1966, entrato in vigore nel 1976. Originariamente sottoscritto da 74 Stati firmatari e attualmente ratificato da 169 Stati, tra cui l'Italia nel 1968. Testo disponibile al sito <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>. L'articolo 17 dispone che *«[n]essuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese»*.

⁴⁶⁷ Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, firmata originariamente da 40 Stati firmatari il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990. Attualmente ratificata da 196 Stati, tra cui l'Italia nel 1991. Il testo ufficiale è disponibile al sito <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>. L'articolo 16 prevede che *«[n]essun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti»*.

⁴⁶⁸ V. cap. II.I. e nota 466 *supra*.

è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui»⁴⁶⁹). In sostanza, così facendo, la Convenzione europea riconosce che la privacy rappresenta effettivamente un valore fondamentale da tutelare⁴⁷⁰, ma che a fronte di ben determinati altri valori, di rango quantomeno altrettanto fondamentale, essa possa essere limitata a determinate condizioni (purché non in modo arbitrario o illecito).

Inoltre, calando l'esame nell'ordinamento UE, di stampo territoriale più circoscritto, non si può evitare di menzionare il rilievo fondamentale attribuito dal legislatore UE alla tutela della privacy. Invero, da ultimo con la Carta dei diritti fondamentali (preceduta dalla Carta di Nizza che aveva però mero valore di *soft law*), l'Unione europea ha eretto il diritto alla tutela della riservatezza a diritto imprescindibile di ogni cittadino dell'Unione, prevedendo che «[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e

⁴⁶⁹ Contrariamente ad altri atti di natura internazionale, la Convenzione europea consente una lecita interferenza della privacy da parte delle pubbliche autorità, il cui scopo d'azione viene però esplicitamente specificato. Per approfondimenti, si v. S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, 2005, pagg. 262 segg.

⁴⁷⁰ E dell'affermazione della sua imprescindibilità, oltre che del trattamento del diritto alla privacy come diritto distinto rispetto ad altri, si è occupata anche la Corte dei Diritti dell'Uomo, *inter alia*, nelle cause *Rotaru v. Romania*, *Amann v. Switzerland*; N. Scandamis, F. Sugalas, S. Stratakis, *Rival Freedoms in terms of Security: The Case of Data Protection and the Criterion of Connexity*, CEPS Challenge Research Paper N. 7, Centre for European Policy Studies, Brussels, December 2007, pag. 5. In particolare, nella causa *Rotaru c. Romania*, il signor Rotaru che aveva subito misure restrittive della propria libertà personale relative al trattamento dei propri dati personali (in violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea per i Diritti dell'Uomo) da parte del Governo rumeno, a causa di un'omonimia con un altro soggetto effettivamente bisognoso di sorveglianza ai fini di tutela della sicurezza nazionale, era stato soggetto a detto trattamento, vedendo lesa la propria privacy, in assenza di trattamento dei suoi dati da parte di autorità esplicitamente competenti, secondo procedure stabilite legislativamente in modo dettagliato, ciò che invece, secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, risultava carente nell'ordinamento rumeno. Difatti, la Corte, ai paragrafi 57 e 58, dice: «[s]ebbene l'art. 2 [della legge rumena 14/1992] abilita le autorità competenti ad autorizzare le ingerenze necessarie al fine di prevenire e contrastare le minacce alla sicurezza nazionale, i motivi di tale ingerenza non sono definiti con sufficiente precisione». *Rotaru c. Romania*, 4 maggio 2000, parr. 57,58, ricorso n. 28341/95. La Corte ha peraltro dichiarato che il Governo rumeno non aveva titolo per conservare ancora questi dati (tra l'altro attribuiti falsamente a Rotaru), prima di tutto perché in Romania non esisteva un quadro giuridico che regolasse la registrazione e la conservazione di informazioni e, tra l'altro, nessuna norma prevedeva che vi potesse essere una legittima interferenza con la privacy; inoltre, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che la conservazione è avvenuta per un periodo eccessivamente lungo ed infine ha chiarito che l'azione posta in essere dal Governo era totalmente sproporzionata allo scopo perseguito e che non esisteva, nella legislazione rumena, alcuna garanzia di supervisione sulla privacy da parte di autorità indipendenti. S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, cit., pagg. 264 segg.; D.J. Solove, M. Rotenberg, P.M. Schwartz, *Information Privacy Law*, Aspen Publishers, New York, 2006, pagg. 893 segg.

delle proprie comunicazioni» (articolo 7)⁴⁷¹. Nel periodo precedente all'adozione della Carta di Nizza, ad ogni modo, la tutela della privacy veniva garantita anche nell'Unione europea in ragione del valore fondamentale che alla stessa veniva attribuito dalla Convenzione europea: la Corte di giustizia aveva infatti riconosciuto l'importanza della Convenzione europea quale testo di riferimento per interpretare le leggi degli Stati membri in un'ottica di rispetto dei diritti fondamentali⁴⁷², pur dichiarandosi incompetente a giudicare della compatibilità delle leggi di uno Stato membro con la stessa Convenzione europea⁴⁷³. Inoltre, la stessa Corte di giustizia non ha mancato di riconoscere la tutela della privacy come diritto fondamentale ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione europea⁴⁷⁴. La tutela dei diritti personali è stata considerata, in modo dissociato ed in un secondo momento, come si vedrà nel successivo paragrafo.

II.V. Cenni sulla tutela giuridica dei dati personali

In un momento successivo rispetto al riconoscimento normativo e giurisprudenziale del diritto alla privacy, la tutela dei dati personali ha seguito invece un percorso giuridico differente. In realtà, quest'ultima ha iniziato ad essere considerata dopo

⁴⁷¹ Si segnala che nel periodo ricompreso tra l'adozione della Carta di Nizza e la sua entrata in vigore, la tutela della privacy rivestiva ugualmente un carattere fondamentale, sulla stregua degli interventi frequenti della Corte di Giustizia dell'UE, anche precedenti alla Carta di Nizza, volti ad affermare caso per caso in via giurisdizionale, l'esistenza di principi fondamentali della persona. V. sentenza del 17 settembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 30/70, ECLI:EU:C:1970:100 e sentenza del 14 maggio 1974, *Nold/Commissione*, causa 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 analizzate *supra* al cap. I.II. e I.IV. Nel periodo successivo all'approvazione della Carta di Nizza, anche grazie alla Corte di giustizia, il valore della tutela della privacy ha sempre avuto un carattere fondamentale anche perché gli stessi principi fondatori di siffatta Carta, erano già parte integrante del sistema giuridico UE, in quanto presupposti comuni di molte tradizioni costituzionali dei Membri e di molte delle convenzioni internazionali. V. in tal senso, U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, cit., pagg. 15 segg.

⁴⁷² V., per es., sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, causa 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, in particolare punto 18.

⁴⁷³ V., in tal senso, sentenza del 30 settembre 1987, *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd*, causa 12/86, ECLI:EU:C:1987:400, in particolare punto 28.

⁴⁷⁴ Sentenze del 5 ottobre 1994, *X/Commissione*, C-404/92, ECLI:EU:1994:361; del 14 ottobre 1999, *The Bavarian Lager Company Ltd/Commissione*, T-309/97, ECLI:EU:T:1999:257. V. altresì, A. Ali, *I diritti della personalità nell'Unione europea tra tutela della vita privata e rispetto del valore della dignità umana*, cit., pagg. 79 segg.; v. anche O. Lynskey, *From Market-Marketing Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Pouillet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013, pagg. 73 segg.; J. Kokott, C. Sobotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, cit., pagg. 84 segg.

che l'attività interpretativa dei giudici e della dottrina ha precisato il diritto alla privacy, contestualizzandolo nel settore della riservatezza delle informazioni personali.

Proprio per la ragione descritta, e dunque in particolare all'esito dell'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo e contemporaneamente allo sviluppo dei primi dispositivi automatizzati⁴⁷⁵, a livello internazionale nel 1981 è stato adottato un primo strumento specializzato di tutela del trattamento dei dati personali, sempre in seno al Consiglio d'Europa. Si tratta segnatamente della Convenzione europea per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, più comunemente nota come "Convenzione 108"⁴⁷⁶. Converrà brevemente accennare che i ventisette articoli della Convenzione 108, racchiudono principi base circa generiche definizioni, *inter alia*, di tutela dei dati, dati a carattere personale, dati sensibili, raccolta automatizzata di dati, trattamento automatizzato o relativamente alle qualità che i dati personali devono dimostrare al fine di essere debitamente salvaguardati (in particolare, il rispetto dei principi di legalità, finalità legittima, adeguatezza e pertinenza, esattezza e conservazione limitata al tempo necessario). Per parte della dottrina, per la prima volta, detta Convenzione avrebbe costituito una sorta di "regola d'oro"⁴⁷⁷, in quanto prevede vari diritti per l'individuo cui appartengono i dati di volta in volta in questione, che gli garantiscono la pretesa di ottenere la conferma dell'esistenza di una collezione automatizzata di dati che lo riguardano o della conservazione degli stessi, la rettifica o la cancellazione (se inesatti o raccolti illegittimamente)⁴⁷⁸. Dunque, mentre la suddetta Convenzione 108 si occupa di

⁴⁷⁵ Vale la pena rammentare che il precursore di Internet è nato nel 1964 (v. *supra* cap. I.II. e nota 44) quindi dopo l'entrata in vigore delle più importanti carte internazionali sui diritti umani e all'epoca di certo non si percepiva il pericolo che le informazioni (anche personali) circolanti attraverso la rete digitale avrebbero subito. Un primo approccio in tal senso si è quindi avuto con la Convenzione 108 qui in esame.

⁴⁷⁶ Convenzione europea per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale o Convenzione 108/1981, <http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/108.htm>, entrata in vigore nel 1985, ratificata da 43 Stati, tra cui l'Italia nel 1997.

⁴⁷⁷ F.W. Hondius, *A quarter century of international data protection*, in *Hague Yearbook of International Law*, 2005, pag. 31.

⁴⁷⁸ Per un approfondimento schematico sulla Convenzione 108 e sull'articolo della Convenzione europea, si v. anche F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, *cit.*, pagg. 60-63; C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, *cit.*, pagg. 110 segg.; A. Ali, *I diritti della personalità nell'Unione europea tra tutela della vita privata e rispetto del valore della dignità umana*, *cit.*, pagg. 81 segg.; C. Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2013, pag. 35.

disciplinare l'aspetto prettamente procedurale della tutela dei dati personali, ma ha valore vincolante per gli Stati che l'hanno ratificata, d'altra parte le Linee guida sulla Protezione della Privacy e sui Flussi Transfrontalieri di Dati a Carattere Personale dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) del 1980⁴⁷⁹, pur avendo carattere di *soft law* con l'ambizione di uniformare le legislazioni degli Stati in materia, ha considerato il diritto alla tutela dei dati personali già come diritto fondamentale. Le Linee guida OCSE del 1980 sono state recentemente modificate ed aggiornate nel 2013⁴⁸⁰, anche alla luce delle nuove esigenze dettate da ancor più nuove tecnologie e, in sintesi, si fondano su di un numero limitato di principi basilari, tra i quali si ritrovano il principio di legalità e trasparenza della raccolta e del trattamento dei dati, il principio di accuratezza relativamente alla correttezza del dato registrato, il principio della finalità limitata circa gli scopi per cui i dati sono raccolti, il principio di accesso per colui al quale appartengono le informazioni, il principio di non discriminazione secondo il quale non possono essere raccolti i dati che potrebbero comportare motivi di discriminazione per il relativo soggetto implicato, il principio della deroga (o clausola umanitaria) solo se risulta necessaria ad evitare pericoli per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la salute o la moralità pubbliche, il principio di sicurezza con riguardo all'adeguatezza dei metodi di conservazione dei dati, il principio per cui i flussi transfrontalieri di dati devono essere permessi liberamente tra Paesi che garantiscono tutele compatibili⁴⁸¹.

Ai testi legislativi sopra menzionati ha fatto eco, una decina di anni dopo, anche quello delle Nazioni Unite, vale a dire una Risoluzione del 1990, non

⁴⁷⁹ Testo disponibile al sito <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

⁴⁸⁰ Il testo aggiornato è ora disponibile al sito http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Si osserva che nella versione aggiornata non sono presenti modifiche dei principi base, bensì aggiunte relativamente a disposizioni in materia di *enforcement* e di autorità di controllo, di collaborazione fra le autorità competenti, di maggior responsabilizzazione dei titolari di trattamento, invitando tutti i Paesi membri dell'OCSE a darne seguito e applicazione. Per un approfondimento sulle Linee Guida aggiornate, si v. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pagg. 107 segg.; C. Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, cit., pag. 36; O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, in A. Rallo Lombarte, R. García Mahamut, *Hacia un Nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, 2015, pagg. 148 segg.

⁴⁸¹ Per approfondimenti, si v. G. Gunasekara, *The "Final" Privacy Frontier? Regulating Transborder Data Flows*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2007, 17, 2, pagg. 150 segg. e E. Lawson, *Privacy*, in *Encyclopedia of Human Rights*, Taylor and Francis Inc., 1989, pagg. 1230 segg.

giuridicamente vincolante, sui principi guida per la regolamentazione dei file di dati personali computerizzati⁴⁸².

In un certo senso, l'ambizione delle Linee Guida dell'OCSE non è stata tradita, giacché, almeno per quanto concerne le normative adottate nell'ambito dell'Unione europea, queste hanno seguito di pari passo i principi enucleati dall'OCSE, integrandoli con quelli adottati dalla Convenzione 108.

La traccia delle Linee Guida OCSE insieme a quella dei principi della Convenzione 108, si riscontra anche nella scelta, da parte dell'Unione europea, di tutelare i dati personali, la cui protezione ha subito uno slancio ed è stata maggiormente efficace grazie alla stipulazione del Trattato di Maastricht del 1992⁴⁸³. Invero, detto Trattato ha posto le basi per la creazione di quella che è oggi, anche se con ulteriori e sostanziali modifiche (in particolare con il Trattato di Lisbona), l'Unione europea, in particolare attraverso l'avvio della politica di integrazione europea, la libera circolazione delle persone siglata con l'Accordo di Schengen e la creazione del mercato unico, con l'abolizione delle dogane interne tra Stati membri⁴⁸⁴. Proprio in conseguenza di quest'ultimo obiettivo, vale a dire la creazione del mercato unico insieme alla contestuale necessità di far circolare più rapidamente dati e informazioni rilevanti, anche di carattere personale, si è rivelata essenziale una disciplina che tutelasse al meglio possibile le informazioni personali dei cittadini dell'UE⁴⁸⁵. Non erra dunque in dottrina chi sostiene che le origini della tutela dei dati personali siano prettamente economiche⁴⁸⁶.

Pertanto, sebbene già esistesse qualche normativa a livello nazionale a tutela della raccolta e del trattamento di dati personali⁴⁸⁷, i risultati apparivano però insufficienti a far fronte alle esigenze del nuovo mercato unico europeo e così si percepiva il

⁴⁸² C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 98.

⁴⁸³ Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 (GUCE 1992 C 191).

⁴⁸⁴ F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pagg. 64 segg.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ V. 26° *International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity*, cit.

⁴⁸⁷ Ci si riferisce, in particolare, all'esperienza francese del 1970 quando è stata emanata una legge che esplicitamente riconosceva "*le droit à la vie privée*", in modo però generico e non specificamente mirato alla tutela dei dati personali, e all'esperienza tedesca dello stesso anno (nello specifico del Land dell'Assia) che regolamentava il trattamento di dati personali e la loro conservazione in banche dati, introducendo divieti di schedature di massa. Dette leggi si sono poi evolute in versioni più aggiornate e rispondenti alle contingenze storiche e sociali, ma è importante sottolineare che fu la Spagna, nel 1978, che per prima costituzionalizzò il diritto alla riservatezza nell'articolo 18 della propria carta costituzionale. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pagg. 59 segg.

bisogno di una normativa estesa a tutto il territorio dell'Unione e quanto più possibile armonizzata, affinché questa potesse essere applicata in modo uniforme negli Stati membri.

La scelta del legislatore UE è così ricaduta sullo strumento della direttiva: dopo una serie di trattative durate circa cinque anni, è stata infine adottata la direttiva 95/46/CE⁴⁸⁸ nell'ambito di quello che all'epoca era il primo pilastro dell'Unione (ovvero il mercato comune, l'unione economica e doganale)⁴⁸⁹. Lo scopo principale della direttiva, data la scelta dello strumento normativo, era ovviamente mirato ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di tutela dei dati personali, per ridurre il divario nelle differenze di disciplina che avrebbero ostacolato la rapida e libera circolazione dei dati personali tra gli stessi Stati membri, e ciò avrebbe direttamente comportato un rallentamento nella crescita economica di tutta l'Unione⁴⁹⁰.

Tuttavia, nonostante l'obiettivo cui il legislatore comunitario mirava sia stato raggiunto con successo, il tratto di maggior rilevanza della direttiva 95/46 sta piuttosto nel fatto che essa sostanzialmente ha rappresentato, agli occhi della dottrina, un corpo unico di disposizioni volto a stabilire degli standard normativi da impiegare secondo un ambito di applicazione molto vasto⁴⁹¹, che viene persino considerato quale modello di riferimento per le legislazioni in materia di dati personali di Paesi terzi⁴⁹² o come modello che sia da spunto per un eventuale futuro accordo internazionale sulla raccolta, il trattamento e il trasferimento di informazioni personali⁴⁹³, caratterizzato da una certa flessibilità nel consentire la

⁴⁸⁸ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995.

⁴⁸⁹ Il secondo pilastro riguardava la Giustizia e gli Affari Interni, mentre il terzo la Politica Estera e di Sicurezza Comune. Ora la struttura a pilastri è stata abolita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, così segnando il passaggio da una Comunità più orientata allo sviluppo economico ad un'Unione in cui si ambisce anche ad aumentare il benessere dei cittadini attraverso la tutela dei loro diritti fondamentali. Per approfondimenti, si v. R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.

⁴⁹⁰ A. Ali, *I diritti della personalità nell'Unione europea tra tutela della vita privata e rispetto del valore della dignità umana*, cit., pag. 82.

⁴⁹¹ P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, pag. 1974.

⁴⁹² J.P. Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*, cit., pag. 119; v. anche P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, cit., pag. 1968, per quanto concerne l'idea che la legislazione sulla privacy europea abbia costituito un modello internazionale di base, influenzando a gamba tesa nel modo in cui le società trattano i dati personali.

⁴⁹³ A.E. Wade, *A New Age of Privacy Protection: a Proposal for an International Personal data Privacy Treaty*, in *The George Washington International Law Review*, 2010, 3, vol. 42, pag. 676.

raccolta e il trattamento di dati personali altrimenti non consentiti, qualora si sia in presenza di determinate condizioni e soprattutto laddove proporzionati⁴⁹⁴.

Apparentemente, la direttiva 95/46 presenta un duplice scopo. Da un lato, come testé menzionato, il primo scopo sarebbe motivato dalla necessità di armonizzare le legislazioni nazionali e fare sì che lo scambio delle informazioni sia consentito e svolto in modo più rapido per il miglior funzionamento del mercato comune⁴⁹⁵. E detto obiettivo sembra essere stato pienamente centrato, nonostante lo strumento della direttiva imponga di armonizzare le legislazioni nazionali vincolando gli Stati membri al solo raggiungimento del risultato in essa previsto e lasciandoli contestualmente liberi di decidere le modalità con cui raggiungerlo. L'efficacia del suddetto sistema è stata resa possibile grazie al principio del mutuo riconoscimento per il quale in ogni Stato membro si applica la legge di tutela dei dati del Paese in cui ha sede lo stabilimento principale del titolare del trattamento, di tal sorta che il trattamento dei dati che vengano scambiati tra vari Stati membri è considerato legittimo se effettuato conformemente alla normativa del Paese di stabilimento del rispettivo titolare, a prescindere dal fatto che sia diverso dal soggetto cui i dati appartengono o dallo Stato in cui il trattamento effettivamente avviene⁴⁹⁶. Tuttavia, per raggiungere siffatto obiettivo, si è dovuto altresì conseguire un secondo, più eticamente elevato fine, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali nel contesto del trattamento dei dati personali⁴⁹⁷. Secondo Lynskey, sulla base di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l'adozione di un atto normativo comunitario potrebbe essere guidata da più scopi contemporaneamente e sarebbe di conseguenza possibile affermare che uno tra questi sia preminente rispetto ad altri. In tal senso, quindi, nel caso della direttiva 95/46, lo scopo principale sarebbe proprio rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali⁴⁹⁸.

Ora, l'obiettivo della creazione e dello sviluppo del mercato interno, anche e soprattutto grazie alla circolazione delle informazioni personali, è stato permesso

⁴⁹⁴ A.C. Raul, E. McNicholas, E. Jillson, *Reconciling European Data Privacy Concerns with US Discovery Rules: Conflict and Comity*, in *Global Competition Litigation Review*, Sweet & Maxwell, 2009, pag. 125.

⁴⁹⁵ O. Lynskey, *From Market-Marketing Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013, pagg. 64 segg.

⁴⁹⁶ F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pagg. 65 segg.

⁴⁹⁷ O. Lynskey, *From Market-Marketing Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, cit., pagg. 64 segg.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

grazie alla particolare struttura della direttiva 95/46, che riprende essenzialmente i principi precedentemente sviluppati da altri atti specializzati a livello internazionale e li sviluppa in un contesto meno generico e più dettagliato. Tale direttiva si rifà sinteticamente ai nove principi cardine della protezione dei dati personali (già enucleati dalla Convenzione 108), tra i quali figurano quelli relativi al trattamento corretto e legittimo dei dati, alla trasparenza, alla partecipazione del titolare dei dati e alla sua facoltà di controllo, alla finalità limitata, alla minimizzazione dei dati (ossia alla conservazione dei dati che siano strettamente necessari), alla qualità dell'informazione (in particolare con riguardo alle modalità di conservazione e trattamento), alla proporzionalità, alla sicurezza e alla sensibilità (nel senso della natura sensibile di taluni dati rispetto ad altri)⁴⁹⁹.

Si deve però considerare che la direttiva 95/46 è stata integrata, a seconda dei contesti in cui ci si trovava ad operare, da altri strumenti normativi⁵⁰⁰, tra cui la direttiva 2002/58 in materia di tutela dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche⁵⁰¹, la direttiva 2006/24 che modifica e integra la direttiva 2002/58⁵⁰², ma che, per la verità è stata invalidata dalla Corte di giustizia nel corso del 2014 con la nota sentenza *Digital Rights Ireland*⁵⁰³.

⁴⁹⁹ F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pagg. 182 segg. Per approfondimenti sulle disposizioni della direttiva si rimanda al testo della stessa in C. Focarelli, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pagg. 73-127; oltre che a P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, cit., pag. 64; S. Peers, T. Hervej, J. Kenner, A. Ward (cur.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, 2014, pagg. 239 segg.

⁵⁰⁰ Per un approfondimento sugli altri strumenti adottati, si v. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pagg. 128-139.

⁵⁰¹ 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), GU L 201 del 31.7.2002, pagg. 37-47.

⁵⁰² Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, GU L 105 del 13.4.2006.

⁵⁰³ Sentenza dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12 (ECLI:EU:C:2014:238). In questa sentenza che vede due cause riunite in un unico procedimento pregiudiziale, la Corte di giustizia si è trovata a giudicare di una controversia, nei rispettivi procedimenti principali, tra la società irlandese Digital Rights e le autorità irlandesi in merito alla legittimità di provvedimenti nazionali riguardanti la conservazione di dati relativi a comunicazioni elettroniche e, d'altra parte, che investe il Verfassungsgericht austriaco di ricorsi in materia costituzionale presentati dalla Kärntner Landesregierung (governo del Land di Carinzia), nonché da numerosi altri ricorrenti, che miravano ad ottenere l'annullamento della disposizione nazionale che attua la direttiva nel diritto austriaco. Premesso che la direttiva è volta a rendere disponibili una serie di dati a fini di indagine, in casi predeterminati di contrasto alla criminalità, alla soluzione di tale questione pregiudiziale la Corte di giustizia avrebbe dovuto dichiarare se le disposizioni nazionali in questione fossero o meno conformi al diritto dell'UE. Tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno

Secondo Stylianou, siffatta disciplina non era, né sarebbe attualmente (nella misura in cui la stessa fosse ancora in vigore) sufficiente a rispondere alle necessità percepite dai cittadini e dettate dal costante sviluppo delle nuove tecnologie. In effetti, sarebbe inevitabile che la tecnologia digitale si scontrasse con la privacy, dal momento che ora essa consente non solo di localizzare l'utente di un certo dispositivo, e quindi di tracciarne i movimenti territoriali, bensì anche di registrarne i movimenti comportamentali in termini di scelte e di abitudini di vita e di consumo, divenendo perciò una minaccia sia per ciò che l'individuo vuole mantenere in ogni caso riservato, sia per ciò che egli sarebbe disposto a rivelare, purché poi queste informazioni non vengano utilizzate a suo svantaggio, magari influenzando sulle proprie decisioni⁵⁰⁴. Invero, come si vedrà nel prosieguo, sono diffusi l'uso e la combinazione di dati personali relativi ad un soggetto che consentano di individuare le abitudini comportamentali dello stesso, al fine di influenzare le future scelte in materia di consumi, in particolare attraverso il cosiddetto *behavioural advertising*⁵⁰⁵. Secondo alcuni, la normativa adottata fino a prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non sarebbe stata adeguata in ragione della sua completa dissonanza sia con le tecnologie esistenti, sia con lo sviluppo prospettico delle stesse⁵⁰⁶. Sarebbe invece più consono un metodo che combini due tipi differenti di regolamentazioni: da un lato, una disciplina che governi la raccolta di

dovuto constatare un'invalidità della direttiva 2006/24, poiché imponendo la conservazione di tali dati e consentendovi l'accesso alle autorità nazionali competenti, essa si ingerisce in modo eccessivamente grave e pesante nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, determinando così un'ingerenza eccessiva e totalmente ingiustificata rispetto al fine perseguito, il che determina una violazione del principio UE di proporzionalità cui le istituzioni comunitarie sono tenute nell'adozione dei loro atti. Inoltre, la direttiva avrebbe dovuto altresì imporre l'obbligo di non trasferire i dati verso Paesi terzi, determinando così la loro conservazione nel solo territorio UE. Per approfondimenti si v. anche K. Lachmayer, *Rethinking privacy beyond borders*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1, pagg. 84 segg.; C. Doksey, *The European Court of Justice and the Decade of Surveillance*, cit., pagg. 97-111; E.A. Rossi, *Il diritto alla privacy nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2014, 3, pagg. 352 segg.; A. Vidaschi, V. Lubello, *Data retention and its implications for the Fundamental Right to Privacy*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1, pagg. 14-33; V. Mitsilegas, *The transformation of Privacy in an Era of Pre-emptive Surveillance*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1, pagg. 47 segg.

⁵⁰⁴ K.K. Stylianou, *Hasta la Vista Privacy, or how technology terminated privacy*, in C. Akrivopoulou, A. Psygkas, *Personal Data Privacy and Protection in a Surveillance Era*, IGI Global, 2011, pagg. 45 segg. Si v. cap. III.

⁵⁰⁵ Si v. cap. III.IX. e cap. IV.I. *infra*.

⁵⁰⁶ K.K. Stylianou, *Hasta la Vista Privacy, or how technology terminated privacy*, cit., pag. 53.

dati, ma dall'altro lato anche una disciplina che si occupi di regolamentare l'uso che dei dati raccolti si possa effettuare⁵⁰⁷.

Il panorama giuridico della tutela dei dati personali nell'ordinamento UE ha subito un netto cambiamento a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sembra che, nonostante sia comunque orientato a racchiudere i suddetti due tipi di regolamentazione in un solo atto normativo, stia comunque raccogliendo i suggerimenti della dottrina poc'anzi citata. Per meglio comprendere questa evoluzione, si ritiene opportuno analizzarla separatamente nel paragrafo seguente.

II.VI. Segue: la tutela dei dati personali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona

Dunque, i dati personali hanno ricevuto una tutela ancor più stringente e ampia a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tre sono stati gli eventi che, con ordine, si andranno ad approfondire e che sono rappresentati dall'inserimento della tutela dei dati personali nei Trattati istitutivi, dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali e del suo articolo 8 e dall'adozione e la successiva entrata in vigore della riforma UE sulla tutela dei dati personali.

In primo luogo, è opportuno rilevare che mai fino al 2009 la tutela dei dati personali era stata inserita nei Trattati istitutivi dell'Unione. Ciò è occorso appunto con la conclusione del Trattato di Lisbona, il quale ha fatto sì che si trovi traccia della protezione delle informazioni sia all'articolo 39 del Trattato sull'Unione europea, sia all'articolo 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Ora, mentre per quanto concerne l'articolo 39 del Trattato sull'Unione europea⁵⁰⁸ questo estende la tutela dei dati personali prevista in altri settori, in particolare, all'uso dei dati nell'ambito del settore della politica estera e della sicurezza comune, l'articolo 16 TFUE prevede invece in modo esplicito e generico che *«[o]gni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la*

⁵⁰⁷ *Ibidem*, pag. 54.

⁵⁰⁸ Trattato sull'Unione europea, (GU 2016 C 202), disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=IT>.

riguardano». Al secondo paragrafo, la disposizione continua prevedendo le procedure per l'adozione di norme relative alla materia qui in esame.

In secondo luogo, la Carta dei diritti fondamentali (già analizzata *supra*)⁵⁰⁹ ed entrata in vigore nel 2009, ha stabilito che «*[o]gni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*». La novità significativa a tal riguardo non sta tanto nel contenuto della disposizione, bensì nel valore che solo in tempi recenti il diritto alla tutela dei dati personali ha finalmente ricevuto nell'ordinamento UE. Invero, attualmente il diritto alla tutela dei dati personali è stato elevato al livello più alto della gerarchia dei diritti, condividendo il vertice di importanza con il diritto alla dignità (analizzato nel primo capitolo), presente all'articolo 1 della medesima Carta, confermando un'evoluzione giuridica durata per più di quattro decenni⁵¹⁰. Tuttavia, secondo Rodotà, nonostante la suddetta Carta rappresenti una sostanziale ridefinizione dei principi costituenti l'Unione europea, essa non potrebbe fungere da punto di arrivo, dunque da mera sintesi dell'opera giurisprudenziale, normativa e dottrinale dei decenni precedenti la sua entrata in vigore, ma sarebbe piuttosto un punto di partenza per fare in modo che i diritti fondamentali in essa sanciti vengano maggiormente protetti e che venga loro conferito uno spazio di attuazione⁵¹¹; e così dovrà essere pure per la tutela dei dati personali. L'originalità del documento sta nel fatto che tende a disfarsi delle precedenti gerarchie per crearne una di nuova, in cui i diritti fondamentali sono imprescindibili ed ostacolano il loro bilanciamento con altri diritti o valori⁵¹².

Infine, è dunque necessario affrontare l'analisi della riforma sulla tutela dei dati personali che, dopo anni di trattative, progetti di atti normativi e conseguenti modifiche, ha finalmente visto la luce e l'entrata in vigore nel 2016. In particolare, il "pacchetto" della riforma dei dati personali comprende due atti: da un lato, il

⁵⁰⁹ V. cap. II.IV. *supra*.

⁵¹⁰ P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, cit., pag. 65.

⁵¹¹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, pagg. 31 segg.

⁵¹² *Ibidem*.

regolamento n. 2016/679⁵¹³ che disciplina la raccolta e il trattamento di dati personali delle persone fisiche e che è destinato a sostituire la direttiva 95/46 dal momento della sua applicazione ufficiale stabilita al 2018, e dall'altro lato dalla direttiva 2016/680 in materia di trattamento di informazioni a carattere personale a fini di investigazione, indagine, accertamento e perseguimento di reati⁵¹⁴. Ai fini di questa dissertazione sarà sufficiente considerare il primo degli atti summenzionati, più pertinente allo sviluppo della ricerca.

Sarà comunque conveniente premettere che da tempo si percepiva l'esigenza di novità legislative nel settore della privacy che fossero in grado di rispondere alle nuove domande o ai nuovi rischi della tecnologia, in quanto la direttiva 95/46, sebbene adottata proprio negli anni in cui il *World Wide Web* iniziava a diffondersi, non era in grado di reagire agli stimoli socio-economici esterni apportati dallo sviluppo delle tecnologie⁵¹⁵. Infatti, le motivazioni principali che hanno portato il legislatore UE a puntare ad un rinnovamento consistente della normativa di settore, sono per la maggior parte collegate allo sviluppo che nei vent'anni di vita della direttiva 95/46 hanno subito le tecnologie e al fatto che la medesima direttiva non fosse più adeguata a disciplinare le fattispecie che da queste potessero conseguire. Inoltre, lo strumento normativo scelto all'epoca, ossia la direttiva, aveva implicato che in tutti gli Stati membri le legislazioni in materia di tutela della privacy potessero essere significativamente diverse, nonostante vi fosse comunque l'obiettivo comune di far circolare liberamente i dati personali tra gli Stati membri, a certe condizioni e nell'alveo di determinate tutele minime. Dopo l'entrata in vigore e l'attuazione della direttiva 95/46, l'assetto normativo UE in materia di tutela della privacy, dunque, era piuttosto armonizzato, ma non ancora a sufficienza per garantire un perfetto funzionamento della libera circolazione dei dati, anche con riguardo alla realizzazione del mercato unico. Va da sé che lo strumento normativo

⁵¹³ 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), GU L 119 del 4.5.2016.

⁵¹⁴ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, GU L 119 del 4.5.2016.

⁵¹⁵ L.A. Bygrave, *Data privacy law and the Internet: policy challenges*, in N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson, S. Rodrick (cur.), *Emerging challenges in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2014, pag. 260.

scelto per la riforma della materia è il regolamento, vincolante per tutti gli Stati membri allo stesso modo ed in ogni sua parte. Infine, la riforma ha dovuto tener conto della rivoluzione dei diritti fondamentali occorsa nell'UE a partire dal 2009. Difatti, se in precedenza il diritto alla privacy risultava avere valore essenziale sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, ciò (almeno teoricamente) lasciava comunque un maggiore margine di manovra per quanto riguarda la possibilità per i giudici o per i legislatori di comprimerlo a fronte di esigenze diverse. Dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, il diritto alla privacy e ai dati personali avrebbe necessariamente dovuto ricevere una tutela più efficace e gerarchicamente sovraordinata, poiché effettivamente riconosciuto come fondamentale⁵¹⁶. Peraltro, secondo Albrecht, a dette motivazioni se ne aggiungerebbero altre che consisterebbero nella necessità di introdurre un effetto extraterritoriale della normativa sulla privacy (così come già avviene per il diritto della concorrenza⁵¹⁷), ma anche per tutelare la situazione dei responsabili del trattamento di dati personali e degli interessati (le persone fisiche identificate o identificabili cui i dati si riferiscono)⁵¹⁸. Sotto il profilo economico, inoltre, la differenza sussistente tra le legislazioni in materia di dati personali nei vari Stati membri, ancora perdurante nella vigenza della direttiva 95/46, avrebbe comportato una situazione in cui si determinava una sensibile distorsione della concorrenza tra le imprese che, utilizzando i dati personali, risultavano più favorite di altre assoggettate alla legge di uno Stato membro diverso⁵¹⁹.

Dunque, alla luce di quanto sopra, appariva necessario predisporre un testo normativo che riprendesse certamente quanto di positivo era stato fatto nel passato⁵²⁰, ma che si spingesse oltre, anche oltre la necessità di garantire una tutela più armonizzata e identica in tutti gli Stati membri⁵²¹, per ricomprendere quelle fattispecie giuridiche difficilmente inquadrabili rispetto alla casistica che si

⁵¹⁶ P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, cit., pagg. 65 segg.

⁵¹⁷ Per approfondimenti si v. cap. IV. *infra*.

⁵¹⁸ V. articolo 4, regolamento n. 2016/679.

⁵¹⁹ J.P. Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*, cit., pag. 121.

⁵²⁰ Secondo Albrecht, la riforma non ha rappresentato una rivoluzione in materia di tutela di dati personali, ma rappresenta comunque un passo enorme in avanti nell'adeguamento delle fattispecie astratte a quelle concrete della vita reale, sempre più digitalizzata. *Ibidem*, pag. 124.

⁵²¹ *Ibidem*, pag. 120.

concretizza con caratteristiche di continua novità, di pari passo con lo sviluppo della tecnologia.

Detto testo è stato quindi approvato dopo una lunga serie di trattative, ma dal punto di vista contenutistico non rinuncia alle tutele già approntate e disponibili grazie all'applicazione della direttiva 95/46. In particolare, si nota come, sorprendentemente, nonostante la continua ed imperversante innovazione tecnologica, il regolamento n. 2016/679 (anche detto *General Data Protection Regulation*, abbreviato "GDPR") accoglie tutti i concetti e i principi basilari precedentemente enucleati dalla direttiva 95/46, assoggettandoli però ad un procedimento di chiarificazione e, in qualche modo, di rinnovamento. Esempi di siffatto rinnovamento si ritrovano, a titolo esemplificativo, nella ripulitura della nozione di minimizzazione dei dati, sulla base della quale il trattamento dei dati personali dovrà d'ora in poi essere limitato a quelli strettamente necessari⁵²². Un'altra espressione che è stata meglio chiarita è rappresentata dalla nozione di "privacy by design"⁵²³. Tale espressione considera la privacy in una fase tecnologica molto avanzata, tale per cui le impostazioni in materia di privacy presenti nei vari dispositivi digitali possano essere definite e decise in base alle esigenze individuali di ogni soggetto, titolare di informazioni personali raccolte e

⁵²² P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, cit., pag. 66 segg

⁵²³ L'elaborazione di tale concetto, sviluppatasi a partire dagli anni '90 ad oggi, si basa sull'uso di un metodo proattivo di approccio alla tutela della privacy che è essenzialmente basato sull'inserimento ed il conseguente uso di tecnologie particolari, incluse nei prodotti informatici o relativamente ai servizi informatici sin dalla rispettiva progettazione. La realizzazione e il funzionamento di detta strumentazione si basa ovviamente sui principi giuridici applicativi della tutela della privacy (ad esempio, a tal proposito si vedano i *Fair Information Practice Principles* americani di cui si tratterà *infra*). La *privacy by design* non può che essere identificata con la tutela della privacy attraverso il design, la progettazione, degli strumenti informatici che consentono la protezione dei dati personali sin da quando l'utente inizia a farne uso. Ciò significa evidentemente che nella fase di progettazione di detti strumenti, ci si debba porre da subito delle questioni molto rilevanti relative i possibili rischi per la confidenzialità dei dati e per l'autodeterminazione informativa che risulterebbe lesa nel caso in cui i suddetti dati fossero violati o comunque trattati in maniera illegittima. Accanto al concetto di *privacy by design*, sarebbe opportuno considerare anche quello contestuale di *privacy by default*, il quale, ai fini della tutela della riservatezza delle informazioni personali, implicherebbe l'utilizzo di determinati meccanismi di protezione di *default*, vale a dire in modo automatico, scelti a priori dai produttori dei prodotti informatici o dai fornitori dei servizi informatici, fatta salva la facoltà di cambiare le impostazioni di protezione iniziale da parte del soggetto che di quei prodotti o di quei servizi fa uso. A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2015, 1, pagg. 198 segg. Alcuni accademici di lingua italiana, reinterpretano il concetto con l'espressione "privacy incorporata" che si avvale prevalentemente e con maggior successo di tecniche di criptazione o anonimizzazione e di non tracciamento. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 63. Per ulteriori approfondimenti si v. G. D'Acquisto, M. Naldi, *Big Data e Privacy by Design*, Giappichelli, 2017.

trattate da detti dispositivi, consentendo così a quest'ultimo di creare una sorta di cessione di proprie informazioni calibrata su misura delle proprie esigenze.

Tra le altre peculiarità innovative del recente testo normativo in materia di tutela dei dati personali figurano una spiccata tendenza per il tentativo di semplificazione e di riduzione dei costi pubblici e amministrativi (ad esempio attraverso l'eliminazione di alcuni procedimenti di notifica di trattamenti di dati personali da parte del titolare del trattamento stesso nei confronti dell'autorità garante competente), una forte propensione a sottolineare l'importanza dell'applicazione dei principi e sulle procedure per garantire il rispetto dei diritti e degli obblighi connessi alla privacy, garantendo peraltro un'applicazione più vasta di quella riservata alla direttiva 95/46 che ricomprende ora non solo il settore privato, bensì anche il trattamento dei dati personali effettuato nel settore pubblico⁵²⁴. Inoltre, il Regolamento pone l'accento e rafforza i concetti, in particolare, di “*interessato*” (la persona fisica cui le informazioni riservate si riferiscono) e di “*autorità di regolamentazione*”⁵²⁵.

Peraltro, tre elementi devono essere particolarmente sottolineati nell'analisi dei contenuti normativi del Regolamento, e sono rappresentati da, in primo luogo, l'aumento della possibilità, anche concreta, per l'interessato di controllare come viene effettuato il trattamento dei propri dati personali; in secondo luogo, la responsabilità concreta degli enti responsabili del trattamento, su cui il legislatore UE pone ora l'onere della prova, in un'eventuale fase contenziosa, di dimostrare di aver adeguatamente gestito il trattamento delle informazioni in questione; in terzo luogo, la necessità di un più efficace metodo di esecuzione, accompagnato da una sorveglianza più severa da parte delle autorità amministrative competenti (la cui indipendenza è stata ulteriormente rafforzata, anche alla luce della giurisprudenza UE)⁵²⁶ e l'intenzione di creare una rete collaborativa tra le autorità di controllo

⁵²⁴ P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, cit., pagg. 66 segg.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ V. sentenza del 9 marzo 2010, *Commissione/Germania*, C-518/07 (ECLI:EU:C:2010:125), punti 17-30, e in particolare, punti 21-25 qui riportati (enfasi aggiunta): «[o]rbene, la libera circolazione dei dati personali è tale da incidere sul diritto alla vita privata, come riconosciuto segnatamente all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v., in tal senso, Corte eur. D.U., sentenze *Amann c. Svizzera* del 16 febbraio 2000, *Recueil des arrêts et décisions 2000-II*, §§ 69 e 80, e *Rotaru c. Romania* del 4 maggio 2000, *Recueil des arrêts et décisions 2000-V*, §§ 43 e 46) e dai principi generali di diritto comunitario. Per tale motivo, e come emerge in particolare dal decimo 'considerando' e dall'art. 1 della direttiva 95/46, essa si propone anche di non indebolire la protezione assicurata dalle norme nazionali esistenti,

competenti su scala mondiale⁵²⁷. Orbene, secondo Albrecht, in particolare, uno dei propositi più pregevoli della riforma, oltre all'innalzamento della tutela dei dati personali in quanto diritto fondamentale ad un livello ancor più elevato, sarebbe rappresentato dalla sua "extraterritorialità" sia in termini geografici, sia settoriali. L'extraterritorialità geografica si riferirebbe infatti a tutele rafforzate nei confronti dei soggetti i cui dati sono trattati da società provenienti da Paesi terzi e che svolgono attività commerciali all'interno dell'area del mercato unico. D'altra parte, l'extraterritorialità settoriale si concretizzerebbe in una sorta di effetto orizzontale della legislazione così adottata in diversi settori normativi (ad esempio, dal mercato interno, alla cooperazione giudiziaria o di polizia tra Stati membri, a scopi di sicurezza interna)⁵²⁸. L'adozione di tale riforma ha peraltro consentito una migliore tutela dei diritti dei singoli individui, anche con riguardo all'impossibilità, a partire dal GDPR in poi, per gli operatori commerciali di scegliere quegli Stati (comunque all'interno dell'Unione) che applicassero un regime sanzionatorio più clemente rispetto ad altri⁵²⁹. Tale fenomeno, cosiddetto di "forum shopping", ora non avrebbe più ragion d'essere nella misura in cui il GDPR non necessita di essere implementato in ogni Stato membro e sono stati azzerati, entro i confini del

ma, al contrario, di garantire, nella Comunità, un elevato grado di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali con riguardo al trattamento dei dati personali (v., in tal senso, sentenze Österreichischer Rundfunk e a., cit., punto 70, nonché 16 dicembre 2008, causa C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, Racc. p. I-9831, punto 52). Le autorità di controllo previste all'art. 28 della direttiva 95/46 sono quindi le custodi dei menzionati diritti e libertà fondamentali, e la loro designazione, negli Stati membri, è considerata, come rilevato dal sessantaduesimo 'considerando' della citata direttiva, un elemento essenziale per la tutela delle persone con riguardo al trattamento di dati personali. Al fine di garantire detta protezione, le autorità di controllo devono assicurare un giusto equilibrio fra, da un lato, il rispetto del diritto fondamentale alla vita privata e, dall'altro, gli interessi che impongono una libera circolazione dei dati personali. Peraltro, in base all'art. 28, n. 6, della direttiva 95/46, le varie autorità nazionali sono chiamate a prestarsi reciproca cooperazione e persino ad esercitare i loro poteri su domanda dell'autorità di un altro Stato membro. La garanzia dell'indipendenza delle autorità nazionali di controllo è diretta ad assicurare l'efficacia e l'affidabilità del controllo del rispetto delle disposizioni in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e deve essere interpretata alla luce di tale finalità. Essa non è stata disposta al fine di attribuire uno status particolare a dette autorità ed ai loro agenti, bensì per rafforzare la protezione delle persone e degli organismi interessati dalle loro decisioni. Ne discende che, nello svolgimento delle loro funzioni, le autorità di controllo devono agire in modo obiettivo ed imparziale. A tale fine esse devono essere sottratte a qualsiasi influenza esterna, compresa quella, diretta o indiretta, dello Stato o dei Länder, e non solamente essere poste al riparo dall'influenza degli organismi controllati».

⁵²⁷ P. Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, cit., pagg. 68-69.

⁵²⁸ J.P. Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*, cit., pagg. 122 segg.

⁵²⁹ *Ibidem*, pag. 124.

medesimo territorio comunitario, i rischi di sopravvivenza di normative in materia molto diverse tra loro⁵³⁰.

Nonostante il processo per l'adozione della riforma in esame si sia particolarmente dilungato e fosse altrettanto complesso, a causa di motivazioni tra le più disparate che coinvolgevano principalmente i poteri politici e gli attori economici⁵³¹, si ritiene che, alla fine dei conti, essa rappresenti, almeno per lo stato attuale, una buona soluzione *win-win* sia per i soggetti titolari dei dati personali, che per i responsabili del loro trattamento, perché ogni responsabile del trattamento dovrà interfacciarsi con un singolo punto di contatto e soprattutto perché i cittadini UE potranno vedere il proprio diritto fondamentale tutelato in modo più efficace, grazie ad un assetto di *enforcement* nettamente migliorato⁵³².

Invero, se mediante la direttiva 95/46, il legislatore comunitario si era preminentemente occupato di tutelare la libera circolazione dei dati, necessaria alla proficua realizzazione del mercato unico, con il nuovo regolamento ci si orienta più sul rafforzamento dei diritti individuali⁵³³. Prova ne è altresì il fatto che è stato parimenti semplificato l'esercizio del diritto a un ricorso effettivo per i soggetti lesi dalla violazione della normativa UE a tutela delle informazioni personali, mediante l'inclusione espressa nel GDPR sia della possibilità di adire direttamente un'autorità di controllo, in base all'articolo 77, sia di ricorrere al giudice del luogo in cui il titolare o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento, sia, in generale e salvo le dovute eccezioni, di rivolgersi al giudice del luogo in cui l'interessato risiede abitualmente, ai sensi dell'articolo 79 del Regolamento. Tuttavia, poiché il GDPR è entrato in vigore da relativamente poco tempo, sarà necessario attendere intanto la sua applicazione giuridica effettiva che avverrà a decorrere dal 25 maggio 2018, secondo quanto previsto dal suo articolo 99 (sebbene sia stata prevista la sua entrata in vigore nel maggio del 2016, l'abrogazione della direttiva 95/46 si considererà effettiva solo a partire dalla suddetta data), e successivamente

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ Per un approfondimento sulle motivazioni che hanno rallentato e reso difficoltosa l'approvazione della riforma sulla tutela dei dati personali, si v. J.P. Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*, cit., pagg. 124 segg.

⁵³² *Ibidem*, pag. 122.

⁵³³ E.A. Rossi, *Il diritto alla privacy nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, cit., pagg. 346 segg.

l'applicazione concreta che, di per sé sola, sarà in grado di rispondere alla questione dell'adeguatezza o meno delle norme rispetto alla casistica reale⁵³⁴.

II.VII. Segue: La tutela della vita privata elettronica nell'Unione europea

Nonostante sia stata adottata una normativa più consona e rispondente in modo più efficace alle sfide e ai rischi posti dalla tecnologia, non si è certi che questa stessa normativa, in un futuro relativamente prossimo, sarà ancora in grado di rispondere adeguatamente al necessario contemperamento tra la tutela della riservatezza dei cittadini, da un lato, e della libera circolazione dei dati a vantaggio del mercato, dall'altro.

In particolare, questo risulterebbe già evidente almeno per una parte della normativa in materia di tutela di dati personali che non è ancora stata oggetto di riforma. Ci si riferisce, segnatamente, alla direttiva 2002/58, citata al paragrafo II.V. *supra*, la quale include principalmente disposizioni sulla sicurezza e sulla riservatezza delle comunicazioni, sulla conservazione e l'uso di dati relativi al traffico delle comunicazioni, sulla presentazione e sulla restrizione dell'identificazione della linea chiamante e collegata e sulle comunicazioni commerciali o pubblicitarie indesiderate e si occupa, a differenza della direttiva 95/46 più pertinente alla vita privata "fisica" dell'individuo, all'aspetto più specifico della "vita elettronica"⁵³⁵ del cittadino UE, tanto da essere generalmente nota come «*direttiva e-Privacy*»⁵³⁶ inducendo gli Stati membri a vietare con mezzi a ciò destinati «*l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza il consenso di questi*» (articolo 5). Detta disposizione, nella prassi, è stata declinata anche e soprattutto per vietare alle entità commerciali di tracciare dati personali di interesse degli utenti dei servizi di comunicazioni

⁵³⁴ In tal senso, si v. D. Bender, *EU or US: which has more actual privacy?*, in *Computer & Telecommunications Law Review*, 2015, 1, pag. 20.

⁵³⁵ U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, cit., pag. 136 segg.

⁵³⁶ G.B. Abbamonte, *The Protection of Computer Privacy Under EU Law*, in *European Journal of European Law*, 2014, vol. 21, n. 1, pag. 74.

elettroniche, per poi servirsene al proprio profitto. Per quanto concerne poi la definizione della nozione applicabile di servizio di comunicazione elettronica, la direttiva 2002/58 ha delineato confini piuttosto laschi, ricomprendendo i servizi forniti attraverso qualsiasi strumento o tecnica di comunicazione elettronica, già utilizzata o ancora da brevettare. Di fatto, la direttiva in esame impedisce la raccolta e l'uso indiscriminato di informazioni personali, più facilmente collezionabili data la particolare conformazione delle tecnologie digitali e di Internet nello specifico, a tutela non dei meri cittadini UE, bensì di quella parte di cittadini UE che fa uso di servizi di comunicazione elettronica e che, quindi, vengono altresì riconosciuti come "utenti"⁵³⁷.

La sola direttiva 2002/58 si è però presto rivelata incapace di seguire il celere sviluppo delle nuove tecnologie ed ha richiesto interventi urgenti di modifica. Se un primo intervento è stato effettuato grazie alla direttiva 2006/24 già menzionata⁵³⁸, che a distanza di una decina di anni è stata dichiarata invalida dalla Corte di giustizia dell'UE⁵³⁹, il secondo tentativo di modifica si è avuto grazie all'adozione della direttiva 2009/136/CE⁵⁴⁰ la quale ha apportato modifiche, soprattutto stilistiche, che, nella sostanza, hanno potuto precisare il significato delle disposizioni della precedente direttiva del 2002, affinché non si prestassero ad interpretazioni troppo estensive, e ciò ha fatto nell'ottica di rafforzamento del mercato interno, attraverso il conferimento di maggiori tutele agli utenti della rete che, di conseguenza, sarebbero stati più fiduciosi nell'utilizzare le nuove tecnologie e più disposti ad effettuare acquisti online⁵⁴¹.

Pertanto, per disporre di un quadro normativo solido cui appoggiarsi per la tutela dei dati personali degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica si è tuttora

⁵³⁷ Evidentemente, alcune deroghe sono previste e possibili, e consentono di limitare i diritti di tutela degli utenti a fronte di particolari esigenze di sicurezza nazionale e ordine pubblico. Si v. articolo 15 della direttiva 2002/58.

⁵³⁸ Cap. II.V. *supra*.

⁵³⁹ V. nota 511 *supra*.

⁵⁴⁰ Direttiva 2009/136/CE recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. Essa modifica alcune precedenti disposizioni, tra cui gli artt. 1, 2, 3 e ne inserisce altre di nuove, come gli artt. 14 bis e 15 bis, sulle procedure di gestione del Comitato e sull'attuazione della Direttiva ed i controlli sulla stessa, GU L 337 del 18.12.2009, p. 11-36. Testo disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1493842850002&uri=CELEX:32009L0136>.

⁵⁴¹ J. Luzak, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, cit. pag. 223.

costretti a riferirsi alla lettura in combinato disposto delle direttive 2002/58 e 2009/136 che, nonostante l'entrata in vigore della riforma sulla tutela della privacy, restano ancora in vigore per gli aspetti riguardanti la cosiddetta vita elettronica dell'utente. E parrebbe che la dottrina, nell'analisi del contenuto e degli scopi del suddetto assetto normativo, abbia inteso mantenere l'utente al centro dell'attenzione, considerando quale punto di partenza e fulcro della disciplina proprio il menzionato articolo 5, specialmente nel suo terzo paragrafo, ritenendo che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica (rientranti nella nozione molto vasta più sopra puntualizzata, dunque ogni entità fisica o giuridica in grado di accedere a informazioni presenti nelle apparecchiature elettroniche di un abbonato o di un utente o a conservarle), possano trattare e conservare informazioni personali a condizione che l'utente stesso abbia espresso uno specifico consenso a tale riguardo, dopo essere stato adeguatamente informato ai sensi della direttiva 95/46⁵⁴².

E la chiave di volta di questa disciplina di tutela della privacy online è rappresentata proprio dal consenso informato dell'utente che, considerando quest'ultimo non solo come entità di natura economica, ma anche come cittadino dell'Unione, rappresenta un'espressione del diritto fondamentale alla tutela della vita privata (online) e dei dati personali e, pertanto, un requisito imprescindibile che, esprimendo un concetto giuridico gerarchicamente sovraordinato, non può essere oggetto di trattative contrattuali⁵⁴³.

Il consenso, per essere legittimamente espresso e giustificare quindi la raccolta e il trattamento da parte di terzi di dati personali dell'utente, deve presentare determinate caratteristiche (richiamate sia dalla direttiva 2002/58, che dalla direttiva 95/46) e rispondere a requisiti di legittimità. In particolare, questo deve essere quantomeno liberamente prestato, informato (a seguito delle modifiche apportate dalla direttiva del 2009)⁵⁴⁴, specifico e previo. Ora, mentre non sembrano sussistere particolari problematiche interpretative per quanto riguarda le ultime tre di queste condizioni, dubbi più significativi sembrano esservi quanto all'interpretazione del concetto di "consenso liberamente prestato". Invero, il

⁵⁴² G.B. Abbamonte, *The Protection of Computer Privacy Under EU Law*, cit., pagg. 75 segg.

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ F.Z. Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, cit., pag. 187.

quadro normativo non chiarisce questa espressione ed inoltre nel contesto di Internet sembra ancor più complicato stabilire delle modalità attraverso le quali il consenso possa dirsi prestato in modo libero e indipendente da interferenze esterne. L'accezione dovrebbe forse essere intesa nel senso che l'utente disponga sempre della scelta di accettare o negare l'accesso e la raccolta dei propri dati personali, ad esempio attraverso dei *cookie*⁵⁴⁵. Tuttavia, nella realtà ciò implica che all'utente che neghi detto consenso non sia poi garantito il diritto di ricevere il servizio⁵⁴⁶. Tanto più che le direttive del 2002 e del 2009 non richiedono che il consenso sia necessariamente espresso in forma esplicita⁵⁴⁷.

Il punto cruciale del quadro normativo in esame è costituito dunque dal consenso, il quale rappresenta, come si vedrà *infra*, contemporaneamente anche il baricentro di quella che già è stata riconosciuta come “privacy decisionale”.

L'assetto normativo offerto dalle direttive del 2002 e del 2009 (non volendo appositamente considerare quella del 2006 oramai dichiarata invalida) puntava ancora ad un necessario contemperamento degli interessi di libera circolazione dei dati per lo sviluppo del settore dei servizi di comunicazione elettronica e la tutela dei dati personali degli utenti che se ne servivano. Tuttavia, detto bilanciamento secondo alcuni non è più in grado di soddisfare le maggiori necessità – relative alla tutela del diritto fondamentale alla privacy online – degli utenti, in sostanza determinando un beneficio maggiore per lo sviluppo del mercato interno⁵⁴⁸.

Per queste ragioni e per un costante sviluppo delle tecnologie che non consente alla legislazione di essere sempre aggiornata alle fattispecie concrete e, dunque, agevolmente applicabile, è attualmente al vaglio del legislatore UE una proposta di riforma della direttiva cosiddetta “e-Privacy”, che potrebbe essere adottata con regolamento.

⁵⁴⁵ Per la definizione di *cookie* si v. cap. III.V. *infra*.

⁵⁴⁶ G.B. Abbamonte, *The Protection of Computer Privacy Under EU Law*, cit., pag. 77.

⁵⁴⁷ Secondo Abbamonte, ad esempio, i requisiti sulla forma del consenso potrebbero dover essere indirettamente desunti dall'articolo 8 della direttiva 95/46 che richiede il consenso espresso solo in caso di raccolta di particolari categorie di dati. Mentre dall'articolo 2 della medesima direttiva, che è stato peraltro ripreso dall'articolo 4, paragrafo 11, del regolamento 2016/679, si desume che per “consenso dell'interessato” si debba intendere «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento». *Ibidem*.

⁵⁴⁸ Secondo Luzak, già con l'entrata in vigore della direttiva 2009/136 si era dato maggior risalto agli scopi di profitto dell'industria dell'e-commerce. V. J. Luzak, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, cit., pag. 228.

Invero, mentre l'entrata in vigore del Regolamento di riforma della direttiva 95/46 domina il dibattito dottrinale e fa comunque più notizia, nel momento in cui questa ricerca prende forma, la Commissione europea sta considerando l'ipotesi di adottare una nuova disciplina, che garantisca una maggiore armonizzazione nell'ambito degli Stati membri e che sia in grado di rispondere meglio alle caratteristiche dello sviluppo della tecnologia e all'esigenza di una più ampia tutela dei diritti fondamentali dei cittadini (in particolare dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali)⁵⁴⁹. In particolare, il 10 gennaio 2017, la Commissione europea ha presentato una proposta di Regolamento relativo al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, che sostituisce la direttiva 2002/58⁵⁵⁰. Tuttavia, sebbene l'opinione scientifica non abbia ancora approfondito l'argomento, e l'opinione pubblica ne sia ancora scarsamente a conoscenza, si ritiene di poter confermare con una certa sicurezza che la scelta dello strumento legislativo del regolamento rispecchierebbe le stesse esigenze, già più sopra analizzate, relative all'opzione del regolamento prescelta nel 2016 per la riforma della direttiva 95/46.

Per quanto concerne il contenuto, si ritiene che il legislatore UE, con detta proposta, intenda offrire un pacchetto completo di protezione della riservatezza e dei dati personali delle persone fisiche da leggersi poi in combinato disposto con il GDPR, in un'ottica di coerenza e compattezza negli strumenti offerti per la tutela dei cittadini UE. Prova ne sarebbe il fatto che l'articolo 27 della stessa proposta di regolamento indichi come data di abrogazione della direttiva e-Privacy (la 2002/58) – e dunque di entrata in vigore del nuovo regolamento – il 25 maggio 2018 (come dal proposto articolo 29). La corrispondenza di quest'ultima data con quella di applicazione del Regolamento n. 2016/679 non è certo una coincidenza. Allo stato dei fatti, non è dato sapere se il legislatore UE riuscirà effettivamente a formulare un testo condiviso di regolamento che riesca ad essere promulgato proprio per la

⁵⁴⁹ A tal proposito, si ricorda che la prima direttiva e-Privacy è stata adottata ben prima dell'entrata in vigore dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali (per la precisione, nel 2002) e modificata comunque, da ultimo, solo nel 2009. Motivo per cui una sua riforma risulterebbe opportuna.

⁵⁵⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM/2017/010 final - 2017/03 (COD). Per il testo completo della proposta si v. il sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1494075484845&uri=CELEX:52017PC0010>. Attualmente la proposta è al vaglio del Parlamento e del Consiglio e sono stati coinvolti altresì gli stakeholder interessati dalle eventuali modifiche.

data del 25 maggio 2018, ma ciò rivela l'intenzione politica di accordare tutele congiunte ancora più ampie alla riservatezza delle persone fisiche. Sinteticamente, il testo in esame prevede alcune novità, tra cui l'introduzione di obblighi in merito alle informazioni sui rischi per la sicurezza dei dati, di meccanismi relativi alla possibilità per l'utente di preselezionare opzioni relative ai *cookies* direttamente sul proprio dispositivo elettronico (senza quindi doversi trovare a ripeterle ogni volta che si visita un determinato sito), il rafforzamento della norme sul *marketing* con l'introduzione di meccanismi di *opt-in*, differenti dai più diffusi meccanismi di *opt-out* (di cui si vedrà *infra*⁵⁵¹), la previsione di sanzioni a doppio binario (già proprie del GDPR e che sembrano, in qualche modo, mutuate dalla disciplina sulla concorrenza tra imprese di matrice UE), l'applicazione estesa, in primo luogo, a entità che siano situate al di fuori dell'UE, ma che in quest'ultima forniscono servizi e in secondo luogo a quegli operatori che si servono di Internet per fornire i propri servizi, ma a cui la direttiva e-Privacy non si applica⁵⁵².

Da tutto quanto descritto, pare che l'ordinamento giuridico UE abbia adottato passi concreti, nel corso degli ultimi vent'anni, per proteggere i propri cittadini da potenziali violazioni della riservatezza, con specifico riguardo alla tutela giuridica dei dati personali. Come avvenuto in altre occasioni, almeno inizialmente il legislatore UE è stato spinto ad adottare determinate misure per motivi economici; in tal caso la necessità di far circolare liberamente le informazioni personali nella prospettiva di un migliore funzionamento del mercato interno. Ciò non ha però esonerato il medesimo legislatore a dover fare i conti anche con le esigenze di tutela di quei diritti fondamentali che, sebbene non ancora formalmente riconosciuti a livello legislativo nel lontano 1995, avevano ricevuto il riconoscimento della Corte di giustizia dell'UE. Dal 1995 ad oggi, la normativa sulla tutela della riservatezza dei dati personali ha continuato a svilupparsi e, nel contemperamento delle esigenze del mercato da una parte e della tutela dei cittadini dall'altra, sembra essersi, lentamente, sempre più orientata verso una propensione per la seconda, piuttosto che per le prime, invertendo così la tendenza iniziale che aveva portato all'adozione di una disciplina di tutela per i dati personali delle persone fisiche, ma con lo scopo principale di incrementare i traffici commerciali all'interno dell'Unione. Solo in un secondo momento si è dato maggior risalto alla rilevanza della persona, sia

⁵⁵¹ Si v. cap. III.VIII. *infra*.

⁵⁵² A titolo esaustivo e non esemplificativo, Skype, Whatsapp, Messenger, ecc.

riconoscendo a suo favore un nucleo inderogabile di diritti e libertà, sia garantendole strumenti sempre più concreti ed efficaci per vedere i propri diritti rispettati. All'apice di questi diritti, come anticipato nel primo capitolo, si erige la dignità, a titolo di diritto generale che, se definito in senso "negativo", si declina nel rispetto di tutti gli altri più specifici diritti fondamentali. Sotto l'egida della dignità, potranno prendere vita più situazioni in cui siano chiamati ad essere rispettati diversi diritti fondamentali. Nel caso di cui si tratta, se inizialmente si pensava a rafforzare il diritto dei singoli alla tutela dei dati personali, perché in un'ottica di sviluppo del mercato, comunque non si poteva arrecare pregiudizio al cittadino o all'utente (nel caso della direttiva e-privacy), in un momento successivo si è ritenuto che la tutela dei dati personali fosse una condizione per vedere rispettato un diritto più generico, se lo si vuole così definire, o propriamente indefinito, ma di senso ancor più elevato, rappresentato dalla dignità. Quest'ultima, nel caso in esame, si declinerebbe in particolar modo nella libertà di autodeterminazione, che considerata nel contesto dei dati personali, sfocia nell'analizzata privacy decisionale.

Dunque, a questo punto risulta chiaro come il percorso svolto dal legislatore UE, spinto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, sia cominciato con la tutela di un sistema prettamente economico (attraverso la tutela della libera circolazione delle informazioni personali), per poi giungere a salvaguardare le informazioni, in origine perché appartenenti a utenti e consumatori dello stesso sistema economico (con le direttive sulla privacy e sulla e-privacy), ma in seguito soprattutto perché appartenenti a cittadini di un ordinamento giuridico che protegge – primo fra i diritti fondamentali – la dignità umana, nella sua declinazione della libertà di autodeterminazione e decisione (con il GDPR e, sperabilmente, con il regolamento e-privacy).

II.VIII. Il futuro della protezione dei dati personali nell'Unione europea

Si è accennato della proposta di regolamento che è attualmente sotto l'esame del legislatore UE e di come questa possa rappresentare, insieme al GDPR, il futuro

della tutela della riservatezza nell'Unione europea. Tuttavia, nel corso degli ultimi decenni, nonostante l'ordinamento dell'Unione abbia fatto enormi passi avanti nella tutela dei dati personali, il ritmo dello sviluppo tecnologico non consente di poter affermare, allo stato dei fatti, che la normativa ora in vigore e la riforma che probabilmente interverrà nel settore del trasferimento di dati nel contesto delle comunicazioni elettroniche saranno adeguate a farvi fronte anche tra qualche tempo. Anche perché, secondo alcuni autori, già queste normative non sarebbero completamente in grado di rispondere alle esigenze attuali. Dette opinioni ritengono infatti che, almeno sino ad ora, la globalizzazione e la tecnologia abbiano fundamentalmente cambiato la quotidianità dei traffici commerciali e delle relazioni interpersonali e che, entrambe, abbiano influenzato sotto diversi aspetti la società moderna, poiché se da un lato è indubbio che lo sviluppo tecnologico apporti benefici per la civilizzazione dei popoli, d'altro lato non si può nascondere che l'innovazione abbia un ruolo negativo nel comportare rischi per la società e per i valori che ne stanno alla base⁵⁵³. Dunque, nonostante si sia persino ritenuto che la tutela della privacy a fronte della continua innovazione spetti più ai consumatori e agli utenti delle tecnologie, che ai produttori delle stesse, è generalmente condivisa l'idea per cui ciascuno abbia un interesse alla riservatezza e che siano i detentori dei ruoli sociali più in vista a dover sensibilizzare la massa alla tutela dei dati personali (operatori del diritto, tra cui legislatori, giudici e accademici, ma anche studenti, giornalisti e docenti).

Pertanto, nonostante si sia raggiunto un importante obiettivo con l'adozione del GDPR, il futuro della privacy sembra tuttora incerto. Ma, oltre che sotto il profilo prettamente giuridico, la privacy potrebbe essere tutelata proprio grazie alla stessa tecnologia che la minaccia. Difatti, quest'ultima sarebbe già dotata del potenziale necessario per proteggerla in modo più concreto, anche se, come si vedrà *infra*, probabilmente ciò non accade perché la convenienza economica sta nel trasferire i dati, spesso non rispettando, magari in modo subdolo e non *a prima facie* comprensibile, la volontà dei rispettivi titolari. Certo è che la progettazione e l'uso di tecnologie ad incremento della privacy (le cosiddette PET – *Privacy Enhancing Technologies*) potranno avere un ruolo significativo nella tutela della riservatezza, ma queste dovranno essere integrate dal parallelo e necessario intervento del

⁵⁵³ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit. , pag. 196.

legislatore⁵⁵⁴, perché la parte cruciale della tutela della privacy è proprio la responsabilizzazione e l'accrescimento dei poteri dell'individuo⁵⁵⁵. Poiché risulta evidente che il tema qui in esame sia una problematica che riguarda tutti gli individui, ci sono delle correnti piuttosto ottimistiche, le quali ritengono possibile (o forse sarebbe meglio dire auspicabile) il raggiungimento di una convenzione internazionale sul diritto alla tutela dei dati personali, il che risolverebbe gran parte dei problemi legati alla circolazione delle informazioni che avviene su scala universale tra diversi Stati⁵⁵⁶, consentendo ugualmente lo sviluppo di quei traffici essenziali all'economia transnazionale che, inevitabilmente, dallo sviluppo delle nuove tecnologie (e della conseguente circolazione dei dati personali) ha potuto e può trarre beneficio⁵⁵⁷. Secondo altri, questo approccio sarebbe corretto nell'ottica di un ripensamento della privacy sotto una prospettiva orientata alla tutela dei diritti fondamentali, che andrebbe oltre alle tutele nazionali dei singoli ordinamenti giuridici e richiederebbe infatti una sua considerazione a livello transazionale, partendo però da una base comune, ovvero dal riconoscimento della tutela alla riservatezza come diritto fondamentale⁵⁵⁸. Peraltro, interessante è la teoria per cui il diritto alla tutela della privacy rappresenterebbe oramai una norma condivisa di diritto internazionale consuetudinario⁵⁵⁹. Piuttosto, i dubbi concernenti lo specifico ordinamento UE in merito alla difficoltà di individuare la ripartizione delle competenze in questa materia tra l'Unione stessa e gli Stati membri⁵⁶⁰, almeno per il momento, sembrerebbero superati dalla scelta del regolamento come strumento di disciplina di armonizzazione, obbligatorio allo stesso modo per tutti gli Stati membri. Certo, l'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia in questo senso potrebbe contribuire a costruire un diritto alla riservatezza ancora più forte e orientato ad una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali⁵⁶¹. Attualmente, niente

⁵⁵⁴ *Ibidem*, pagg. 196 segg. Sulla condivisione di un necessario intervento del legislatore di pari passo con lo sviluppo di nuovi strumenti tecnologici, v. anche, F. Fabbrini, *Privacy and National Security in the Digital Age*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1, pag. 13

⁵⁵⁵ K. Lachmayer, *Rethinking privacy beyond borders*, cit., pag. 98.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ A.E. Wade, *A New Age of Privacy Protection: a Proposal for an International Personal data Privacy Treaty*, cit., pagg. 660 segg. Secondo questo autore, peraltro, il potenziale accordo internazionale sulla tutela dei dati personali, dovrebbe proprio bilanciare la privacy con altri fattori concorrenti, proteggendo sé stessa senza pregiudicare eccessivamente altri interessi.

⁵⁵⁸ K. Lachmayer, *Rethinking privacy beyond borders*, cit., pag. 81.

⁵⁵⁹ A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 97.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, pag. 83.

⁵⁶¹ *Ibidem*.

farebbe pensare il contrario, sulla scorta di tutta la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali in generale, ma in particolare in tema di diritto alla privacy che la stessa Corte di giustizia ha coerentemente inteso sviluppare in senso garantista nei confronti del cittadino⁵⁶².

Cionondimeno, da quanto delineato, ad oggi, almeno in dottrina restano aperte alcune questioni relative al futuro della tutela della privacy. Non è infatti ancora stata trovata un'opportuna risposta alla domanda se sia meglio rafforzare i valori costituzionali di ogni ordinamento giuridico (e nello specifico dell'UE, di quelli contenuti nei trattati costitutivi), sviluppare nuovi parametri internazionali di tutela o tentare di raggiungere un accordo sulla tutela della riservatezza dei dati personali, se non a livello globale⁵⁶³, quantomeno al livello dei due protagonisti principali dell'economia mondiale che interagiscono da una parte all'altra dell'Atlantico, ossia l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America⁵⁶⁴.

II.IX. Cenni sulla tutela della privacy e dei dati personali negli Stati Uniti d'America

La considerazione dell'ordinamento UE e dell'ordinamento USA, dal punto di vista delle legislazioni in materia di privacy, è utile a comprendere come queste ultime si adeguino o integrino i due sistemi economici che necessariamente si confrontano tra loro nell'obiettivo di uno sviluppo reciproco del mercato interno.

Vale la pena considerare da un lato l'Unione europea, senza concentrarsi su di un particolare Stato membro (poiché la legislazione in materia di privacy è armonizzata in tutti i Membri)⁵⁶⁵ e dall'altra parte gli Stati Uniti, poiché continuano

⁵⁶² In tal senso, v. anche J. Kokott, C. Sobotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, cit., pagg. 83-95.

⁵⁶³ Come auspicherebbe Wade, citato sopra alla nota 566.

⁵⁶⁴ F. Fabbrini, *Privacy and National Security in the Digital Age*, cit., pagg. 5-13; v. altresì, il commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017.

⁵⁶⁵ E lo sarà anche per il Regno Unito, almeno fino a quando non sarà completa la procedura di uscita dall'Unione, attualmente prevista per il 2019, e comunque fino a quando le trattative per l'uscita di detto Stato non portino ad accordi differenti in materia di circolazione dei dati personali.

a rappresentare una delle maggiori potenze economiche con cui l'UE si interfaccia costantemente sia in termini economici, che politici.

Inoltre, la considerazione brevemente comparata dei sistemi in questione risulta interessante poiché in dottrina è da sempre aperto un acceso dibattito su quale sia il Paese con la migliore disciplina a tutela della privacy, posto che entrambi presentano caratteristiche molto diverse che, soprattutto nei loro rapporti commerciali, tendono a creare problematiche o per l'economia o per la tutela degli individui⁵⁶⁶. Nel corso degli anni dette questioni hanno infatti portato i due ordinamenti a trovare accordi internazionali sulla tutela dei dati personali, in particolare di cittadini UE, che fossero trasferiti verso gli Stati Uniti per essere ivi oggetto di trattamento. I più noti sono il *Safe Harbor Agreement*⁵⁶⁷ del 2000, che è però passato al vaglio negativo della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella

⁵⁶⁶ Sul lungo dibattito si v., in particolare, U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, cit.; ma anche F. Mendez, M. Mendez, *Comparing Privacy Regimes: Federal Theory and the Politics of Privacy Regulation in the European Union and the United States*, in *The Journal of Federalism*, 2009, 40, 4, pagg. 617-645; A. Charlesworth, *Clash of Data Titans? US and Eu Data Privacy Regulation*, in *European Public Law*, 2000, 6, 2, pagg. 253-274; G. Gunasekara, *The "Final" Privacy Frontier? Regulating Trans-Border Data Flows*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2007, 17, 2, pagg. 147-179; L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 7, pagg. 2012 segg.

⁵⁶⁷ Tale accordo è stato stipulato da Unione europea e Stati Uniti nel luglio 2000, al fine di permettere alle società, che presentavano una volontaria richiesta di adesione, di instaurare flussi di dati personali tra i due continenti a scopi commerciali, consentendo contestualmente che i dati dei cittadini UE ricevessero un livello di tutela adeguato ai sensi dell'allora vigente direttiva 95/46. Si v., altresì, la Decisione della Commissione 2000/520/CE susseguente alla Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione prevista dai principi sulla protezione della privacy dell'accordo Safe Harbor e le relative domande frequenti posti dal Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0520:EN:HTML>. Per la storia delle trattative si v. K.A. Bamberger, D.K. Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, in *Stanford Law Review*, 2011, 63, 187, pagg. 285 segg.

causa *Schrems*⁵⁶⁸, e i cui contenuti sono stati riformulati quindi nel *Privacy Shield Agreement*⁵⁶⁹ del 2016⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Nella causa *Schrems*, la Corte di giustizia ha sostanzialmente invalidato il *Safe Harbor Agreement*, tanto da portare le istituzioni UE a negoziare il nuovo accordo *Privacy Shield*. In particolare, il caso era stato portato all'attenzione della Corte in via pregiudiziale dalla High Court of Ireland dinanzi alla quale si stava svolgendo un procedimento instaurato dal sig. Maximillian Schrems contro l'autorità garante dei dati personali in Irlanda. Nello specifico, ci si chiedeva se fosse lecito il trattamento di dati personali effettuato dalla società Facebook Inc. con sede secondaria in Irlanda e sede principale negli Stati Uniti, che prevedeva altresì il trasferimento dei medesimi dati alla società madre, dunque in territorio statunitense, secondo la decisione 2000/520/CE della Commissione europea in merito all'adeguatezza del livello di tutela offerto dal Paese di destinazione ai dati personali nell'ambito dell'accordo *Safe Harbor*. Nel caso di specie, in particolare, la questione pregiudiziale sollevata aveva ad oggetto la possibilità o meno per l'autorità garante competente a livello nazionale di bloccare il suddetto trasferimento, prendendo in sostanza posizione sull'adeguatezza su cui precedentemente si era già pronunciata la Commissione nel 2000. Detta adeguatezza, infatti, veniva messa in dubbio in seguito alle rivelazioni di Edward Snowden (v. nota 14 *supra*), in ragione delle quali il sig. Schrems dubitava che gli Stati Uniti continuassero ad offrire un livello di tutela adeguato ai dati personali dei cittadini UE. Nella specie, infine, la Corte di giustizia ha ritenuto che solo essa può dichiarare invalido un atto di un'istituzione UE, ma che le autorità nazionali competenti possano ugualmente valutare se in una certa fattispecie siano rispettati i requisiti stabiliti dalla normativa europea, potendo eventualmente adire i giudici nazionali che, a propria volta, possono adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale. Una volta pronunciatisi sul punto, la Corte ha rinviato la valutazione sull'adeguatezza del trasferimento verso gli Stati Uniti all'Irish Data Protection Commissioner. Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2015, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14 (ECLI:EU:C:2015:650). Per maggiori informazioni sulla causa si v. il comunicato stampa disponibile al sito <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117it.pdf>. Per approfondimenti, si v. anche il commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *cit.*, pagg. 154-155. È d'uopo dare atto che il signor Schrems ha adito il giudice austriaco convenendo in giudizio Facebook Ireland Ltd per chiedere il risarcimento dei danni derivanti dal trattamento indebito dei propri dati personali. Questa seconda procedura ha dato luogo ad un secondo rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, le cui conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek, sono state pubblicate il 14 novembre 2017. La causa è stata iscritta al ruolo C-498/16.

⁵⁶⁹ Per il testo ed approfondimenti si v. il sito dedicato della Commissione europea disponibile al link http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/eu-us-privacy-shield/index_en.htm, e il sito del governo americano, disponibile al link <https://www.privacyshield.gov/welcome>. Per ulteriori approfondimenti dottrinali, si v., *ex multis*, G. Scarchillo, *Dal Safe Harbor al Privacy Shield il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti dopo la sentenza Schrems*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, 30, 4, pagg. 901-941; A. Mantelero, *From Safe Harbour to privacy shield: the "medieval" sovereignty on personal data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 1, pagg. 338-346; S. Crespi, *La nouvelle décision d'adéquation (Privacy Shield) pour les transferts des données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis*, in *Journal du droit européen*, 2016, 132, pagg. 259-263.

⁵⁷⁰ Conviene altresì menzionare almeno altre due serie di accordi che hanno visto rapportarsi i due sistemi sul tema della tutela dei dati personali. Si tratta in particolare degli accordi PNR e degli accordi Swift. I primi riguardavano i dati personali dei passeggeri dei voli in partenza per gli Stati Uniti dall'Europa o viceversa, per i quali le autorità UE dovevano garantire l'accesso elettronico ai dati contenuti nel sistema automatico di prenotazioni dei voli aerei da parte delle autorità americane prima del decollo del volo, a fini di sicurezza interna, dovuta soprattutto a scopi di antiterrorismo. Il primo accordo PNR venne concluso nel 2004 con la decisione del Consiglio 2004/496/CE relativa alla conclusione di un accordo tra Comunità europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e trasferimento dei dati di identificazione delle pratiche (PNR) da parte dei vettori aerei all'ufficio doganale e di protezione dei confini del dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0496:IT:HTML> (per il testo si v. l'accordo tra la Comunità europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e trasferimento dei dati di identificazione delle pratiche (passenger name record, PNR) da parte dei

A tal riguardo occorre chiarire che tutti gli accordi in materia di trasferimento di dati verso gli Stati Uniti sono stati conclusi dai due ordinamenti al fine di rispettare il requisito di adeguatezza richiesto dall'articolo 25⁵⁷¹ della direttiva 96/45 (ora

vettori aerei all'ufficio doganale e di protezione dei confini del dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti del 27 maggio 2004, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22004A0520\(01\):IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22004A0520(01):IT:HTML)), ma lo stesso accordo venne sottoposto al vaglio della Corte di giustizia, attraverso l'impugnazione della decisione di autorizzazione alla firma, e, nel 2006, il giudice comunitario ha disposto che l'Unione dovesse recedere dall'accordo stesso. Nel 2007, è stato firmato un ulteriore accordo sul trattamento e sul trasferimento dei dati del codice di prenotazione da parte dei vettori aerei, al dipartimento della Sicurezza interna degli Stati Uniti, con validità sino al 2014. Tuttavia, nel 2012 l'accordo è stato ulteriormente modificato e sostituito dalla versione che risulta attualmente in vigore (e lo sarà fino al 2019), affinché venisse adattato alle esigenze portate dall'entrata in vigore dal Trattato di Lisbona (per il testo completo si v. Accordo tra gli USA e l'UE sull'uso e sul trasferimento del codice di prenotazione (Passenger Name Record — PNR) al Dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti, GU C 258E del 7.9.2013, p. 132-133, la versione disponibile al sito [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A0811\(01\)&qid=1399558974882&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A0811(01)&qid=1399558974882&from=EN)). I secondi riguardano invece i dati relativi alle transazioni finanziarie registrate dalla società SWIFT - *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*, con sede in Belgio, ma con una filiale negli Stati Uniti alla quale la controllante belga inviava i dati personali da essa detenuti, attraverso un processo di *mirroring* e grazie al quale le autorità governative americane venivano indirettamente in possesso di tali dati a fini antiterroristici (si v. per approfondimenti A. Terrasi, *Swift Program e tutela della riservatezza: ancora sul trasferimento di dati dall'Unione Europea agli Stati Uniti*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, vol. 2, 3, pagg. 601-621) e, dello stesso autore, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: L'Accordo tra UE e Stati Uniti del 2007*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, vol. 91, 2, pagg. 375-419). Il rapporto sul trasferimento e il trattamento dei dati in questione da parte delle autorità americane è stato disciplinato da un primo accordo Swift del 2009 (si v. Decisione 2010/16/PESC/GAI del 30 novembre 2009 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e il trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:008:0009:0010:IT:PDF>, il testo completo è invece disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:008:0011:0016:EN:PDF>). Nel 2010 è stato infine stipulato il *Terrorist Finance Tracking Programme (TFTP) Agreement* sulla tutela dei dati personali e il trasferimento degli stessi alle autorità americane a scopi di contrasto al terrorismo, nel migliore rispetto possibile dei diritti fondamentali dei cittadini UE. Per una scheda riassuntiva si v. la sintesi fornita dalla Commissione europea al sito https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/crisis-and-terrorism/tftp_en.

⁵⁷¹ «1. Gli Stati membri dispongono che il trasferimento verso un paese terzo di dati personali oggetto di un trattamento o destinati a essere oggetto di un trattamento dopo il trasferimento può aver luogo soltanto se il paese terzo di cui trattasi garantisce un livello di protezione adeguato, fatte salve le misure nazionali di attuazione delle altre disposizioni della presente direttiva. 2. L'adeguatezza del livello di protezione garantito da un paese terzo è valutata con riguardo a tutte le circostanze relative ad un trasferimento o ad una categoria di trasferimenti di dati; in particolare sono presi in considerazione la natura dei dati, le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese d'origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate. 3. Gli Stati membri e la Commissione si comunicano a vicenda i casi in cui, a loro parere, un paese terzo non garantisce un livello di protezione adeguato ai sensi del paragrafo 2. 4. Qualora la Commissione constati, secondo la procedura dell'articolo 31, paragrafo 2, che un paese terzo non garantisce un livello di protezione adeguato ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo, gli Stati membri adottano le misure necessarie per impedire ogni trasferimento di dati della stessa natura verso il paese terzo in questione. 5. La Commissione avvia, al momento opportuno, negoziati per porre rimedio alla situazione risultante dalla constatazione di cui al paragrafo 4. 6. La Commissione può constatare, secondo la procedura di cui all'articolo 31, paragrafo 2, che un paese terzo garantisce

ribadito dagli articoli 44 e 45 del GDPR), sulla base del presupposto per cui l'Unione europea già prima dell'adozione della direttiva sulla privacy non riteneva che tutti gli Stati avessero un livello di tutela del diritto dei titolari dei dati che fosse almeno equivalente al proprio e dunque, onde evitare violazioni indesiderate della privacy dei suoi cittadini, si riservava di valutare di volta in volta l'adeguatezza della tutela in questione. E così fu anche per gli Stati Uniti, relativamente ai quali l'adeguatezza in esame è stata riconosciuta con una decisione della Commissione del 2000, sulla base della quale è stato poi possibile stipulare l'accordo *Safe Harbor*. La Decisione sull'adeguatezza non è però stata adottata superficialmente poiché, in ogni caso, gran parte della dottrina e l'opinione pubblica non ritenevano che gli Stati Uniti offrissero tutela sufficiente al trattamento dei dati personali. O, comunque, si riteneva principalmente che i due sistemi vedessero la privacy sotto diversi punti di vista. A tal proposito, secondo parte della dottrina, tuttora si ritiene che mentre nell'UE la privacy rilevarebbe e richiederebbe tutela contro il pubblico in generale ed i mezzi di comunicazione, in quanto riferibile ad un concetto di onore e di reputazione, negli USA, si percepirebbe la privacy piuttosto come necessità di tutela dallo Stato⁵⁷². Di conseguenza, si paleserebbe una situazione per cui nell'Unione europea la privacy rispecchierebbe, come esaminato nei paragrafi e nel capitolo precedenti, un concetto direttamente connesso alla dignità e pertanto si percepirebbe anche una forte urgenza di garantire a tutti i cittadini che possano beneficiare di un trattamento e di una tutela di rango molto elevato. Cosa che invece non accadrebbe negli Stati Uniti, dove la privacy più che al concetto di onore (collegabile a quello di dignità), è collegata al rapporto esistente tra lo Stato e il cittadino, che non è propriamente direttamente riferibile alla dignità⁵⁷³, ma piuttosto alla libertà⁵⁷⁴. Nello specifico, se nell'UE non è dubbio che il diritto alla riservatezza (anche dei dati personali) rappresenti un diritto fondamentale, poiché

un livello di protezione adeguato ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo, in considerazione della sua legislazione nazionale o dei suoi impegni internazionali, in particolare di quelli assunti in seguito ai negoziati di cui al paragrafo 5, ai fini della tutela della vita privata o delle libertà e dei diritti fondamentali della persona. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alla decisione della Commissione».

⁵⁷² J.Q. Whitman, "Human dignity" in *Europe and the United States: the sociale foundations*, in G. Nolte (cur.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Council of Europe, 2005, pag. 121; v. anche L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 109.

⁵⁷³ L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 109.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

non è costituzionalizzato formalmente⁵⁷⁵, negli Stati Uniti sarebbe più facile identificarlo come un principio che deve essere necessario oggetto di un bilanciamento con altri principi importanti per l'ordinamento giuridico americano, tra cui quello dell'efficienza del mercato⁵⁷⁶. Una delle conseguenze di detto assetto sta nel fatto che nel sistema americano la privacy è tutelata da intrusioni del potere pubblico, mentre nell'Unione è protetta da potenziali intromissioni del settore privato⁵⁷⁷.

Pertanto, la differenza prima e principale tra i due sistemi a confronto nel settore della privacy è costituita essenzialmente dal presupposto a partire dal quale la riservatezza è considerata e tutelata: dal lato UE vi starebbe la dignità, dal lato americano vi starebbe la (non contrapposta) libertà⁵⁷⁸. Per la dottrina, non tanto è preoccupante il presupposto indicato, da cui si considera la privacy di qua e di là dall'Atlantico, bensì sono le rispettive conseguenze a presentare diverse difficoltà. Negli USA, infatti, l'uso della libertà come principio quadro della privacy, come anticipato, implica che il bilanciamento di cui la riservatezza deve rappresentare un fattore, vede contrapporsi altri principi di libertà più prettamente attinenti al mercato rispetto a quanto non lo sia la dignità. Mentre il mercato si sviluppa grazie all'esercizio della libertà, l'individuo viene tutelato grazie all'utilizzo, nel bilanciamento, del presupposto della sua dignità.

Ad ogni modo, vi sono altri evidenti fattori di distinzione tra il modello statunitense e quello europeo di protezione della privacy. Uno di questi riguarda la natura della disciplina scelta dagli stessi ordinamenti per fornire tutela agli individui sotto il profilo della riservatezza. L'UE ha scelto infatti un modello, denominato dalla dottrina «*modello omnibus*»⁵⁷⁹, che prevede un sistema regolamentare con un vasto campo di applicazione in termini settoriali e territoriali (si rammenta che si tratta di una disciplina armonizzata in tutti gli Stati membri). D'altra parte, gli USA hanno preferito una disciplina adottata nel corso di un lungo periodo di tempo e, peraltro,

⁵⁷⁵ V. cap. II.II. *supra*.

⁵⁷⁶ L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 109.

⁵⁷⁷ V. *Ibidem*, pag. 110.

⁵⁷⁸ *Ibidem*. Interessante sarebbe a tal proposito ricostruire un triangolo costituzionale all'interno del quale si installa la privacy e all'apice del quale vi sta la libertà, come menzionato *supra* al cap. I.X. e I.XI, osservando che lo stesso sarebbe diverso da quello offerto nell'UE con all'apice la dignità dell'individuo in quanto diritto primo e fondamentale.

⁵⁷⁹ L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, Edizioni scientifiche italiane, 2014, pagg. 110 segg.; v. anche D. Bender, *EU or US: which has more actual privacy?*, cit., pag. 17; P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, cit., pag. 1974.

di tipo prettamente settoriale⁵⁸⁰, con ampio margine di decisione per gli Stati, il che implica una sostanziale disomogeneità di protezione tra i cittadini americani residenti in Stati diversi.

Questo tipo di scelta si giustificerebbe, secondo Miglietti, in base alla diversa tradizione che caratterizza i due tipi di ordinamenti: se da un lato l'ordinamento americano di *common law* si fonda sui precedenti giurisprudenziali, rendendo così più semplice percorrere la strada dell'autoregolamentazione degli Stati federali (in particolare con riguardo a quelle tutele costituzionali che dagli Stati possono essere eventualmente ampliate, ma che rischiano di avere uno standard di protezione diverso da Stato a Stato, in quanto questi non sono tenuti ad uniformarsi a una soglia comune di tutela)⁵⁸¹, dall'altro, l'Unione – in quanto prevalentemente di tradizione di *civil law* – basa la propria disciplina sul diritto codificato, al cui rispetto sono tenuti tutti gli Stati membri⁵⁸².

Inoltre, i due modelli di disciplina si distinguerebbero altresì nel fatto che quello europeo sarebbe proattivo, mentre quello americano sarebbe piuttosto reattivo. Essenzialmente, ciò starebbe a significare che l'Unione preferisce prevedere con anticipo eventuali esigenze di tutela, mentre gli Stati Uniti, forse anche in ragione di un sistema più fondato sull'attività giurisprudenziale che su quella legislativa, fornirebbero risposte di tutela solo una volta che l'esigenza di protezione si sia già manifestata⁵⁸³.

Il terzo, e forse più significativo, elemento di differenziazione tra i suddetti modelli di regolamentazione è dato dalla scelta o meno di collocare la riservatezza nell'alveo dei diritti fondamentali⁵⁸⁴. Nell'Unione, come descritto, essa è pacificamente considerata come un diritto fondamentale – peraltro con tutela rinvigorita dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali. Non è invece così negli Stati Uniti, dove l'istituto della privacy è protetto quale diritto del consumatore da soppesare, quindi, con gli altri principi che regolano il mercato e le esigenze delle imprese⁵⁸⁵. Ciò perché negli Stati Uniti la figura del consumatore,

⁵⁸⁰ *Ibidem*. D. Bender, *EU or US: which has more actual privacy?*, cit., pag. 17; P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, cit., pag. 1974.

⁵⁸¹ V. anche, U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti e in Europa*, cit., pag. 106.

⁵⁸² L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pagg. 110 segg.

⁵⁸³ L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, cit., pag. 2036.

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ *Ibidem*; A.C. Raul, E. McNicholas, E. Jillson, *Reconciling European Data Privacy Concerns with US Discovery Rules: Conflict and Comity*, in *Global Competition Litigation Review*, cit., pag. 120. L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, cit., pag. 2033.

più che quella dell'individuo, starebbe al centro del sistema politico-giuridico fortemente orientato agli obiettivi economici ed utilitaristici, prima che a quelli individuali⁵⁸⁶. E tanto sarebbe altresì dimostrato dal fatto che l'osservazione delle leggi sulla privacy viene giudicata e garantita dalla *Federal Trade Commission* (FTC)⁵⁸⁷, vale a dire dall'agenzia destinata, *inter alia*, a monitorare la tutela dei diritti dei consumatori⁵⁸⁸, che riscontrerebbe alcuni limiti nell'efficace tutela della privacy, in quanto non potrebbe estendere la propria competenza su tutte le società⁵⁸⁹. Dunque, gli Stati Uniti risultano privi di un'autorità garante esclusivamente della privacy, che sia indipendente e che si occupi solo della protezione dei cittadini e non della salvaguardia degli interessi delle imprese⁵⁹⁰.

Nell'insieme dei tratti dissonanti dei due modelli si riescono a scorgere, comunque, alcuni tratti comuni. Soprattutto, la dottrina – ed in particolare Bennett – ritiene che, sebbene non vi sia al momento una disciplina condivisa a livello formale e pattizio in materia di protezione della riservatezza, alla base delle normative più o meno settoriali di diversi ordinamenti giuridici, vi starebbe un'implicita condivisione su taluni elementi fondamentali⁵⁹¹. E questi sarebbero in particolare ben riassunti dai cosiddetti principi di *Fair Information Practices*. Ciò nonostante, l'UE sembra non rinunciare all'importanza di alcuni specifici principi che risultano invece assenti nella normativa, seppur settoriale, americana⁵⁹².

In ogni caso, non sarebbe corretto affermare che i timori o le iniziative che animano gli assetti normativi sulla privacy dai due lati dell'Atlantico siano incompatibili tra

⁵⁸⁶ *Ibidem*. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 59.

⁵⁸⁷ La Federal Trade Commission è un'agenzia indipendente, costituita nel 1914 per garantire la sorveglianza sulla tutela dei consumatori e la promozione della concorrenza tra imprese. Per approfondimenti si v. il sito <https://www.ftc.gov>. V. anche J. Brill, *Bridging the Divide: a Perspective on U.S.-EU Commercial Privacy Issues and Transatlantic Enforcement Cooperation*, in H. Hijmans, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 181.

⁵⁸⁸ L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 112.

⁵⁸⁹ P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, cit., pag. 1978.

⁵⁹⁰ M. Rotenberg, *The Defense of Privacy: the U.S. Supreme Court and the Need for Institutional Advocacy*, in H. Hijmans, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 115.

⁵⁹¹ C. Bennett, *Regulating Privacy*, 1992, cit. in P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, cit., pag. 1975.

⁵⁹² Schwartz in particolare si riferisce a quei principi che l'UE ha comunque preferito tutelare, relativi al trattamento dei dati effettuato solo in ragione di una giustificazione giuridica, alla sorveglianza da parte di un'autorità indipendente, ai meccanismi di *enforcement*, alla tutela aggiuntiva per alcuni dati particolarmente sensibili, al trasferimento di dati verso Paesi terzi, che dovrebbe essere limitato se gli stessi non forniscono un adeguato livello di garanzia. P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, cit., pagg. 1975 segg.

loro. Entrambi, infatti, avrebbero il comune interesse a tutelare la riservatezza (anche se secondo modalità e standard diversi), dando comunque uno sguardo al mondo dell'economia, e tentando di favorire le imprese e, quindi, il mercato⁵⁹³. Non si deve dimenticare che la prima normativa UE in materia di privacy è stata adottata per favorire la libera circolazione dei dati personali, garantendo al meglio possibile la tutela dei singoli nel traffico di quei dati che sarebbero stati essenziali per lo sviluppo dell'Unione com'è oggi⁵⁹⁴. Peraltro, probabilmente proprio perché si basano sugli stessi principi base (sebbene l'UE intenda riconoscerli tutti, a differenza degli USA), non sarebbe neppure corretto sostenere che la normativa sulla privacy americana sia in contrasto con quella europea⁵⁹⁵. Tra l'altro, se così fosse stato, l'UE non avrebbe mai raggiunto l'accordo sul *Safe Harbor* e tutti gli accordi seguenti, da ultimo l'importante *Privacy Shield*, perché non avrebbe potuto ritenere adeguato il livello di protezione offerto ai propri cittadini in caso di trattamento dei dati da parte di entità americane. Ed ancora, che le autorità legislative dei due sistemi abbiano una sensibilità accomunata per le esigenze di privacy lo si desume altresì dai rispettivi riconoscimenti dell'inadeguatezza della disciplina in materia di privacy in ordine alle esigenze di far fronte allo sviluppo tecnologico ed ai rischi da questo conseguenti, proponendo quindi riforme strutturali significative per aggiornare le leggi alle contingenze storiche⁵⁹⁶. La riforma USA è intervenuta a partire dal 2010, e quasi contemporaneamente sono partite le prime iniziative di riforma della normativa UE sulla privacy, che ha poi portato all'adozione del GDPR⁵⁹⁷.

I due sistemi potrebbero comunque imparare ancora molto l'uno dall'altro, dal momento che, innanzitutto, l'ordinamento americano dovrebbe esplicitamente erigere la riservatezza a diritto fondamentale, mentre l'UE dovrebbe considerare maggiormente le esigenze del mercato, unitamente a quelle della privacy⁵⁹⁸, poiché

⁵⁹³ A.C. Raul, E. McNicholas, E. Jillson, *Reconciling European Data Privacy Concerns with US Discovery Rules: Conflict and Comity*, cit., pag. 121.

⁵⁹⁴ V. *supra* cap. II.II.

⁵⁹⁵ A.C. Raul, E. McNicholas, E. Jillson, *Reconciling European Data Privacy Concerns with US Discovery Rules: Conflict and Comity*, in *Global Competition Litigation Review*, cit., pag. 122.

⁵⁹⁶ O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pag. 221.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, pagg. 164 segg.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, pagg. 219 segg.

altrimenti rischierebbe di rallentare il processo tecnologico e, fra gli altri, i benefici che i consumatori ne potrebbero trarre⁵⁹⁹.

II.X. Segue: sulla tutela della privacy negli Stati Uniti d'America

Al fine di avere un quadro sufficientemente completo per operare un sintetico confronto tra le politiche relative alla tutela della privacy da una parte all'altra dell'Oceano, converrà, almeno per grandi linee, analizzare la normativa statunitense.

Come descritto in precedenza, la legislazione americana si presenta in modo molto differente rispetto a quella europea, perché è il frutto di una tradizione forse di più lungo corso in tema di tutela della privacy, ma che difetta di un *corpus* unitario ugualmente applicabile in tutti gli Stati federali, tanto più se si considera che il diritto alla riservatezza non è neppure stato esplicitamente formalizzato a livello costituzionale, fatti salvi gli interventi in tal senso della giurisprudenza della Corte Suprema che ne hanno riconosciuto la portata e la tutela, in particolare nel solco dei diritti più ampi riconosciuti dal quarto, dal quinto e dal quattordicesimo emendamento⁶⁰⁰.

Vero è che la privacy ha ricevuto un input fondamentale da parte della Corte Suprema americana la quale, dato il particolare sistema giuridico basato sulla vincolatività del *precedent*, ha indirettamente eretto il diritto all'essere lasciati soli (nella sfera fisica, così come nella sfera decisionale) a diritto costituzionale. Nella mancanza di normative adeguate, in un primo periodo, la giurisprudenza e la dottrina statunitensi hanno tentato di offrire un'adeguata tutela alla privacy utilizzando alcuni istituti già noti per la tutela della proprietà: in particolare il divieto al *trespass*, vale a dire all'intromissione nella sfera privata di un individuo tutelato dal diritto di proprietà⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, cit., pagg. 2036 segg.

⁶⁰⁰ V. cap.I.VIII. e cap. II.II. *supra*.

⁶⁰¹ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pagg. 124 segg.

Tuttavia, il diritto così riconosciuto non avrebbe goduto di una maggiore, necessaria, tutela, se non fosse divenuto altresì oggetto di leggi scritte ordinarie⁶⁰², sebbene la significativa frammentarietà delle normative statali in materia, presenti nel Paese, non consentissero – e non consentano – una tutela uniforme dell’istituto a livello federale⁶⁰³.

La prima legge approvata a livello federale in materia di privacy ha visto la luce nel 1966. Si tratta del noto *Freedom of Information Act* (o “FOIA”) che ambiva a tutelare il cosiddetto “diritto di sapere” quali attività svolgesse il Governo, garantendo l’accesso dei cittadini alle informazioni sugli enti pubblici o da quest’ultimo detenute⁶⁰⁴.

Un secondo importante strumento legislativo è stato adottato nel 1974, in conseguenza dello scandalo *Watergate*, in cui il Presidente Nixon è stato costretto a dimettersi dopo che erano state rese note alcune intercettazioni abusive del suo partito (il partito repubblicano), le quali provavano in modo evidente taluni casi di corruzione agli alti livelli politici. Al fine di prevenire o sanzionare detti comportamenti che implicavano l’utilizzo inadeguato di informazioni personali, il governo americano ha optato per l’adozione del *Privacy Act*⁶⁰⁵, grazie al quale si disciplinava la raccolta, l’uso e la classificazione delle informazioni raccolte dal governo federale, dall’esercito, dalle agenzie indipendenti e dalle società in qualche modo collegate al governo. Le disposizioni incluse in tale atto definiscono che cosa si intenda per informazione e come debba avvenire un trattamento di informazioni da parte degli organi pubblici, limitando la possibilità di usarle e diffonderle nei soli casi previsti nell’atto in questione.

La suddetta legge è stata integrata in un secondo momento dal *Computer Matching and Privacy Protection Act*⁶⁰⁶ del 1988, in cui si specificava la disciplina già

⁶⁰² Vale la pena ricordare che nell’ordinamento americano, oltre alla Costituzione, gerarchicamente sovraordinata rispetto alle altre leggi, sarebbero immediatamente subordinate le leggi federali (applicabili ai residenti sul territorio degli Stati Uniti e comunque sui territori coperti dalla giurisdizione americana) e le leggi statali (applicabili solo ed esclusivamente entro i confini dello Stato che le adotta). Per approfondimenti, v. A.P. Sereni, *Studi di diritto comparato: Diritto degli Stati Uniti*, vol. 1, Giuffrè, 1956.

⁶⁰³ Negli USA esisterebbero circa cinquanta normative statali in materia di tutela della privacy, che si occupano generalmente della protezione della riservatezza nei rapporti tra privati. L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell’esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 39.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, pag. 43.

⁶⁰⁵ 5 U.S.C. § 552a.

⁶⁰⁶ 5 USCA § 552a.

adottata, aggiungendo alcune tutele per i documenti contenenti informazioni elaborate mediante programmi automatici⁶⁰⁷.

Oltre a una legge di modifica, o meglio di estensione della sua disciplina all'accesso ai documenti elettronici, del 1996 (*l'Electronic Freedom of Information Act – E-FOIA*), a livello federale, la tutela della privacy non è stata sostanzialmente ritoccata in modo significativo sino al *Patriot Act* del 2001.

Quest'ultima legge è stata adottata poche settimane dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, che hanno sconvolto il sistema americano, il quale, per ovviare alle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale ha adottato detta disciplina che, di fatto, rappresenta una legislazione di emergenza. Essa prevede infatti un insieme di misure emergenziali per affrontare la cosiddetta “guerra al terrore”⁶⁰⁸, che facilitano l'accesso alle informazioni personali, incrementando la raccolta di dati personali e riducendo le dovute protezioni e garanzie ai soggetti registrati. Una delle disposizioni più controverse del *Patriot Act*⁶⁰⁹, riguarda la possibilità per le autorità pubbliche competenti dell'intelligence, di accedere alle informazioni con un semplice ordine amministrativo di perquisizione, senza quindi dover fare approvare la richiesta da un magistrato. L'accessibilità sarebbe facilmente ottenibile, proprio perché non vi è una richiesta soggetta ad un previo controllo giurisdizionale, bensì un semplice ordine che le autorità in questione possono emettere nei confronti dei titolari o dei gestori di diversi tipi di banche dati (ad esempio, compagnie telefoniche, aeree, istituti bancari, etc.)⁶¹⁰. Chiaramente queste particolari disposizioni hanno posto questioni circa la riservatezza, poiché lesive o comunque invasive dei diritti riconosciuti dal Primo e dal Quarto Emendamento, e sono risultate particolarmente controverse perché applicate non solo agli stranieri (dei quali hanno sensibilmente ristretto e pregiudicato il diritto alla privacy)⁶¹¹, ma anche agli stessi cittadini americani⁶¹².

Attualmente la disciplina sulla privacy americana è al centro di un dibattito che riguarda certo alcune questioni relative alla necessità di tutelare la sicurezza

⁶⁰⁷ V. L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pag. 43. V., altresì, K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, cit., pag. 94.

⁶⁰⁸ U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti e in Europa*, cit..

⁶⁰⁹ Acronimo che sta per *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

⁶¹⁰ J. Rule, G. Greenleaf, *Global Privacy protection: The First Generation*, Edward Elgar, Cheltenham UK, Northampton USA, 2008, pagg. 67 segg.

⁶¹¹ Per approfondimenti, si v. A. Rengel, *Privacy in the 21st Century*, cit., pag. 173.

⁶¹² L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., pagg. 44 segg.

nazionale, ma che concerne anche lo sviluppo delle nuove tecnologie in rete. In quest'ultimo senso, da una parte starebbe l'uso adeguato delle strutture informative per incrementare le strategie normative in materia di privacy, dall'altra la divisione dell'autorità legislativa rispetto alla complessità tecnica ed economica dell'assetto ordinamentale attuale, che spesso porta alla considerazione della possibilità di demandare a nuove forme di *governance* la disciplina in materia di riservatezza, in particolar modo, su Internet, tra le quali potrebbero inserirsi gli enti privati o i partenariati pubblico-privati⁶¹³.

Orbene, la mancanza di un organo preposto esclusivamente al controllo sulla tutela della riservatezza negli Stati Uniti potrebbe portare a considerazioni di tipo garantista che dimostrino l'esigenza di apportare modifiche strutturali all'assetto di sorveglianza sull'applicazione delle leggi e sul sanzionamento delle legislazioni. Tuttavia, si deve riconoscere che nell'ordinamento americano la privacy, oltre che con esigenze di sicurezza nazionale, si è sempre scontrata con le esigenze del mercato, causando continue tensioni⁶¹⁴. E, mai come oggi, il commercio anche negli Stati Uniti viene guidato dallo sviluppo delle nuove tecnologie. A vigilare sul commercio, come anticipato, starebbe la *Federal Trade Agency*, che sarebbe altresì deputata al controllo di eventuali violazioni della privacy sulla base delle *FIPPs* (*Fair Information Practice Principles*)⁶¹⁵ per le quali la tutela della privacy in rete si fonderebbe sul meccanismo del *notice and choice*⁶¹⁶. Quest'ultimo prevede che le imprese forniscano ai propri consumatori una comunicazione sulle rispettive politiche in materia di informazioni, la possibilità di scegliere se e come utilizzare e divulgare le informazioni raccolte presso lo stesso consumatore, l'accesso alle informazioni già raccolte e conservate, e infine la garanzia di sicurezza e di integrità delle informazioni raccolte⁶¹⁷.

Ma posto che il ritmo dell'innovazione non è simultaneo a quello dell'attività di produzione legislativa, una parte significativa della dottrina ritiene che sia

⁶¹³ J.E. Cohen, *What privacy is for*, cit., pagg. 1928 segg.

⁶¹⁴ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 124.

⁶¹⁵ Le FIPPs sono linee guida che mettono nero su bianco alcuni concetti condivisi e relativi alle politiche di trattamento delle informazioni sul mercato elettronico. Inizialmente sviluppate dal *Secretary of the Department of Health, Education and Welfare*. V. anche K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, cit., pag. 95.

⁶¹⁶ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pagg. 147 segg.

⁶¹⁷ *Ibidem*.

fondamentale, anche negli Stati Uniti, procedere ad una revisione delle normative in materia di privacy⁶¹⁸. E detta legislazione non potrà essere lasciata neppure parzialmente, come accade, al mercato che tenta di autoregolamentarsi⁶¹⁹, anche attraverso l'attività della FTC, bensì dovrà recepire le esigenze di riservatezza derivanti sia dal mercato sia dai cittadini, per contemperarle ed enucleare una disciplina adeguata a livello federale.

Sarà interessante quindi confrontare le due legislazioni UE e USA in materia di privacy per capire come gli sviluppi dell'una e dell'altra possano influenzarsi positivamente e garantire una migliore tutela per il cittadino.

II.XI. Unione europea e Stati Uniti a confronto in materia di tutela della privacy – similitudini, difetti e spunti di riflessione

Malgrado le notevoli differenze già analizzate circa la tutela della privacy offerta da Unione europea e Stati Uniti e abbondantemente criticate dalla dottrina, non tutti gli autori ritengono che il migliore sistema di protezione sia quello europeo.

Difatti, alcuni tra questi stimano che anche il sistema giuridico UE presenti alcuni difetti quando si trovi a proteggere la privacy e a doverla soppesare con altre esigenze.

Orbene non sembra dubbio che l'UE abbia adottato un approccio di tipo proattivo che, quindi, consenta di reagire alle minacce alla riservatezza comportate dalle tecnologie recenti, in modo molto più rapido rispetto a quanto accade negli Stati Uniti⁶²⁰. D'altra parte, tuttavia, tale reazione proattiva e celere al blocco delle potenziali violazioni della privacy causate da eventuali nuovi dispositivi tecnologici potrebbe addirittura far subire un arresto all'innovazione stessa⁶²¹.

Peraltro, se si ritiene che il sistema UE di tutela della privacy sia maggiormente garantista, si dovrà altresì osservare che, a tratti, l'aver troppa riservatezza

⁶¹⁸ K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, in *Communications of the ACM*, cit., pag. 95.

⁶¹⁹ J. King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less fundamental*, in M.V. Pérez Asinari, P. Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant, 2008, pagg.-98 segg.

⁶²⁰ L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, cit., pag. 2036.

⁶²¹ *Ibidem*.

potrebbe addirittura tradursi nell'essere tanto svantaggioso quanto averne troppo poca⁶²². E ciò si determinerebbe perché la legislazione in materia di riservatezza certamente porta vantaggio ai consumatori e alle imprese, ma a molti di loro reca anche pregiudizio e, così, l'adozione di normative in materia di privacy diventa complicata proprio in ragione dell'economia delle privacy⁶²³ che è notoriamente complessa da regolare e gestire e si dimostra essere, in essenza, una lotta tra gruppi di potere: chi ne beneficia e chi ne viene pregiudicato⁶²⁴. Tanto più se l'assetto legislativo dei diritti fondamentali diventi flessibile quando si tratta di giustificare interferenze con la privacy (nonostante sia portato ad includere numerose fattispecie in ciò che rappresenta un'interferenza)⁶²⁵.

V'è peraltro da sottolineare che nessuno dei due sistemi ha attualmente approntato un sistema di protezione della privacy per i consumatori ai sensi di uno schema forgiato sull'idea della proprietà. Entrambi, invero, prevedono tutele per i consumatori, tuttavia non riconoscono che i titolari dei dati (o gli interessati, come li identifica il nuovo GDPR) abbiano interessi di stampo proprietario sulle proprie informazioni personali. Gli stessi preferiscono invece predisporre rimedi di tipo risarcitorio, nel caso di compromissione della privacy in occasione del trattamento dei dati violati⁶²⁶. È evidente però che, nonostante la riservatezza dei dati personali sia ancora tutelata mediante norme sulla responsabilità civile e sulla conseguente possibilità di risarcimento, una volta che le imprese siano entrate nella disposizione dei dati stessi, li trattano sempre più come dei beni, la cui titolarità non viene però precisata a livello legislativo. Varrà la pena ricordare che tentativi in tal senso si sono concretizzati attraverso il riconoscimento della proprietà dei dati personali quali beni, da parte di alcuni giudici americani che, occasionalmente, li hanno identificati come tali, sebbene solo nel caso in cui questi fossero stati raccolti da un'impresa e, dunque, appartenessero a quest'ultima⁶²⁷.

Tuttavia, sulla privacy dei consumatori la legislazione americana si spende molto, perché dedica l'attività della *Federal Trade Commission* alla loro esclusiva

⁶²² *Ibidem*, pagg. 2039 segg.

⁶²³ V. cap. III. *infra*.

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ M. Milanovic, *Human rights treaties and foreign surveillance: Privacy in the digital Age*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, 56, 1, pag. 132.

⁶²⁶ J.M. Victor, *The EU general data protection regulation: toward a property regime for protecting data privacy*, in *The Yale Law Journal*, 2013, 123, 2.

⁶²⁷ *Ibidem*.

protezione (come detto, negli USA in effetti non esiste un'autorità appositamente dedicata alla tutela della privacy non solo dei consumatori, ma dei cittadini in generale), oltre che alla sorveglianza dell'applicazione del diritto della concorrenza tra imprese, affinché il mercato si sviluppi secondo regole corrette. Alla luce delle suddette caratteristiche della FTC, più che un'autorità garante essa sarebbe un'autorità di *enforcement*⁶²⁸.

Quanto sopra potrebbe comunque non rappresentare un fattore negativo rispetto al quadro legislativo e attuativo dell'UE, nel senso che, ad avviso di Tene, l'assetto strutturale di tutela della privacy negli Stati Uniti presenterebbe comunque alcuni lati positivi. Ai sensi di detta tesi, alcune parti della legislazione americana in materia di privacy sarebbero state predittive ed innovative già al momento della loro adozione, malgrado fossero state adottate in tempi in cui la tecnologia non costituiva ancora il contrappeso dell'attività di bilanciamento. Nel 1974, invero, con il *Privacy Act*, gli Stati Uniti avrebbero introdotto per la prima volta una delle prime versioni mai legificate di FIPPs. Inoltre, le attività di sorveglianza e di repressione delle violazioni di dati personali sarebbero più efficaci negli Stati Uniti che in Europa, poiché la FTC avrebbe, in quanto autorità prettamente di *enforcement*, potere impositivo più incisivo rispetto alle autorità garanti europee. Oltre al fatto che, sempre nella prospettiva di Tene, l'UE sarebbe ferma ad una burocrazia lenta e macchinosa, che non è invece propria del sistema americano più orientato alla rapidità nella risposta ai cittadini, anche perché, secondo l'autore, la privacy negli Stati Uniti (almeno sotto l'amministrazione Obama da poco terminata) avrebbe rappresentato un argomento di elevato interesse nell'opinione pubblica.

Tuttavia, siffatta tesi non sembra propriamente condivisibile giacché lo stesso autore tende a smentirsi confermando che il sistema americano presenta comunque svantaggi e lacune. Innanzitutto, perché la FTC agirebbe sulla base di un mandato (doppio, come più sopra chiarito, sia per la tutela del consumatore, che per la sorveglianza in materia antitrust) a cui si atterrebbe in modo scrupoloso, non considerando però che il suo atto costitutivo⁶²⁹ si limita a proibire alle imprese di

⁶²⁸ O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pagg. 155 segg.

⁶²⁹ Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58, come modificato.

tenere pratiche scorrette o sleali⁶³⁰, il che non garantirebbe una tutela dei dati personali né sufficiente, né tantomeno adeguata, neppure nel solo settore della tutela dei consumatori, poiché la scorrettezza e la slealtà di tali atti o pratiche protegge i consumatori dal travisamento dell'interpretazione della realtà, ma non dalle violazioni della loro privacy. E, inoltre, perché sempre a detta dello stesso autore, gli Stati Uniti non saranno in grado di tutelare adeguatamente la privacy dei consumatori fino a quando non riusciranno a trasformare i principi delle FIPPs da *soft law* a *hard law*⁶³¹. In tal senso, se alcuni sforzi sembravano essere stati fatti con l'amministrazione Obama nel corso dei suoi due mandati presidenziali (che hanno portato, in particolare, alla redazione del cosiddetto *FTC Report*)⁶³², enormi passi indietro sono stati percorsi in pochi mesi dalla recentemente insediata amministrazione Trump⁶³³. Se la stessa FTC aveva iniziato a spostarsi verso un approccio più restrittivo a favore della protezione della privacy, adottando una più ampia nozione di riservatezza fondata sulle "aspettative dei consumatori"⁶³⁴, ora si dovranno attendere ulteriori sviluppi poiché essa è un'agenzia governativa, dunque influenzabile del potere di governo e, quindi, dal cambio di rotta presidenziale. Ciò consentirà di comprendere se il livello di privacy dei consumatori raggiunto in precedenza verrà almeno mantenuto o addirittura diminuito⁶³⁵, magari utilizzando il noto modello del "*notice and choice*" che non sembra tuttavia essere stato

⁶³⁰ L'articolo 5(1) prevede che «[u]nfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful».

⁶³¹ O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pag. 158.

⁶³² Per un approfondimento si v. O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pagg. 164 segg.

⁶³³ In questo senso, si v., da ultima, la risoluzione firmata dal Presidente Trump per l'abrogazione delle tutele online previste per gli utenti di Internet, con la conseguenza che i fornitori di servizi Internet e le società che gestiscono gli internet providers potranno raccogliere informazioni degli utenti, per poi combinarle ed eventualmente rivenderle. Si legga, ad esempio, l'articolo apparso sul New York Times il 3 aprile 2017, *Trump Completes Repeal of Online Privacy Protections From Obama Era*, di S. Lohr.

⁶³⁴ Si v. Solove e Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, in *Columbia Law Review*, 2014, 114, pag. 62. V. anche K.A. Bamberger, D.K. Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, cit., pag. 270.

⁶³⁵ Per la verità, negli anni più recenti di attività, la FTC ha condotto azioni di *enforcement* della privacy tentando di utilizzare uno strumento programmatico risultato della trasformazione dei FIPPs in CIPPs (vale a dire in *Comprehensive Information Privacy Principles*), tra i quali vi sarebbe anche il principio sulla necessità di una valutazione dei rischi circa la riservatezza e la sicurezza dei dati. V. A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 221; si v. anche K.A. Bamberger, D.K. Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, cit., pagg. 255 segg.

sufficientemente adeguato negli scorsi anni⁶³⁶. Detto meccanismo sembra avere praticamente surclassato e ricompreso tutti gli altri principi di corretta informazione sulla privacy, e di averlo fatto con insuccesso, in quanto si basa su un regime in cui piuttosto che l'utilizzo di modelli di *opt-in* (vale a dire di scelta attiva da parte del consumatore), si predilige offrire un apparato informativo (più o meno dettagliato) al consumatore, offrendogli contestualmente la facoltà di revocare scelte già operate di *default* e non dalla propria persona (secondo i meccanismi cosiddetti di *opt-out*)⁶³⁷. Tuttavia, recentemente, la FTC ha percepito le ragioni di insuccesso di detto meccanismo di protezione, cercando di aggiustare il tiro, rafforzandolo mediante l'uso di una maggiore trasparenza nella scelta del consumatore sulle proprie opzioni da selezionare in materia di privacy⁶³⁸. In ogni caso, non sembra difficile poter desumere dalla dottrina maggioritaria che i metodi utilizzati dalla FTC per tutelare la riservatezza dei dati personali abbiano avuto scarso successo o, per dirla giuridicamente, siano stati scarsamente garantisti, determinando così una salvaguardia della privacy certamente esistente sulla carta (poiché la FTC ha comunque un mandato ufficiale per la tutela dei dati dei consumatori), ma inevitabilmente più debole e nota ai più come «*FIPPs-lite protection*»⁶³⁹.

⁶³⁶ O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pag. 172. Si tratta di un meccanismo che avrebbe potuto dare risultati soddisfacenti se la raccolta e il trattamento dei dati personali fossero stati meno frequenti e diffusi, come lo era inizialmente, ma attualmente non risulta parametrato alle esigenze dettate dallo sviluppo delle nuove tecnologie e dalla gestione automatizzata quotidiana delle informazioni personali. V., in tal senso, A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 205.

⁶³⁷ Si v. Nefh, *The FTC's proposed framework for privacy protection online: a move towards substantive controls or just more notice and choice*, in *William Mitchell Law Review*, 2010-2011, 37, pag. 1727, cit. in A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 218.; v. altresì cap. III.VII. *infra*.

⁶³⁸ Principato la identifica come una sorta di *simplified consumer choice*. Oltre al meccanismo di tutela della privacy del *notice&choice*, l'autore rileva come un secondo approccio di tutela utilizzato dall'ordinamento americano, sarebbe il modello *harm-based*, vale a dire la considerazione della violazione della privacy come rientrante nella categoria dei *torts* (v. *supra* cap. II.II.). Anche tale approccio non sarebbe però completamente efficiente nella tutela della privacy, poiché si limiterebbe ad esserlo quando vi sia in gioco un danno fisico o economico o una intrusione con riguardo al noto *right to be let alone* e solo una volta che la fattispecie illegittima già si sia verificata. Così facendo, si ometterebbe però di tutelare tutte quelle fattispecie che non portano alla verifica di un danno come inteso dal sistema americano di *common law*, o dove il nesso di causalità sia difficilmente dimostrabile (come nel caso in cui sia necessario individuare la tracciabilità dell'evento, risalendo alla causa e al soggetto che ne ha dato origine). Alla luce di ciò, l'autore tende ad escludere che il modello di tutela della privacy basato sul concetto di danno (e dunque di danno già verificato e non di prevenzione dello stesso) fallisca. A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 218.

⁶³⁹ Si v. Bamberger e Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, cit.

Nonostante la dottrina tenda generalmente a ritenere che il modello americano abbia fallito in più circostanze e secondo differenti approcci, parte della stessa giunge a riconoscere anche un certo avvicinamento tra i due sistemi di tutela della privacy qui in esame, dovuto per lo più ad un cambio di metodo di *enforcement* da parte della Federal Trade Commission, che avrebbe protetto la vita privata interpretandola in modo più ampio, sulla base delle menzionate aspettative del consumatore, le quali giustificano l'intervento dell'autorità quando l'impresa non offra adeguate garanzie. In tal senso, non vi sarebbe un compromesso di tipo convenzionale sulla definizione della privacy da proteggere, ma piuttosto su di una tutela della privacy in quanto tale, poiché – appunto – basata sulle aspettative della parte più debole del rapporto, ossia del consumatore, secondo un'interpretazione più congrua a quella che viene adottata nell'Unione europea⁶⁴⁰. Se si analizza il GDPR entrato in vigore nell'UE, si può osservare come alcune delle novità più rilevanti sarebbero state concepite prendendo spunto da soluzioni già adottate e applicate negli Stati Uniti. Ci si riferisce segnatamente alla presenza di *compliance officers* nelle società e nelle agenzie pubbliche governative, all'attuazione di leggi di notifica sulle violazioni della privacy e allo sviluppo della *privacy by design*⁶⁴¹. Alla luce di ciò, l'affermazione per cui la tutela della privacy, almeno dal punto di vista formale, attualmente sarebbe meglio congetturata nell'UE che negli USA, non avrebbe senso, stante l'origine americana di alcune delle novità più importanti della riforma europea. Per poter essere in grado di formulare un giudizio sulla concreta attuazione del rispetto della privacy, sarà essenzialmente necessario attendere due eventi: in primo luogo la concreta attuazione della normativa adottata nell'UE che sarà applicata a partire da maggio 2018⁶⁴² e, in secondo luogo, i futuri sviluppi delle normative statunitensi sulla privacy, a fronte del cambio di orientamento politico seguito alle elezioni del nuovo Presidente che ha assunto le proprie funzioni nel gennaio 2017.

Un altro interessante argomento su cui sarebbe interessante soffermarsi nello studio dei sistemi di tutela della privacy sulle due sponde dell'Atlantico settentrionale

⁶⁴⁰ A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 205.

⁶⁴¹ D. Bender, *EU or US: which has more actual privacy?*, cit., pag. 20.

⁶⁴² In tal senso, si v. D. Bender, *EU or US: which has more actual privacy?*, cit., pag. 20.

riguarda, separando la tutela dei rispettivi cittadini, anche la protezione dei soggetti che, pur non essendo cittadini, restano individui.

Orbene, mentre è chiaro che nell'UE la tutela sulla privacy viene estesa a tutte le persone fisiche identificate o identificabili⁶⁴³, negli Stati Uniti sembra piuttosto che valga quella tesi del contratto sociale in base alla quale la cittadinanza è condizione per ricevere la tutela dello Stato in cui ci si trovi, nonostante la Costituzione americana generalmente non faccia differenza tra cittadini e non, poiché, di norma, fa generico rinvio a persone⁶⁴⁴. Mentre la politica statunitense cerca di dare una risposta alla domanda se sia giusto riconoscere i diritti fondamentali a prescindere dalla nazionalità, la dottrina ritiene comunque corretto che, la privacy, in quanto diritto fondamentale ammesso dalla giurisprudenza della Corte suprema, debba essere riconosciuta universalmente. E questo perché la tutela dei diritti fondamentali non può dipendere da criteri arbitrari basati su circostanze relative alla nascita, ma deve essere garantita a prescindere, perché è insita nello stesso concetto di dignità che merita tutela⁶⁴⁵.

Così dovrebbe essere negli Stati Uniti per la tutela della privacy e, allo stesso modo, dei dati personali, che rientrano nell'alveo dei diritti umani, il quale – come l'ha definito Dworkin – «*non ha spazio per i passaporti*»⁶⁴⁶.

Così non sembrerebbe, invece, una volta che si osservi che i dati personali sono oramai divenuti merce di scambio e che il rischio di violazione della loro riservatezza tenda ad essere sempre più elevato, in vista di superiori esigenze legate all'economia. Più ampie considerazioni in proposito verranno affrontate nel capitolo successivo.

⁶⁴³ Si v. articolo 4 del GDPR.

⁶⁴⁴ M. Milanovic, *Human rights treaties and foreign surveillance: Privacy in the digital Age*, cit., pag. 89.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pag. 98.

⁶⁴⁶ R. Dworkin, *Is Democracy Possible here?*, 2006, pag. 48.

CAPITOLO III

LA DATA-DRIVEN ECONOMY

I dati personali come beni economici

e l'economia della privacy

III.1. I dati personali: tra tutela e scambio

Nel capitolo precedente si è analizzato come la privacy e, nello specifico, i dati personali siano tutelati nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e nel sistema americano.

Grazie a detto confronto è possibile notare che la tutela dei dati personali sulle due sponde dell'Atlantico viene garantita in base a presupposti differenti. Invero, mentre nell'UE i dati personali ricevono protezione a prescindere dal settore pubblico o privato considerato e tutti gli individui – in quanto persone potenzialmente titolari di dati personali soggetti a trattamento – sono egualmente protetti, sull'opposta sponda atlantica ciò avviene in modo diverso. Il sistema statunitense preferisce infatti suddividere la tutela della privacy in due macroaree, l'una orientata alla tutela del cittadino (e non però degli stranieri, come visto *supra* al cap. II.X.) da potenziali intrusioni esterne del governo a fini di sicurezza nazionale, l'altra in cui ci si occupa di tutelare la riservatezza del cittadino che è anche consumatore, attraverso la protezione di quelle informazioni personali che vengono utilizzate per essere analizzate e che servono da traccia per lo sviluppo del mercato.

Malgrado siffatti diversi presupposti di partenza, i due sistemi giuridici considerano il dato personale come di proprietà di una persona fisica che (necessariamente nel caso degli USA, e in modo diverso nel caso dell'UE) è cittadina dell'uno o dell'altro ordinamento e lo tutelano, seppure in modo differente, evidenziando così un ulteriore punto di comunanza.

Pertanto, la base comune dei due tipi di tutela sembra essere rappresentata dal fatto che il diritto relativo alle informazioni personali presuppone che il bene da questo tutelato (dunque lo stesso dato personale poc'anzi menzionato) sia giuridicamente inquadrato, affinché sia possibile salvaguardare ciò che è effettivamente necessario perché maggiormente attinente alla persona e alla rispettiva autodeterminazione e ciò che invece, a certe condizioni, può essere utilizzato da soggetti terzi a scopi diversi da quelli dell'individuo cui il dato attiene.

In primo luogo, è ampiamente diffusa in dottrina la tesi per cui il dato personale oggi è divenuto essenzialmente un bene giuridico che, in quanto tale, è suscettibile di traffico giuridico⁶⁴⁷. Per questa ragione, l'ordinamento giuridico tende a riconoscere un potere di disposizione dei dati ai soggetti titolari degli stessi⁶⁴⁸ e di controllo, che si concretizza infine nella facoltà di opporsi al trattamento delle proprie informazioni, una volta raccolte, o nella possibilità di conoscere la finalità del trattamento, o di accertarsi che detta finalità sia effettivamente rispettata, che i dati siano adeguatamente conservati e che soggetti terzi non abilitati non vi possano accedere⁶⁴⁹.

Peraltro, attualmente, i dati personali non sono definiti solo quali beni giuridici, ma più precisamente quali beni economici. Risulta infatti chiaro nella dottrina maggioritaria che non si possa più negare il valore economico che le informazioni personali effettivamente detengono, poiché sono considerate quale merce di

⁶⁴⁷ A. Batuecas Caletrio, *Intimidación Personal, Protección de Datos Personales y Geolocalización*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2015, pag. 59; P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2008, 6, pagg. 720 segg.

⁶⁴⁸ Si fa presente che il concetto di titolare del dato personale (con cui ci si riferisce alla persona cui il dato è riferito, cui appartiene il bene – e che il GDPR identifica con l'espressione «interessato») è ben differente da quello di titolare del trattamento di dati personali (che si riferisce, come si vedrà *infra*, al soggetto che risponde delle modalità del trattamento di dati personali).

⁶⁴⁹ Batuecas Caletrio, *Intimidación Personal, Protección de Datos Personales y Geolocalización*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2015, pag. 59. In questo senso molti fanno riferimento al concetto di *data portability*, si v. W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2770479>, pag. 10. In particolare, la portabilità dei dati si riferisce alla necessaria chiara informazione, da parte del titolare del trattamento dei dati all'interessato, sulle caratteristiche e i fini del trattamento stesso. Inoltre, il diritto alla portabilità dei dati viene introdotto altresì dall'articolo 20 del GDPR, che al fine di promuovere la concorrenza nel mercato digitale, attribuisce la facoltà all'interessato di trasferire più facilmente i dati da un fornitore di un determinato servizio digitale a diversi sistemi elettronici, senza che ciò possa essere impedito da parte del responsabile del trattamento. Per approfondimenti si v. S. Sica, V. D'Antonio G.M. Riccio (cur.), *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, 2016, pagg. 221 segg.

scambio⁶⁵⁰, a maggior ragione nel contesto delle nuove tecnologie che ne consentono una circolazione massiva e pressoché in tempo reale. Addirittura, secondo Kirchner, i dati personali rappresenterebbero ormai la materia prima su cui si basa e funziona la maggior parte dell'economia globale⁶⁵¹. Più specificamente, Becker e Focarelli hanno altresì ritenuto che i dati siano persino una sorta di valuta o di moneta che consente di permutarli con altri servizi⁶⁵².

Alla luce delle teorie descritte, i dati personali hanno iniziato ad essere intesi effettivamente come beni di scambio.

Tuttavia, pur essendo oramai pacifico che siano dotati di un valore monetario, i dati personali sono strettamente connessi alla dignità, all'autonomia e alla personalità degli individui, per i fattori analizzati nei primi capitoli⁶⁵³. In quanto tali, dunque, appare controverso che essi possano essere assoggettati ad una valutazione economica. Tuttavia, quest'ultima tende a verificarsi nel momento in cui l'interessato, titolare dell'informazione, è considerato nel suo potenziale di mercato. In siffatto ambiente, secondo concorde dottrina, il medesimo interessato tende a non rendersi conto del valore che la propria informazione assume nella cessione che, di fatto, egli ne fa a terzi e nei successivi trasferimenti tra ulteriori soggetti terzi⁶⁵⁴. Negli Stati Uniti, ad esempio, non solo la dottrina, ma persino la giurisprudenza è giunta a prendere atto che i dati personali siano beni giuridici

⁶⁵⁰ S. Kirchner, *Protection of Privacy Rights of Internet Users Against Cross-Border Government Interference*, in *International Journal of Legal Information*, 2014, 42, 3, pag. 493. In tal senso, si v. anche A. Acquisti, J. Grossklags, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, in *Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices*, Taylor and Francis Group, 2007, pag. 5, dove si considera il diritto alla tutela dei dati personali come un bene idoneo ad essere commercializzato.

⁶⁵¹ S. Kirchner, *Protection of Privacy Rights of Internet Users Against Cross-Border Government Interference*, cit., pag. 494; F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54, pag. 26.

⁶⁵² M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, in *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 2014, 15, 3, pagg. 213-218; C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015, pag. 56.

⁶⁵³ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 13

⁶⁵⁴ Difatti, è oramai d'uso che le società raccolgano informazioni dai consumatori, spesso nel quadro della fattispecie giuridica dell'*aliud pro alio*, in occasione della vendita di beni o della fornitura di servizi, per poi processarli, combinarli e, spesso, ricederli come contropartita economica a società terze, che li utilizzano per realizzare i propri scopi di lucro. J.M. Victor, *The EU general data protection regulation: toward a property regime for protecting data privacy*, in *The Yale Law Journal*, 2013, 123, 2, pag. 124. In tal senso, v. anche P. Jones Harbour, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 227, che ha richiamato l'espressione utilizzata nel 2011 dal *World Economic Forum* per definire i dati quali «*the new oil of the Internet*» (il nuovo carburante di Internet e, dunque, la sua materia prima), prevedendo peraltro che sarebbero emersi a breve come nuovo bene insito in ogni aspetto della società.

oggetto di scambio e, dunque, di vero e proprio diritto di proprietà⁶⁵⁵. Tuttavia, i giudici statunitensi hanno raggiunto questa considerazione solo per quei dati che fossero stati già oggetto di raccolta e di trattamento da parte di società terze⁶⁵⁶, e non (come forse si sosterebbe nell'UE) nella fase precedente alla raccolta, quando il dato è ancora nella sola ed esclusiva disponibilità del suo titolare. Ciò farebbe quindi pensare che il dato personale sia essenzialmente un bene giuridico, che acquisisca altresì un valore economico solo quando si discosti dalla persona cui il dato è riferito, per essere trattato ed utilizzato a scopi diversi, prevalentemente da imprese, il cui *business* venga agevolato dal poter disporre e combinare informazioni personali. Quantomeno questo sarebbe più facilmente possibile concepire quanto anzidetto nell'ottica dell'ordinamento statunitense.

Alla luce di quanto descritto, sorgerebbe la questione se il dato, in quanto personale, possa essere considerato giuridico solo nell'accezione di bene economico suscettibile di essere scambiato e di procurare profitto per chi lo detiene e lo tratta. D'altra parte però, seguendo i più recenti orientamenti normativi con l'introduzione nell'UE del diritto fondamentale alla tutela dei dati personali, si affermerebbe la necessità di considerare il dato come bene giuridico in senso lato appartenente a una persona fisica e, quindi, richiedente una tutela più efficace per il soggetto che ne è titolare.

Sta di fatto che, in ogni caso, se occorre studiare un ambiente di mercato, è impossibile eludere la considerazione del dato personale come bene valutabile, anche economicamente, e con un valore almeno pari, se non superiore, a quello dei beni o dei servizi offerti in cambio del dato stesso⁶⁵⁷. Oggigiorno, dunque, il mercato ruota attorno ai dati personali e lo stesso potere di mercato delle imprese, così come dei consumatori, viene valutato sulla base delle quantità di informazioni personali detenute⁶⁵⁸. Sarebbe forse possibile sostenere che il dato personale sia la

⁶⁵⁵ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, in *Antitrust Law Journal*, 2015, 80, 1, pagg. 145 segg. Nello specifico, i dati sono stati identificati come dati commerciabili.

⁶⁵⁶ J.M. Victor, *The EU general data protection regulation: toward a property regime for protecting data privacy*, *cit.*, pag. 124. Victor si riferisce, a titolo di esempio, ad un caso in cui i passeggeri di una compagnia aerea hanno ceduto i propri dati personali alla stessa in modo volontario. Una volta ceduti, tali dati sono stati raccolti e combinati in un registro dati. Quest'ultimo, secondo i giudici statunitensi, era chiaramente di proprietà della compagnia aerea di cui sopra e, di conseguenza, lo sarebbero stati anche i dati ivi conservati. V. nota 20.

⁶⁵⁷ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pag. 26.

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

materia prima grazie alla quale si plasmano e funzionano le logiche di mercato dell'inizio del ventunesimo secolo⁶⁵⁹, in cui si assiste a una vera e propria rivoluzione di mercato fondata sui dati personali. Cionondimeno, tale rivoluzione, già avviata, dovrà subire alcuni aggiustamenti affinché possa divenire una rivoluzione dei dati dei consumatori. Invero, come generalmente accade per le rivoluzioni, relativamente al settore economico, la comunità si troverà a breve dinanzi alla richiesta della sua parte più debole – i consumatori appunto – di essere maggiormente tutelata attraverso una redistribuzione del benessere sociale.

Se per le imprese il benessere dipende dal maggior profitto raggiunto con minimi costi di produzione, per i cittadini tale benessere si raggiunge attraverso la tutela, innanzitutto, dei propri diritti fondamentali⁶⁶⁰. Siffatta nuova rivoluzione non tarderà a manifestarsi poiché, da qualche anno a questa parte, si riscontra una maggiore sensibilità da parte di alcune istituzioni ed un maggiore interesse dei cittadini nei confronti della tutela dei dati personali⁶⁶¹.

III.II. Il concetto e la natura ambivalente del dato personale

Come intuibile, si scorgerebbe una – quasi classica – contrapposizione tra la considerazione dei dati personali nell'ordinamento statunitense ed in quello dell'Unione europea. Difatti, se da un lato il dato personale venisse reputato un mero bene giuridico con valore economico, che in quanto tale si limitasse ad essere mero oggetto di scambio e produttore di profitto, dall'altra al dato personale verrebbe riservata una posizione, anche eticamente, più elevata, essendo questo ricompreso nel più ampio diritto fondamentale alla privacy e, più recentemente, essendo stato persino scorporato dal diritto fondamentale alla riservatezza, per divenire oggetto autonomo di tutela a livello “costituzionale”⁶⁶².

⁶⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁶⁰ M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, cit., pagg. 213-218.

⁶⁶¹ Ciò si deve sia all'interessamento delle diverse autorità garanti della privacy nel territorio europeo, sia agli scandali resi noti negli Stati Uniti sullo spionaggio e la raccolta indiscriminata di dati da parte del governo americano. V. nota 14 *supra*.

⁶⁶² Ci si riferisce qui al più recente articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali che riconosce la rilevanza essenziale dei dati personali e della necessità di tutelarli per garantire in via autonoma, quale beni giuridici protetti distinti dal più ampio bene giuridico alla riservatezza (tutelato all'articolo 7 della medesima Carta).

Orbene, se dal punto di vista meramente giuridico è possibile individuare questo tipo di partizione, dal punto di vista giuridico-economico, sarebbe invece possibile riconoscere un diritto di proprietà sui dati personali, propri o altrui, definendo così se e a quali condizioni siffatto diritto di proprietà possa essere trasferito e ceduto. Anche sotto questo profilo è evidente una differenza tra gli approcci regolamentari UE e USA⁶⁶³, che si potrebbe persino sostanziare nell'opportunità di distinguere tali due ordinamenti relativamente agli orientamenti adottati in ordine alla privacy ed alla tutela dei dati personali in termini di definizioni e allocazioni differenti di diritti di proprietà, concernenti le informazioni personali e i limiti di commerciabilità di questi ultimi⁶⁶⁴.

Oltre a dare per scontato che il dato sia un bene, giuridico e/o economico, è tuttavia necessario definire cosa sia un dato personale, perché solo così sarà possibile comprendere su cosa materialmente operino le attuali logiche di mercato e come sia possibile tutelarlo e, di conseguenza, tutelare il corretto funzionamento del mercato. Ciò vale giacché la tutela giuridica talvolta viene estesa ai generici dati, altre volte (la maggior parte, per la verità) copre esclusivamente i dati personali. Tra questi, una protezione ancor più severa è prevista per i dati sensibili. Mentre altre particolari tutele sono invece previste per i metadati, vale a dire per i cosiddetti "dati sui dati" (ossia dati che possono essere derivati dall'uso di altri dati che ne rappresentano il contenuto principale)⁶⁶⁵.

Ora, generalmente in dottrina si tende oramai ad adottare quella definizione di dato personale che è stata approntata dalle Linee guida OCSE del 1980 (modificate più recentemente nel 2013⁶⁶⁶) che è giunta sino ai giorni nostri per essere quindi declinata nelle più recenti normative europee e nazionali. Secondo tale definizione, il dato personale è «*qualsiasi informazione relativa a un individuo identificato o identificabile*» (articolo 1, paragrafo 1, lettera b). D'altra parte, ancor più dettagliatamente, il dato personale e sensibile sarebbe invece quello che, *inter alia*, è potenzialmente in grado di rivelare l'origine razziale, le opinioni politiche, le

⁶⁶³ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, cit., pag. 15.

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁶⁵ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, pagg. 28 e segg.

⁶⁶⁶ Si v. cap. II.V. *supra*.

convinzioni personali, tra cui quelle religiose, nonché quello concernente lo stato di salute o la vita sessuale di un individuo⁶⁶⁷.

Sta di fatto che, in quanto informazioni personali dotate delle caratteristiche di un vero e proprio bene giuridico, non solo appartenente alla persona cui fanno riferimento, ma altresì utilizzabile e commerciabile da soggetti terzi (legittimamente, solo se nel rispetto di certe condizioni), i dati personali rappresentano essenzialmente una risorsa.

A fronte di questa concezione è però necessaria una partizione tra la natura personale e quella economica di siffatta risorsa. Quella personale, invero, riguarda meramente l'individuo titolare del dato. Diversamente, se il dato venisse considerato quale risorsa economica – intangibile ed essenziale⁶⁶⁸ –, il valore dello stesso potrebbe certamente andare a vantaggio del soggetto che ne è titolare, ma altresì a vantaggio di soggetti terzi che ne siano venuti a disposizione⁶⁶⁹. È evidente che, avendo un valore economico, i dati personali possono divenire fonte di guadagno per quella parte di mercato che li produce o li tratta⁶⁷⁰. E poiché larga parte del mercato si è sviluppata mediante le tecnologie digitali, sfruttando queste ultime per facilitare o velocizzare i processi di domanda e di offerta, il dato personale è divenuto un *driver* dell'economia digitale. Quest'ultima, nonostante avvenga in un ambiente digitalizzato e virtuale, deve però rimettersi al rispetto delle disposizioni più classiche che regolano l'assetto economico reale tradizionale⁶⁷¹.

Ed è in questa prospettiva che entrano in gioco i *Big Data*, analizzati nel paragrafo seguente.

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁶⁹ Focarelli rileva che nel corso del 2010 si sia giunti a raccogliere addirittura circa mille miliardi di gigabyte di dati personali e perciò sarebbe indubbio che gli stessi rappresentino un *core asset* per l'economia. *Ibidem*, pagg. 62 segg.

⁶⁷⁰ K.A. Bamberger, D.K. Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, in *Stanford Law Review*, 2011, 63, 187, pag. 65.

⁶⁷¹ P. Jones Harbour, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, cit., pag. 233; V. anche M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 30.

III.III. La combinazione dei dati personali e il fenomeno dei *Big Data*

L'accademia contemporanea non mette oramai più in discussione la valenza economica concorrenziale dei dati personali combinati nell'insieme dei *Big Data*⁶⁷².

Circa i vantaggi che questi ultimi apportano alle imprese che ne fanno uso, si parlerà nel prosieguo. Conviene però cogliere i meccanismi attraverso i quali essi vengono raccolti, combinati e trattati, per poter trattare anticipatamente dei rischi del loro trattamento.

Orbene, con l'espressione *Big Data* (che non trova ancora equivalente traduzione nella lingua italiana) si intende, direttamente, la creazione di inimmaginabili quantità di dati, che vengono raccolti essenzialmente per derivarne informazioni predittive su singoli individui e su gruppi sociali⁶⁷³. Indirettamente, siffatta espressione fa riferimento alla capacità di un soggetto, molto frequentemente un'impresa, di raccogliere, immagazzinare e analizzare immense quantità di dati singoli, non strutturati e scollegati, che, una volta combinati da parte dello stesso soggetto o da parte di altre entità, consentono di individuare modelli, profili e correlazioni, per ottenere informazioni di ancor maggiore rilevanza economica⁶⁷⁴. Tale meccanismo consente altresì di ridurre i costi incorsi per la conservazione delle informazioni ed il loro trasferimento tra entità differenti, riducendo contestualmente i tempi di trasmissione e, grazie a programmi di analisi automatica con applicazione di metodi sperimentali e algoritmi digitali, nonché meccanismi di *data mining*⁶⁷⁵ (o

⁶⁷² M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2015, 2, pagg. 2-8.

⁶⁷³ A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 3, 4, pag. 230.

⁶⁷⁴ O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, in A. Rallo Lombarte, R. García Mahamut, *Hacia un Nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, 2015, pag. 158; N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, pag. 1939.

⁶⁷⁵ O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pag. 158; E. Carolan, A. Spina, *Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pag. 168; C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pagg. 45 segg. Allo stato attuale, la raccolta di *big data* è divenuta di rilevanza economica tale da creare nuove apposite figure professionali, vale a dire professionisti competenti in materia di analisi dei dati, che hanno il compito non di raccogliarli, quanto piuttosto di esaminarli e combinarli. Dette figure sono in grado di spaziare generalmente da competenze informatiche a competenze di marketing.

estrazione di dati, secondo la definizione della Commissione europea)⁶⁷⁶, incrementando la possibilità di creare combinazioni mirate e profilazioni di individui, sempre più funzionali all'analisi dei rispettivi comportamenti di mercato in considerazione dei futuri consumi⁶⁷⁷. Dunque, la maggior particolarità dei *big data* sta certamente nell'ammontare di dati che possono essere raccolti e combinati, ma soprattutto nella possibilità di combinare dati appartenenti a settori completamente differenti⁶⁷⁸, spesso anche attraverso l'abbinamento di informazioni disponibili online e offline⁶⁷⁹, che consentono a chi li analizza di poter desumere molti più elementi a proprio vantaggio.

Tuttavia, trattandosi di un termine di recente generazione e di – ancora – scarsa definizione, come spesso accade nel settore delle nuove tecnologie, la dottrina pare concorde nell'indicare alcune caratteristiche di massima che contribuiscono a circoscrivere la definizione di *big data*, senza tuttavia chiarirne con precisione i limiti. Le peculiarità che caratterizzano detta tipologia di dati sono essenzialmente tre, altrimenti dette “3V” perché individuate dal Volume, dalla Velocità e dalla Varietà. Grazie a siffatte qualità, i *big data* identificano l'analisi algoritmica di immensi volumi di dati provenienti da molteplici fonti e registrati su vari supporti e formati, la cui trasmissione è estremamente veloce e pressoché immediata⁶⁸⁰.

Non essendo confinato, tale concetto si presta ancora a definizioni multiple. Secondo Focarelli, poiché i termini *big* e *data*, anche separatamente, indicano una pluralità di significati, si rende più complesso identificare una definizione univoca. Ad ogni modo, detto autore propone una soluzione basata sulla considerazione per cui, giacché la parola *data* sta ad indicare, in genere, dati o informazioni, il termine *big* potrebbe identificarne la qualità di “grandezza”, in particolare per quanto concerne le dette 3V (volume, varietà delle fonti e velocità), cui si aggiungerebbe

⁶⁷⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una florida economia basata sui dati*, 2 luglio 2014, COM(2014) 442 final, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=EN>, pag. 12.

⁶⁷⁷ L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 7, p. 2022.

⁶⁷⁸ N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, cit., pag. 1939.

⁶⁷⁹ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 121; v. altresì P. Bernal, *Internet Privacy Rights*, Cambridge University Press, 2014, pag. 6.

⁶⁸⁰ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7, 2, pag. 120; G. D'Acquisto, M. Naldi, *Big Data e Privacy by Design*, Giappichelli, 2017, pagg. 5 segg.

una quarta “V” relativa al Valore aggiunto che i *big data* apportano, rispetto a dati singolarmente raccolti e non combinati. Siffatto valore aggiunto si ricava difatti dall’elevata capacità di elaborazione, dalla precisione dei risultati e dalla quantità di profitti che grazie ai *big data* si possono ricavare, con più facilità e minori costi per gli attori economici⁶⁸¹. Secondo D’Acquisto e Naldi, peraltro, una ulteriore “V” sarebbe da aggiungere in merito alla *veracity*, ossia alla veridicità che dovrebbe indicare la qualità dei dati, nel senso di loro correttezza. Tuttavia, come indicato dai medesimi autori, la moltiplicazione delle informazioni porterà ad una sempre maggiore incertezza in merito alla loro correttezza⁶⁸². Per tale motivo, non si ritiene che quest’ultima caratteristica possa rientrare ufficialmente nell’alveo di quelle già pacificamente accettate dalla dottrina.

Parimenti è da chiarire che il termine *big data* è spesso utilizzato come termine di tendenza per descrivere le tecnologie che consentono la loro raccolta, ma anche per indicare quegli stessi modelli commerciali la cui previsione è possibile grazie alla raccolta, al trattamento e al collegamento di mastodontiche quantità di dati⁶⁸³.

Invero, se le singole informazioni sono combinate attraverso la correlazione tra gli utenti dei servizi digitali e i servizi stessi, queste saranno poi utilizzabili dai soggetti commerciali per ottimizzare i propri processi di lavoro, creando prodotti o servizi nuovi o migliorando la qualità di quelli già esistenti attraverso la “customizzazione” (o personalizzazione) degli stessi in considerazione delle esigenze di ogni utente, che sarà quindi più persuaso ad acquistare beni o ad avvalersi di servizi che maggiormente rispondano alle proprie necessità⁶⁸⁴. Da un certo punto di vista, in effetti, il consumatore potrebbe trarre beneficio dalla raccolta e dall’analisi dei propri dati personali⁶⁸⁵. Peraltro, anche l’OCSE è intervenuto sui potenziali

⁶⁸¹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pagg. 45 segg. Focarelli fa particolare riferimento alle innumerevoli fonti da cui provengono i dati che possono essere combinati, che possono essere sia di natura digitale, che di natura analogica. Questi ultimi in particolare subiscono una trasformazione in supporti digitali, una volta combinati con gli altri dati a disposizione. Gli archivi da cui i dati possono provenire sono di natura differente: possono essere pubblici, commerciali, statistici, creati attraverso strumenti di geolocalizzazione, ecc.

⁶⁸² G. D’Acquisto, M. Naldi, *Big Data e Privacy by Design*, cit., pag. 7.

⁶⁸³ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 120.

⁶⁸⁴ La dottrina, in questo senso e sotto il profilo prettamente economico, usa parlare anche di economie di scopo. Si v. N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 121. e cap. IV.I. *infra*.

⁶⁸⁵ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 120. In merito al bilanciamento tra vantaggi e svantaggi per gli utenti conseguenti all’utilizzo dei *Big Data*, la dottrina è abbastanza divisa su quale sia il risultato più veritiero. Da un lato c’è chi sostiene che siano maggiori gli svantaggi legati ad una vera e propria sorveglianza consentita dai

vantaggi apportati dai *big data*, riconoscendoli non solo per il singolo individuo, ma per la collettività intera, come fattori di propulsione della crescita economica in diversi settori tra i quali la pubblica amministrazione, la pubblicità online, la sanità, le utenze e i trasporti⁶⁸⁶.

Al contempo, è evidente che, quand'anche gli utenti possano trarre vantaggio da questa pratica di combinazione di dati, i loro timori si concentrano sulla possibilità che i dati, prima singolarmente raccolti e poi abbinati, siano stati ottenuti a prescindere dall'espressione di una loro volontà in tal senso⁶⁸⁷, perché magari derivati da ulteriori mescolanze di informazioni di tipo diverso che l'utente ha effettivamente divulgato o per cui l'utente ha espresso il proprio accordo circa la relativa divulgazione. In tal senso, invero, i *big data* comporterebbero alcuni rischi per l'utente-consumatore (talvolta addirittura impercettibili), dovuti all'asimmetria di potere che sta a monte tra chi detiene i dati e chi li fornisce – più o meno consapevolmente⁶⁸⁸. Focarelli, in particolare, analizza il fenomeno dei *big data* prendendo come riferimento il rapporto redatto dall'Ufficio esecutivo del Presidente degli Stati Uniti nel 2014, rilevando che il loro impiego potrebbe, al contempo, rappresentare il motore della ripresa economica, costituendo la materia prima delle future relazioni commerciali, ma anche una delle più consistenti minacce a preziose libertà dell'individuo⁶⁸⁹. Invero, il medesimo rapporto evidenzia come l'uso dei *big data* comporti rischi notevoli per i cittadini (americani, nel caso di specie) che, subendo anche inconsapevolmente un'analisi delle proprie

big data e a una successiva estrema profilazione. D'altro lato (tra gli altri, Strahilevitz), c'è comunque chi considera la rilevanza dei vantaggi, che grazie alla profilazione e alla successiva offerta di prodotti e servizi personalizzati, il consumatore può conseguire. L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, cit., pag. 2041.

⁶⁸⁶ OCSE, *Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by «Big Data»*, 18 giugno 2013, disponibile al sito <http://goo.gl/nUgixe>; nonché C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pagg. 49 segg.

⁶⁸⁷ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 120.

⁶⁸⁸ C.E. Tucker, *The economics of advertising and privacy*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2012, 30, pag. 328; v. altresì K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, in *Communications of the ACM*, September 1996, 39, 9, pag. 98; F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pag. 189.

⁶⁸⁹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 47 e Ufficio esecutivo del presidente degli Stati Uniti, *Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, rapporto di maggio 2014, inizialmente disponibile al sito www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf, ora disponibile al sito https://bigdatawg.nist.gov/pdf/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf, pagg. 1, 3-4.

informazioni personali, rischiano lentamente (ed impercettibilmente) di cedere una parte della propria autonomia⁶⁹⁰.

In tal senso, per Focarelli, uno dei maggiori rischi insiti nell'uso di tale tipologia di dati starebbe proprio nel fatto che la loro elaborazione svuoterebbe di significato il requisito del consenso individuale, che generalmente – almeno nell'UE – dovrebbe essere richiesto per la raccolta e il trattamento di informazioni di carattere personale⁶⁹¹.

Perciò, l'assetto normativo attuale, negli Stati Uniti come nell'Unione europea, non sembra essere completamente adeguato a regolamentare l'analisi e l'uso dei *big data*, dunque sarebbero necessari dei passi normativi ulteriori rispetto a quelli già compiuti, come rilevato dai due rapporti dell'Ufficio esecutivo del presidente degli Stati Uniti e del Gruppo di lavoro dell'OCSE. Complessivamente, tali due organismi hanno rilevato che oramai è divenuto impossibile, oltre che evidentemente ingiustificato sotto il profilo dei costi, svolgere un controllo capillare su tutte le informazioni personali raccolte da un individuo, che peraltro sarebbe concepibile solo nel caso in cui dette informazioni siano raccolte sulla base del meccanismo statunitense del *notice and consent* ed europeo del *consenso informato*, effettivamente prestati in maniera consapevole (cosa che spesso pare non accadere nella realtà). Neppure il meccanismo dell'anonimato sarebbe idoneo a risolvere il problema dell'identificazione dell'individuo da cui le informazioni sono state raccolte, poiché ulteriori meccanismi di re-identificazione annullerebbero l'effetto anonimizzante iniziale⁶⁹². Sarebbe invece più opportuno studiare una disciplina che si concentri segnatamente sul momento della particolarizzazione dei dati, vale a dire sul momento in cui essi sono analizzati e combinati in modo tale da profilare in maniera dettagliata un individuo o un gruppo ristretto di individui. Mentre nell'Unione europea sembra essere stata scelta la strada dell'armonizzazione di varie legislazioni nazionali attraverso l'entrata in vigore del GDPR, negli Stati Uniti il suddetto Rapporto del 2014 suggerirebbe di

⁶⁹⁰ Ufficio esecutivo del presidente degli Stati Uniti, *Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, cit., pagg. 6 segg.

⁶⁹¹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 53. Per Laudon, del resto, i mercati in particolare dei dati personali, non sarebbero strutturati in modo adeguato e tale da permettere una piena espressione del consenso individuale. K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, cit., pag. 99.

⁶⁹² OCSE, *Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by «Big Data»*, cit.

creare un assetto unitario di tutela dei dati personali, che sia più flessibile, con particolare riguardo all'uso dei *big data* anziché alla loro raccolta, la quale, attualmente, sembrerebbe inevitabile anche per i benefici che, seppure accompagnati da diversi timori legati alla libertà dell'individuo, questi apportano all'economia internazionale⁶⁹³.

III.IV. La *data-driven economy*: il fenomeno della commercializzazione di dati personali

Come è possibile desumere dal precedente paragrafo, l'analisi delle informazioni personali e della loro combinazione in *big data* porta inevitabilmente a fare considerazioni di ordine economico che non possono prescindere da questa ricerca. In particolare, ciò si impone in ragione del fatto che i *big data*, essenzialmente provenienti da individui nella propria veste di attori economici e, dunque, di consumatori che, nel contesto di Internet sono necessariamente anche utenti, vengono utilizzati (per quanto qui di interesse) anche dalle imprese a fini di maggior lucro. Resta inteso che i dati appartenenti ai consumatori-utenti sono ancor più appetibili per le imprese che traggono profitti ingenti dall'economia digitale, perché si rendono più facilmente accessibili, a maggior ragione quando il consumatore utilizza servizi digitali offerti, ad esempio, da quelle piattaforme che rappresentano il prevalente strumento elettronico utilizzato da alcune società per ricavare enormi profitti, e che hanno lo scopo primario di offrire uno spazio virtuale che funge da intermediatore tra la domanda e l'offerta, mettendo in contatto diversi gruppi di clienti e di pubblicitari, oltre che di produttori o rivenditori⁶⁹⁴.

⁶⁹³ Ufficio esecutivo del presidente degli Stati Uniti, *Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, rapporto di maggio 2014, inizialmente disponibile al sito www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf, ora disponibile al sito https://bigdatawg.nist.gov/pdf/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf; nonché C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015, pagg. 55 segg.

⁶⁹⁴ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, *cit.*, pag. 145. In particolare, le piattaforme digitali (dette anche *two-sided markets*) attraggono clienti da un lato della piattaforma, offrendo loro servizi apparentemente gratuiti, monetizzando il corrispettivo dovuto per il servizio attraverso la raccolta dei loro dati e, dall'altro lato (quello dell'offerta), applicando tariffe o commissioni agli inserzionisti per l'accesso alla stessa piattaforma o per l'accesso alle informazioni (degli utenti dal lato della domanda) raccolte da chi gestisce la piattaforma. In tal senso, si v. anche J.C. Cooper, *Privacy and Antitrust: Underpants*

Le informazioni raccolte da dette società che gestiscono piattaforme a doppio mercato, si sogliono differenziare, segnatamente, in dati volontari, intenzionalmente condivisi e divulgati dai consumatori-utenti, dati osservati, ricavati dall'osservazione del comportamento online dei consumatori-utenti e dalla registrazione dei dati così ottenuti, e, infine, dati dedotti i quali sono il risultato dell'analisi della combinazione tra dati volontari e dati osservati⁶⁹⁵. Tutte siffatte categorie di informazioni possono ben rientrare nella più vasta categoria dei *big data* di cui si è più ampiamente trattato in precedenza⁶⁹⁶.

Ad ogni modo, così suddivise, si comprende meglio come tali informazioni possano fungere sia da spunto economico, che da vero e proprio bene⁶⁹⁷. In primo luogo, costituirebbero uno spunto per i produttori di beni e servizi, affinché questi ultimi vengano maggiormente tarati e adeguati alle esigenze dei consumatori. In secondo luogo, rappresenterebbero un bene, come detto commerciabile, poiché non sarebbe raro assistere a compravendite di grandi ammassi di dati personali, talvolta anche già combinati e dunque riconoscibili nella categoria degli *inferred data*. Il beneficio per chi acquista dette tipologie di dati riguarda essenzialmente due fattori. Da una parte, la possibilità di investire meno nella spesa pubblicitaria dei propri prodotti, avendo occasione di mirare meglio il *target* e di rivolgere gli annunci pubblicitari ai solo consumatori effettivamente interessati al prodotto e, dall'altra, di calibrare al dettaglio la produzione del bene o del servizio creandolo a misura di consumatore⁶⁹⁸.

Per la verità, neppure sarebbe raro assistere a compravendite di informazioni personali gestite da cosiddetti *data brokers*. Si tratterebbe di figure professionali, sviluppate soprattutto negli Stati Uniti, che ricavano dati dai consumatori, traendoli da fonti di tipo diverso e spesso senza che l'individuo ne sia a conoscenza, li elaborano e li combinano a fini di pubblicità mirata alle scelte di consumo degli

Gnomes, the first amendment, and subjectivity, in *George Mason Law Review*, 2013, 20, pagg. 1129-1130 e cap. IV.I. *infra*.

⁶⁹⁵ La dottrina riconosce queste tre categorie di dati nei *volunteered data, observed data e inferred data*. Si v. M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, *cit.*, pag. 146. Anche in occasione del *World Economic Forum* del 2011 si è ammesso il valore dei dati personali come beni per le imprese operanti nel settore dell'economia digitale, definendoli addirittura quali il "nuovo carburante di Internet". V. P. Jones Harbour, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, *cit.*, pag. 227.

⁶⁹⁶ V. cap. III.III. *supra*.

⁶⁹⁷ In quest'ultimo senso si v. anche cap. III.I. *supra*.

⁶⁹⁸ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, *cit.*, pag. 146.

individui sia online, che offline. Peraltro, frequentemente accade che detti intermediari della commercializzazione di dati, scambino tra loro, a titolo oneroso, grandi ammassi di dati che permettano infine di elaborarli creando combinazioni ancor più numerose e profilazioni sempre più dettagliate⁶⁹⁹. Nonostante sia evidente, soprattutto negli Stati Uniti, la necessità di regolamentare l'attività di tali mercanti di dati, gli esponenti statunitensi in materia sembrano divisi sull'opportunità di adottare normative statali, piuttosto che norme di autoregolamentazione che parrebbero più idonee a rispondere alle esigenze dei consumatori, i quali prediligerebbero orientare le proprie scelte di consumo verso quelle imprese che, adottando norme di autoregolamentazione in materia di privacy, forniscano allo stesso consumatore una politica più trasparente⁷⁰⁰.

Vi sarebbe dunque un vero e proprio mercato di dati sulla base del quale, secondo una ricerca statunitense, il singolo dato personale acquisito dal consumatore avrebbe un valore economico recentemente calcolato, a seconda dell'individuo profilato, in una forbice ricompresa tra 0,42 e 1,05 dollari⁷⁰¹. In Italia è stata effettuata una ricerca di tipo diverso, su un gruppo di individui di età differenti, con livelli di istruzione e redditi vari, facendoli divenire oggetto di una vendita all'asta particolare, in cui la stessa asta sarebbe stata aggiudicata a colui il quale avrebbe

⁶⁹⁹ Federal Trade Commission, *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*, maggio 2014, disponibile al sito <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>.

⁷⁰⁰ Si v. il rapporto di Ernst&Young del 2016, disponibile al sito [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore/\\$FILE/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore/$FILE/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore.pdf); nonché G. Norman, L. Pepall, D. Richards, L. Tan, *Competition and consumer data: The good, the bad, and the ugly*, in *Research in Economics*, 2016, 70, pag. 753.

⁷⁰¹ Tale ricerca è stata effettuata dal Financial Times, i cui risultati sono poi stati ripubblicati nel Sole24Ore il 14 giugno 2013, nell'articolo *Big data: tre profili a confronto sul valore dei dati personali*, disponibile al sito <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2013-06-14/data-profiliconfronto-012622.shtml?uuid=AbTdmq4H>. La ricerca ha considerato tre profili campione diversi rispetto al lavoro svolto, alla situazione familiare, allo stato di salute, alle abitudini di vita rispondenti alle seguenti descrizioni: il primo sarebbe «un professionista sposato, senza figli, con una casa di proprietà, affetto da diabete, appassionato di viaggi e frequentante attività per perdere peso, abitudinario di siti Web relativi a gossip, cibo e politica, dotato di carta fedeltà per un grande magazzino, interessato all'acquisto di auto, vestiti e viaggi»; il secondo «un manager di banca o società assicurativa, divorziato di recente, con figli, senza casa di proprietà ma traslocato di recente, possessore di una barca e frequentatore di palestre e centri fitness, abituale visitatore di siti Web relativi a finanza, politica e blog influenti, interessato all'acquisto di prodotti finanziari, auto e un nuovo smartphone»; il terzo «un imprenditore milionario, fidanzato da oltre tre mesi e in attesa del primo figlio, affetto da obesità, proprietario di una casa e di un piccolo aereo privato, appassionato di crociere, impegnato in attività per perdere peso, abituale visitatore di siti Web relativi a cucina, cibo, auto, giochi e cinema, interessato all'acquisto di auto, vestiti, pacchetti viaggio e in cerca di un nuovo smartphone». Ogni informazione di detti soggetti sarebbe valutata, rispettivamente, 0,6 dollari, 0,42 dollari e 1,05 dollari.

raggiunto il secondo prezzo più basso. Sulla base di questo meccanismo, si è giunti a calcolare un valore medio di ogni singolo dato personale pari a circa 2 euro⁷⁰². In realtà, secondo un meccanismo converso, quest'ultimo valore sarebbe stato desunto dall'importanza che gli stessi titolari dei dati vi conferiscono⁷⁰³, vale a dire dal valore economico che essi attribuiscono al rispettivo valore di vendita, il quale non corrisponde al valore, inferiore, "di acquisto" che sarebbero invece disposti a pagare per accertarsi che le stesse informazioni non siano divulgate a terzi⁷⁰⁴.

Orbene, alla luce delle suesposte considerazioni circa il valore dei dati personali e la loro commerciabilità, è ancor più evidente che l'economia globale si basa oramai sulla raccolta, la combinazione ed il trasferimento dei dati personali con uno scopo di profitto secondario, che va oltre lo scopo primario di conseguire guadagno attraverso la vendita diretta di dati personali tra soggetti interessati e che mira piuttosto al conseguimento di un ricavo ancora maggiore una volta che le informazioni in questione siano utilizzate per personalizzare beni e servizi che gli stessi consumatori saranno ancor più indotti ad acquistare, perché più specificamente rispondenti alle loro esigenze. Perciò si suole parlare anche di economia "guidata dai dati" o di "*data-driven economy*"⁷⁰⁵.

La stessa Commissione europea ha preso posizione sull'economia fondata sui dati riconoscendo, già nel 2014, che il suo sviluppo rappresenterebbe *«una nuova rivoluzione industriale trainata dai dati digitali, dall'informatica e dall'automazione»* poiché *«le attività umane, i processi industriali e la ricerca generano un livello senza precedenti di raccolta ed elaborazione di dati, le quali favoriscono la comparsa di nuovi prodotti, servizi, processi commerciali e metodologie scientifiche»*⁷⁰⁶. La Commissione ha inoltre evidenziato la necessità di far circolare liberamente le informazioni personali, al fine di stare al passo dello

⁷⁰² V. J. Stajano, N. Oliver, B. Lepri, R. de Oliveira, M. Caraviello, N. Sebe, *Money Walks: A Human-Centric Study on the Economics of Personal Mobile Data*, <http://arxiv.org/abs/1407.0566>, cit. in C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015, pag. 68.

⁷⁰³ Secondo il suddetto studio, i dati cui viene data maggiore importanza da parte dei propri titolari sono quelli relativi alla geo-localizzazione. Invero, alcuni utenti sarebbero meno propensi a cedere le proprie informazioni sul luogo in cui si trovano o si spostano, rispetto ad altre informazioni, o le cederebbero ad un prezzo superiore. V. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 67.

⁷⁰⁴ A. Acquisti, J. Grossklags, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, cit., pag. 9.

⁷⁰⁵ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 45.

⁷⁰⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una florida economia basata sui dati*, cit..

sviluppo dell'economia digitale in modo più adeguato, cercando peraltro di seguire la crescita molto più rapida delle imprese statunitensi in materia⁷⁰⁷. In questa direzione, l'istituzione si è mossa anche più recentemente, agli inizi del 2017, per far fronte agli obiettivi dettati dalla creazione del mercato unico digitale, anche alla luce delle nuove o più consistenti garanzie introdotte dalla riforma in materia di tutela dei dati personali, cui fa riferimento nella Comunicazione sulla costruzione di un'economia sui dati europea⁷⁰⁸. Nella medesima comunicazione, la Commissione rileva la primaria importanza dell'attuazione del principio di libera circolazione delle informazioni all'interno dell'Unione⁷⁰⁹ che sembrerebbe quasi richiamarsi alle quattro libertà economiche caratterizzanti l'ordinamento dell'UE⁷¹⁰, ponendolo come un corollario del principio della libera prestazione di servizi⁷¹¹.

Parrebbe quindi che il legislatore UE stia tentando di approcciarsi alla creazione di una sorta di quinta libertà fondamentale economica⁷¹² caratterizzata dalla libera circolazione delle informazioni personali entro i confini dell'Unione, che andrebbe ad integrare le altre libertà per spingere la crescita economica, *inter alia* e soprattutto, verso lo sviluppo del mercato unico digitale europeo⁷¹³. Prova ne è, oltre all'anzidetta comunicazione della Commissione, altresì il titolo scelto dal

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pag. 3.

⁷⁰⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European data economy*, 10 gennaio 2017, COM(2017) 9 final, pag. 5.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, pagg. 7 segg.

⁷¹⁰ Ci si riferisce alla libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e alla libera prestazione di servizi. Per approfondimenti si v. G. Tesauro, *Il diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2016; R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010.

⁷¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European data economy*, *cit.*, pagg. 7 segg.

⁷¹² V. Progetto di parere della Commissione per il mercato interno e la tutela dei consumatori destinato alla commissione per l'industria, la ricerca e l'energia sull'iniziativa europea per il cloud computing del Parlamento europeo, del 14 settembre 2016, 2016/2145(INI), disponibile al sito http://www.europarl.europa.eu/me_docs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/PA/2016/11-09/1104075IT.pdf, pag. 3, punto 2. Inoltre, tale proposta è stata ufficialmente presentata dalla Presidenza estone del Consiglio dell'UE, in carica dal 1° luglio al 31 dicembre 2017, in occasione della Conferenza "Digital Single Market" sul mercato unico digitale, tenutasi a Tallin il 17 luglio 2017. Come noto, l'Estonia è uno dei Paesi europei maggiormente digitalizzati (si v. altresì nota 351 *supra*) – si v. altresì European Commission, *European Digital Progress Report: review of Member States' progress towards digital priorities*, disponibile al sito <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-digital-progress-report-review-member-states-progress-towards-digital-priorities>.

⁷¹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European data economy*, *cit.*, pagg. 7 segg.

legislatore UE per il nuovo GDPR (ripreso comunque dalla direttiva 95/46), che indica esplicitamente come questo sia volto alla protezione delle persone fisiche «con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati». Anche parte della dottrina sembra orientarsi in tal senso, prendendo atto della necessaria tutela delle persone fisiche relativamente al trattamento delle loro informazioni in virtù dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali, ma altresì dell'ormai irrinunciabile esigenza di far circolare tali dati nel rispetto delle garanzie previste dall'ordinamento – che comunque non sembrerebbero ancora completamente adeguate – ai fini della crescita economica dell'Unione⁷¹⁴. Ciò richiederebbe però un'attenta collaborazione tra le autorità nazionali garanti della privacy e, come vedremo nel capitolo seguente⁷¹⁵, altresì delle autorità garanti della concorrenza e del mercato, al fine di abolire le frontiere interne di raccolta e trattamento lecito e dignitoso dei dati personali⁷¹⁶.

Tale interazione tra siffatte autorità pare imprescindibile poiché i dati non avrebbero valore economico se le imprese non fossero in grado di estrarne conoscenza. In effetti, la natura conoscitiva delle informazioni personali è ben evidente, ma solo in un secondo momento viene in rilievo la valenza economica che esse hanno acquisito nel tempo con lo sviluppo delle nuove tecnologie⁷¹⁷. Dunque, la correlazione tra autorità garanti della privacy, e dunque indirettamente dell'individuo e della sua sfera privata, e autorità garanti della concorrenza e del mercato è legata al fatto che, di per sé, il mercato non sarebbe in grado di svilupparsi e conseguire i propri obiettivi garantendo al contempo i diritti degli individui. Ed è proprio in tal senso che il valore di mercato dei dati personali non può prescindere dalla considerazione della dignità dell'individuo-consumatore, al quale dovrebbe altresì essere garantita quell'autodeterminazione informativa di cui si è

⁷¹⁴ In tal senso, si v. F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 13; O. Lynskey, *From Market-Marketing Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013, pag. 61; E.A. Rossi, *Il diritto alla privacy nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2014, 3, pag. 346.

⁷¹⁵ V. cap. IV *infra*.

⁷¹⁶ O. Lynskey, *From Market-Marketing Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, cit., pag. 61.

⁷¹⁷ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 122.

trattato in precedenza⁷¹⁸. E lo è in maggior misura se si considera che la quantità di informazioni personali disponibili grazie alle tecnologie è superiore ad ogni aspettativa (attualmente, si stima che ogni due giorni l'umanità riesca a produrre circa cinque exabyte di dati, pari a quasi il volume di dati prodotti dall'inizio dei tempi civilizzati sino al 2003)⁷¹⁹ e crescerà costantemente nei prossimi anni sino a raggiungere un valore di mercato di circa un miliardo di dollari entro il 2020⁷²⁰.

Inteso che un ruolo fondamentale sarà svolto dalle suddette autorità garanti, occorre precisare che altrettanto importante sarà l'attività delle stesse imprese le quali, auspicabilmente, potrebbero educare i propri consumatori ad una gestione responsabile dei propri dati personali⁷²¹.

A tal riguardo, se il primo *driver* dell'industria dell'informazione è e continuerà ad essere l'automatizzazione dell'informazione ed il rispettivo trattamento⁷²², sarà necessaria un'adeguata formazione dei produttori delle informazioni quanto ai loro diritti, affinché scelgano consapevolmente controparti commerciali che garantiscano determinati livelli di tutela della riservatezza e rispettino i limiti del loro consenso.

Tuttavia, sebbene siano le stesse imprese a potersi dotare di strumenti di migliore protezione della privacy, si deve osservare che, per le medesime, tale attività comporta ulteriori costi ed è proprio in questo senso che si parla dell'economia della privacy, in modo distinto dalla *data-driven economy*.

L'economia della privacy si riferisce infatti allo studio delle conseguenze di stampo economico, derivanti dalla tutela o dalla mancata tutela delle informazioni personali, in relazione ai costi sostenuti dalle imprese o da enti pubblici.

In particolar modo, siffatti studi prendono le mosse da una tesi piuttosto risalente, per la quale la riservatezza, una volta regolamentata, rappresenterebbe un fattore di costo per le imprese che, di conseguenza, subirebbero un rallentamento degli affari

⁷¹⁸ V. cap. II.II. *supra*. V. anche F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 13.

⁷¹⁹ P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2015, 2, pag. 2; M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, cit., pagg. 213-218.

⁷²⁰ M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, cit., pagg. 213-218; in tal senso, si v. altresì G. D'Acquisto, M. Naldi, *Big Data e Privacy by Design*, cit., pagg. 5 segg.

⁷²¹ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2000, 17, 2, pag. 166.

⁷²² *Ibidem*.

e, più in generale, comporterebbero un rallentamento dell'economia. Il tutto deve inserirsi inevitabilmente nel quadro della suddetta *data-driven economy*, nell'ambito della quale, data l'asimmetria di potere esistente tra coloro i quali sono dotati di più informazioni ed i soggetti che ne sono i titolari, i primi potrebbero utilizzarle a fini economici, ma si dovrebbero necessariamente scontrare con le esigenze di tutela dei singoli. Stabilire un equilibrio tra l'utilizzo a fini di lucro e la tutela dei dati personali non risulta di semplice soluzione, anche in considerazione del fatto che i titolari dei dati non ne percepiscono il valore economico e sono altresì disponibili a cederli in cambio di migliori vantaggi commerciali. Ciò non toglie, in ogni caso, che le imprese debbano adeguarsi alle richieste normative⁷²³, sostenendo costi per il mantenimento e la sicurezza delle banche dati, correndo il rischio di ottenere un minore ricavo sia per siffatti costi, sia nel caso che i propri clienti scelgano di non comunicare i propri dati o di divulgarli in modo errato⁷²⁴. Cionondimeno, è possibile raggiungere il suddetto equilibrio attraverso uno scambio reciproco tra consumatori e imprese che, nel settore della riservatezza dei dati personali, non sembrerebbe realizzabile in modo consapevole poiché, come anticipato, spesso i consumatori non hanno la percezione di cosa stanno scambiando e del valore di ciò che cedono⁷²⁵.

Pertanto, tale aspetto dell'economia, relativo alle spese sostenute o al minor profitto conseguito per garantire standard adeguati di tutela della privacy, si risolve in tensioni, scambi e cessioni tra livelli diversi di salvaguardia dei dati personali e di efficienza economica⁷²⁶. Non solo le imprese dovranno sostenere costi per un'adeguata tutela dei dati dei loro consumatori, ma altresì questi ultimi, al fine di

⁷²³ A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, cit., pag. 229; nonché P. Harris, *The European Perspective – is Data Protection Value for Money?*, in atti della 26° *International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity*, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia.

⁷²⁴ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 58.

⁷²⁵ D. Birch, *Identity is the new money*, Laterza, 2016, pag. 22; in tal senso si v. anche O. Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, cit., pag. 143; F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 28. Del resto, in questo senso si parla anche di paradosso della privacy per il quale si registra un'insoddisfazione da parte dei consumatori per quanto concerne la tutela della propria riservatezza, ma allo stesso tempo questi non agiscono per salvaguardarla. Ciò a maggior ragione accade quando il noto modello americano del *notice and consent* non risulti più adeguato a soddisfare le esigenze di consapevolezza sul trattamento di dati per esercitare più consapevolmente la propria autodeterminazione informativa. A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, cit., pag. 229.

⁷²⁶ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, cit., pag. 3.

tutelare le proprie informazioni, dovranno incorrere in costi in rapporto alla cessione di parte della propria riservatezza: evidentemente se cedono beni loro appartenenti si liberano di un valore⁷²⁷ che non è solamente economico, ma potrebbe essere anche etico⁷²⁸.

L'economia della privacy è dunque indicatore del disequilibrio esistente tra i consumatori che cedono le proprie informazioni e le imprese che le raccolgono e le trattano⁷²⁹. In conseguenza di quanto descritto, la stessa diventa espressione dell'asimmetria informativa che, alla luce delle predette considerazioni, sembra pendere a favore delle imprese e dei fini meramente economici, a discapito dei diritti dei consumatori produttori di informazioni personali.

Infine, occorre sottolineare che la questione principale che regge lo studio sulla cosiddetta *data-driven economy* starebbe proprio nell'obiettivo cui aspirano attori diversi dell'economia digitale, attraverso la raccolta e la tutela dei dati personali: da un lato gli utenti, con la tutela delle proprie informazioni, ambiscono a proteggere la propria autodeterminazione; dall'altro, le società che creano business attraverso le reti digitali mirano essenzialmente al maggior ricavo possibile. In questo rapporto piuttosto conflittuale, la connessione tra gli uni e gli altri avviene principalmente attraverso la raccolta e il trattamento di dati personali, poi combinati in *big data*, utilizzabili ai fini del *behavioural targeting*.

III.V. I *cookies* e l'analisi comportamentale dei consumatori

Come illustrato in precedenza, i *big data* consentono a chi ne dispone di conoscere una serie di dettagli personali di individui di varia natura ed estrazione. Siffatti dettagli, una volta analizzati, permettono il miglioramento e la creazione di nuovi prodotti e servizi di cui gli stessi consumatori saranno più propensi a servirsi⁷³⁰.

⁷²⁷ R.A. Posner, *The Right of Privacy*, in *Georgia Law Review*, 1977, 393, 12, pag. 394.

⁷²⁸ In tal senso, si v. P. Bernal, *Collaborative consent: Harnessing the strengths of the Internet for consent in the online environment*, in *International Review of Law, Computer and Technology*, 2010, 24, 3, pag. 292.

⁷²⁹ R. L. Finn, D. Wright, M. Friedewald, *Seven Types of Privacy*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013, pag. 5.

⁷³⁰ V. cap. III.III. *supra*.

Tale processo di analisi dei dati dei consumatori prende il nome di *behavioural targeting* (o analisi comportamentale) che sarà oggetto di questo paragrafo.

In particolare, il *behavioural targeting* viene utilizzato nel quadro di un procedimento che imita una qualche forma di sorveglianza⁷³¹, la quale consente alle imprese di servirsi di Internet per pubblicizzare merce calibrata rispetto alle caratteristiche del consumatore profilato. A prima vista, l'utilizzo di Internet è assolutamente gratuito per i consumatori. In verità, se da un lato si è visto come gli utenti cedono i propri dati personali in cambio di servizi che sembrano apparentemente gratuiti, d'altro lato gli utenti dovranno altresì subire il costo della pubblicità online di prodotti tagliati più che sulle loro esigenze, sui loro consumi o sui loro comportamenti abituali⁷³². Alla luce di tali osservazioni, si comprende che il *behavioural targeting* o *advertising* diverrebbe un business multimilionario che consente ad un numero abbastanza limitato di società (limitato, rispetto a tutte le imprese operanti nel mondo digitale), come sostenuto da Hoofnagle, di godere di un affaccio diretto sui consumi e sui comportamenti degli utenti⁷³³. Ed è proprio questo, secondo Richards, che ha fatto la fortuna delle più note società operanti su Internet, tra le quali Google o Facebook⁷³⁴. Non è un caso che le autorità garanti della concorrenza e del mercato a livello mondiale, dall'Unione europea, agli Stati Uniti, alla Russia, abbiano posto prevalente attenzione ai comportamenti concorrenziali (o anticoncorrenziali) di queste ultime, giungendo a sanzionarle laddove necessario⁷³⁵.

Dette grandi aziende in modo più eclatante, ma oramai la maggior parte delle società operanti nel mondo digitale, analizzano i comportamenti dei propri utenti soprattutto grazie ai *cookies*. Questi sono sostanzialmente strumenti sotto forma di microfile digitali, che consentono di associare un dispositivo (o un indirizzo IP) alle

⁷³¹ Sotto questo profilo si potrebbe considerare quella che da Finn, Wright e Friedewald, è stata denominata «*privacy of behaviour and action*». Tale espressione è stata coniata, per quanto riguarda la sfera pubblica reale della persona, relativamente alle abitudini comportamentali ad esempio in ambito politico, religioso o sessuale. Si ritiene che la stessa espressione potrebbe essere propriamente utilizzata altresì per indicare abitudini comportamentali, anche – ma non solamente – riferentesi ai consumi, tenute su internet dagli utenti. R.L. Finn, D. Wright, M. Friedewald, *Seven Types of Privacy*, cit., pag. 8; v., altresì, P. Bernal, *Collaborative consent: Harnessing the strengths of the Internet for consent in the online environment*, cit., pagg. 288 segg.

⁷³² N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, cit., pag. 1938.

⁷³³ C.J. Hoofnagle e a., *Behavioural Advertising: the offer you cannot refuse*, in *Harvard Law and Political Review*, 2012, pagg. 273-279.

⁷³⁴ N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, cit., pag. 1938.

⁷³⁵ Si v. cap. IV. *infra*.

scelte comportamentali di un determinato utente e ciò avviene fino a quando quest'ultimo non elimini dalla cronologia i siti visitati e le opzioni di scelta relative alla registrazione di *cookies*. Tuttavia, detto abbinamento riprende al momento della successiva prima visita di un sito, in occasione della quale, qualora l'utente non esprima un consenso negativo alla registrazione dei propri *cookies*, questi si intendono per accettati⁷³⁶. Partendo da detti file registrati è possibile desumere dati comportamentali, utilizzabili poi a fini commerciali, previa la profilazione dell'utente considerato⁷³⁷. La profilazione è un procedimento automatizzato che utilizza strumenti scientifici, modificabili sulla base delle esigenze di chi la effettua, per ottenere risultati di classificazione dei soggetti esaminati e per suddividere questi ultimi in gruppi omogenei di comportamento⁷³⁸.

Si preferisce distinguere i *cookies* in diverse categorie, tra le quali si ritrovano i *first-party cookies* e i *third party cookies*. Mentre i primi vengono impostati dallo stesso editore del sito considerato e si limitano a registrare i comportamenti dell'utente nel singolo sito, al contrario, i secondi pongono in essere tecnologie di *tracking* che consentono a chi li registra e li raccoglie di seguire l'utente nei vari siti cui accede⁷³⁹ e presentano una maggiore criticità dal punto di vista della tutela dell'utente. Ancora, si differenziano i *cookie* di sessione, eliminati non appena l'utente termina la visita del sito, dai *cookie* persistenti, che registrano le preferenze dell'utente per riproporle ogni volta che il soggetto si ripresenti nello stesso sito. Un'alternativa riguarda il *cross-tracking domain*, che opera quando le società cui fanno capo diversi siti Internet su cui sono installati *first-party cookies* si accordano

⁷³⁶ J. Luzak, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, in *European Review Private Law*, 2013, 21, n. 1, p. 222. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015, p. 20. Si deve rilevare comunque che nel caso gli utenti non accettino le condizioni poste dai *cookies*, non sempre viene garantita la stessa operatività del sito visitato. Eventuali disfunzionamenti portano infatti l'utente ad accettarli.

⁷³⁷ Per "profilazione" si intende il procedimento definito all'articolo 4 dal GDPR secondo il quale essa sarebbe costituita da «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Si sottolinea, dunque, che la profilazione può avvenire anche per scopi diversi da quelli commerciali.

⁷³⁸ Per approfondimenti si v. S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, 2016, pagg. 177 segg.

⁷³⁹ F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer, 2014, pag. 28; G.B. Abbamonte, *The Protection of Computer Privacy Under EU Law*, in *European Journal of European Law*, 2014, vol. 21, n. 1, pagg. 72 segg.; J. Luzak, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, in *European Review Private Law*, 2013, 21, n. 1, pagg. 221-246

(spesso a insaputa dell'utente) per combinare i dati registrati su ogni singolo sito, senza avere la necessità di installare più complessi *third-party cookies*⁷⁴⁰.

In considerazione delle aspettative sullo sviluppo di tali strumenti, è opportuno segnalare un altro espediente di analisi comportamentale che si riconnette al cosiddetto *location-aware marketing*, il quale utilizza tecnologie di geolocalizzazione (essenzialmente di *Global Positioning System*) per inviare messaggi personalizzati basati sul luogo in cui si trovano i consumatori⁷⁴¹.

È dunque chiaro come, insieme ad una serie di dati provenienti da fonti diverse, *inter alia*, le tecnologie sopra analizzate, tra cui i *cookies* e i dispositivi di geolocalizzazione, contribuiscano in modo consistente a formare gli ammassi dei *big data* che vengono utilizzati a fini di profilazione, analisi comportamentale e di *behavioral targeting*, nell'ambito di quella che viene chiamata anche "economia comportamentale".

La *behavioural economics* è volta sostanzialmente a migliorare ed incrementare il potere predittivo della teoria economica, includendo ricerche in ambito comportamentale dei consumatori e attingendo persino a spunti di psicologia. Essa studia infatti come le propensioni individuali, sociali, cognitive ed emozionali influenzino le decisioni economiche, integrando la teoria della scelta razionale con evidenze fattuali di segno contrario o, comunque, differente⁷⁴². La stessa si giustifica sulle premesse per cui gli individui, essendo diversi tra loro, non seguono le opzioni che imporrebbe la teoria della scelta razionale, proprio perché compiono scelte irrazionali e, talvolta, tali scelte potrebbero anche non essere determinate dalla soddisfazione di un proprio interesse o non generare poi il migliore

⁷⁴⁰ Per un approfondimento sui *cookie* si v. F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, cit.

⁷⁴¹ Inoltre, i dispositivi di geolocalizzazione sono utilizzati anche per attivare il cosiddetto *geo-blocking* al fine di vietare agli utenti che utilizzano un dispositivo sito in determinate aree geografiche di accedere alla vendita di un prodotto o di un servizio a condizioni migliori che se il dispositivo fosse sito in un altro luogo, se non addirittura di accedervi senza poterlo acquistare. Quest'ultimo comportamento inizia a rilevare, nell'ordinamento UE, anche ai fini della corretta applicazione del diritto della concorrenza, poiché tende ad impedire la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi all'interno dell'UE, nei casi in cui le condotte di *geo-blocking* o di *geo-filtering* siano il risultato di accordi o pratiche concertate tra imprese concorrenti. Si v. Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf, pag. 12.

⁷⁴² A. Acquisti, J. Grossklags, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, cit., pag. 6.

soddisfacimento possibile del proprio bisogno⁷⁴³. Invero, le decisioni degli individui tendono ad essere influenzate dal contesto culturale che li circonda, ma più pesantemente dall'interazione dell'individuo con altri individui, il che si traduce – nel contesto digitale – nelle relazioni “esterne” del soggetto con i siti internet che visita e con i suggerimenti di consumo che riceve, così sperimentando, forse inconsapevolmente, una riduzione della propria autonomia⁷⁴⁴. In tal senso, parte della dottrina critica il fatto che per effettuare una scelta consapevole ci si dovrebbe rendere conto di optare effettivamente per qualcosa, circostanza che, secondo parte della dottrina, tende sempre più spesso a non accadere nel settore tecnologico⁷⁴⁵. E ciò sembra verificarsi sia con riguardo alle scelte in materia di protezione dei dati personali (in quanto questi sono divenuti, come anticipato, una merce di scambio)⁷⁴⁶, sia relativamente a scelte meramente consumistiche⁷⁴⁷. Inoltre, per quanto anticipato, l'economia comportamentale potrebbe costituire uno strumento utilissimo per lo studio delle scelte individuali in materia di privacy e dati personali⁷⁴⁸, anche in considerazione del fatto che, spesso, siffatte scelte sono dettate da un'opzione “prendere o lasciare” che non può non essere accettata se l'individuo intenda raggiungere l'obiettivo ivi connesso⁷⁴⁹.

Orbene, grazie all'economia comportamentale è possibile studiare gli orientamenti di consumo degli utenti di Internet, ma ciò che poi interessa alle imprese ai fini di lucro commerciale è la possibilità di utilizzare le precedenti scelte di consumo come tracciato per personalizzare nuovi beni e servizi, rendendoli più a misura del singolo consumatore, attraverso un processo predittivo che sfocia nel detto *behavioural targeting*⁷⁵⁰. Oggigiorno, le imprese che operano online e offline ambiscono ad

⁷⁴³ F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, cit., pag. 411. Ciò accade peraltro anche nel settore delle scelte dell'individuo circa la protezione della propria riservatezza.

⁷⁴⁴ E. Carolan, A. Spina, *Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities*, cit., pag. 165.

⁷⁴⁵ F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, cit., pagg. 179-207.

⁷⁴⁶ V. cap. III.I. *supra*.

⁷⁴⁷ F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, cit., pagg. 179-207.

⁷⁴⁸ A. Acquisti, J. Grossklags, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, cit., pag. 11.

⁷⁴⁹ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 28, v. anche cap. III.VI. *infra*.

⁷⁵⁰ S. Barocas, H. Nissenbaum, *Computing Ethics. Big Data's End Run Around Procedural Privacy Protections*, in *Communications of the ACM*, 2014, 57, 11, pag. 32; M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, in *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 2014, 15, 3, pagg. 213-218.

ottenere quantità sempre maggiori di dati personali proprio perché attraverso questi ultimi possono inferire, ad esempio, il sesso, l'età, il luogo, lo stato di salute e ciò di cui ha avuto bisogno in precedenza, per poi inviare pubblicità geolocalizzate di beni o servizi che fanno giusto al caso e al preciso momento dell'individuo che, probabilmente, proprio in occasione della ricezione della pubblicità si trasforma in consumatore⁷⁵¹.

Grazie alle tecniche connesse al *behavioural targeting*, la dottrina è giunta a riconoscere la creazione di una sorta di schema, detto *Big Five Model*, che racchiude cinque diversi modelli di persone categorizzate in base a particolari caratteristiche individuali, tra cui la loro estroversione, generosità e gentilezza, consapevolezza e senso del dovere, ansia o depressione, apertura e creatività. In virtù di ulteriori studi, soprattutto di stampo psicologico, si è poi preso atto che ad ogni personalità corrisponderebbero ulteriori caratteristiche (a titolo esemplificativo, la tendenza ad avere delle stanze più o meno colorate dotate di oggetti di design). Evidentemente, nel momento in cui sia possibile inquadrare un utente in una di dette categorie, la raccolta di ulteriori dati e, poi, *big data*, consente alle imprese di attivare meccanismi di offerta che tendono a discriminare alcuni soggetti rispetto ad altri, ad esempio in termini di prezzi offerti per lo stesso bene⁷⁵². E quella poc'anzi accennata rappresenta solo una delle diverse categorizzazioni disponibili attraverso l'applicazione di un approccio combinato di scienze economiche e psicologiche, ma non tiene certo conto delle necessità giuridiche degli individui esaminati, vale a dire delle rispettive esigenze di tutela del diritto alla privacy e, *inter alia*, del diritto a essere trattati a condizioni di parità con altri soggetti che si trovano nella

⁷⁵¹ Notissimo è il caso *Target*, una società che commercializza prodotti per neonati e donne in stato di gravidanza, la quale ha fatto sì che il padre di una ragazza adolescente sapesse del suo stato interessante dopo che la Target fosse già riuscita a profilare, inviandole pubblicità via mail di pannolini o abbigliamento per neonati e coupon sconti. Tale azienda analizzava i dati non solo dei propri utenti, ma prevalentemente di donne il cui stato di gravidanza era già noto, per dedurre che queste ultime acquistavano calcio, magnesio e zinco nel primo trimestre, lozioni non profumate nel secondo e prodotti igienizzanti per le mani verso la fine della gravidanza. Si v. N. Golgowski, *How Target knows when its shoppers are pregnant - and figured out a teen was before her father did*, 18 febbraio 2012, disponibile al sito <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2102859/How-Target-knows-shoppers-pregnant--figured-teen-father-did.html#ixzz4llSMFpQ4>; v. altresì S. Barocas, H. Nissebaum, *Computing Ethics. Big Data's End Run Around Procedural Privacy Protections*, in *Communications of the ACM*, 2014, 57, 11, p. 32; L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, p. 2023.

⁷⁵² Per uno studio più dettagliato delle personalità ricomprese in detto modello, si v. L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, p. 2023 segg.

stessa loro situazione⁷⁵³. A questo, punto, è nuovamente necessario porsi altri interrogativi sulla dovuta tutela dei dati personali degli utenti di Internet, per evitare che si pongano questioni di svalutazione etica della persona, che la privino della libertà di autodeterminarsi e, così, della sua dignità. A tal fine, sarà opportuno considerare alcuni sistemi, con conseguenze di natura giuridica, per la raccolta dei dati personali su internet.

III.VI. Il consenso informato ed il *notice and consent*

Qualora si voglia sviluppare l'argomento della raccolta e del trattamento legittimo dei dati personali, nel quadro giuridico attuale è d'uopo non trascurare il requisito del "consenso informato"⁷⁵⁴, poiché quest'ultimo rappresenta una combinazione tra il libero esercizio del diritto fondamentale alla tutela della vita privata e dei dati personali ed il più ampio diritto di autodeterminazione nella scelta di quali parti di sé rendere note all'esterno⁷⁵⁵, che sottenderebbe lo stesso valore della dignità.

Le basi giuridiche dell'espressione del consenso informato poggiano, nell'UE, oltre che sul diritto alla tutela dei dati personali sancito dalla Carta dei diritti fondamentali⁷⁵⁶, altresì sul nuovo GDPR entrato in vigore nel maggio 2016 e, in particolare, sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), dove si prevede che il trattamento dei dati sia lecito quando ricorra detto consenso, eventualmente in alternativa ad altre condizioni per cui il consenso sia dato per implicito o non sia necessario alla luce di superiori interessi pubblici⁷⁵⁷. La peculiarità di detto consenso è data dal suo essere "informato", vale a dire dal fatto che il soggetto che lo esprime sia stato previamente reso consapevole delle finalità per cui i dati sono raccolti e vengono poi trattati.

⁷⁵³ Per la connessione tra privacy e parità di trattamento si v. L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, cit., pag. 2034.

⁷⁵⁴ V. cap. II.VII. *supra*.

⁷⁵⁵ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 70.

⁷⁵⁶ V. cap. II.IV. *supra*.

⁷⁵⁷ Articolo 7, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), GU L 119 del 4.5.2016.

Negli Stati Uniti si preferisce parlare di *notice and choice* o *notice and consent*, antepoendo la necessità dell'informazione alla scelta conscia dell'individuo⁷⁵⁸.

Essenzialmente, quando si parli di consenso informato o di *notice and choice* si intende distinguerlo da un altro strumento a tutela dell'autonomia della persona, non di grande successo, rappresentato dall'anonimizzazione dei dati personali che così possono essere trattati in forma confidenziale. Questa tecnica è spesso poco utile, in quanto consente ugualmente di poter identificare se non la persona, almeno il gruppo ristretto cui appartiene, in una fase successiva⁷⁵⁹.

Il consenso informato rende il problema del trattamento dei dati personali una questione che deve risolvere l'individuo cui i dati appartengono e cui è rimessa la possibilità di scelta⁷⁶⁰. Malgrado tutto, i sistemi di tutela dell'autonomia dell'individuo non sembrano neppure più completamente adeguati, in quanto si trovano a fronteggiare nuove potenzialità derivanti dai *big data* e dal *behavioural targeting*, che sviluppano dispositivi sempre più precisi per giungere ad una raccolta di dati sempre maggiore o, comunque, a combinazioni di dati legittimamente raccolti per finalità previste e accettate, ma talvolta combinati senza il consenso dell'interessato il quale, mediante quest'ultimo meccanismo di profilazione, di fatto, viene privato di altri dati che non ha divulgato consapevolmente, ma che sono stati derivati per deduzione dall'abbinamento dei dati inizialmente concessi⁷⁶¹. Di tal sorta si vanifica l'essenza stessa del consenso, implicando sostanzialmente due effetti negativi. Da un lato, si impedisce la completa realizzazione del mercato unico in quanto, così facendo, si rende impossibile la libera circolazione delle informazioni. D'altro lato, tale sacrificio non sarebbe neppure giustificato perché in ogni caso non riuscirebbe a proteggere i dati personali dell'individuo e, quindi, la sua libertà fondamentale di scegliere e di autodeterminarsi⁷⁶². In tale contesto, l'individuo viene lasciato solo, di fronte a qualcosa che non può né combattere, né contrastare, poiché quand'anche non

⁷⁵⁸ V'è da precisare preliminarmente che il *notice and choice* statunitense è un meccanismo sponsorizzato su base volontaria dalla Federal Trade Commission, che suggerisce alle imprese di adottare delle *privacy policies* adeguate, da divulgare agli utenti prima che possano esprimere o meno il loro consenso. F. Marotta-Wurgler, *Self-Regulation and Competition in Privacy Policies*, in *Journal of Legal Studies*, 2016, 45, pag. 14.

⁷⁵⁹ S. Barocas, H. Nissenbaum, *Computing Ethics. Big Data's End Run Around Procedural Privacy Protections*, in *Communications of the ACM*, 2014, 57, 11, pag. 31.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

⁷⁶¹ *Ibidem*, pag. 32.

⁷⁶² C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 70.

rappresenti il diretto divulgatore delle proprie informazioni, altri verranno a conoscere di lui attraverso l'abbinamento di dati personali propri e di terzi⁷⁶³.

Con riguardo a detto fenomeno, Nissebaum e Barocas hanno parlato di una sorta di tirannia della minoranza. Secondo i due autori, infatti, la minoranza degli individui (in questo contesto utenti) preferirebbe divulgare le proprie informazioni, mentre una maggioranza di questi opterebbe per non diffondere informazioni ulteriori a quelle strettamente necessarie. Tuttavia, in considerazione di quanto poc'anzi illustrato, nel momento in cui alcuni utenti rendono accessibili informazioni proprie e, con o tramite queste, informazioni altrui, la maggioranza sarebbe obbligata ad una scelta implicita (e forzata, nonché contraria alla propria volontà) di diffondere i propri dati. Dunque, l'individuo in condizioni di minor potere (appartenente alla suddetta maggioranza) esprimerebbe il proprio consenso in modo chiaro, informato e legittimo, ma tale consenso gli si ritorcerebbe contro in un momento successivo alla raccolta dei propri dati e a quella di dati altrui. Nel momento in cui questi ultimi divengono oggetto di ulteriori combinazioni da cui è possibile inferire dati non volutamente divulgati, ma implicitamente carpiri, detto consenso verrebbe indirettamente tradito. Tale fenomeno "tirannico" potrebbe derivare altresì dalla divulgazione di informazioni da parte di un soggetto che, una volta combinate, consentono di ricavare dettagli interessanti su di un diverso soggetto, il quale non ha però accordato alcun tipo di consenso al trattamento dei suoi dati così derivati⁷⁶⁴. La dottrina testé citata parla anche di un paradosso della trasparenza, per cui se il consenso deve essere prestato in modo informato, dovrebbe essere espresso sul fondamento di informazioni complete e trasparenti. Ora, se a prima vista questo può sembrare vero e logico, è chiaro come detto ragionamento non sia più valido nel momento della combinazione di ulteriori dati appartenenti a soggetti terzi, ma che in qualche misura possono avere legami o connessioni con l'interessato in questione che ha espresso un consenso, basandolo tuttavia su presupposti differenti⁷⁶⁵.

Orbene, non sembra ancora esistere una soluzione normativa al proposito (i primi sforzi sono stati compiuti dall'UE che ha approntato una proposta di regolamento

⁷⁶³ *Ibidem*.

⁷⁶⁴ S. Barocas, H. Nissebaum, *Computing Ethics. Big Data's End Run Around Procedural Privacy Protections*, cit., pag. 32.

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

sulla vita elettronica degli individui, che è però ancora da approvare⁷⁶⁶) sufficiente a risolvere le problematiche ivi connesse. In tal senso, è lo stesso mondo scientifico a spingere il legislatore in questa direzione, avendo riconosciuto la necessità di implementare delle normative idonee, perché i soli meccanismi del consenso informato e dell'anonimizzazione non sono in grado di far fronte alle criticità collegate all'uso dei *big data*⁷⁶⁷. Inoltre, una soluzione più efficace, secondo Focarelli, si potrebbe conseguire ponendo l'attenzione normativa, da un lato, sui soggetti che controllano l'uso delle informazioni personali, anziché su chi li raccoglie e, dall'altro, anche sulla fase dell'uso anziché su quella della raccolta, che oramai pare quasi inevitabile⁷⁶⁸.

III.VII. *Segue: i meccanismi di opt-in e di opt-out*

Peraltro, in aggiunta ai sistemi sopra illustrati, è necessario considerare altri importanti e usuali meccanismi per la raccolta del consenso informato sul trattamento delle informazioni personali nel settore digitale che danno origine a problematiche analoghe a quelle già esaminate, per quanto concerne la scarsa consapevolezza che l'utente ha nel momento in cui accorda il proprio consenso al trattamento dei dati.

Segnatamente, si fa riferimento ai sistemi di *opt-out* e ai meno diffusi sistemi di *opt-in*.

Siffatti due sistemi rappresentano, essenzialmente, diverse opzioni di *default*, attraverso le quali l'interessato può scegliere il livello di trattamento dei propri dati. In particolare, il primo sistema di *opt-out* implica che l'individuo, dinanzi alla scelta se consentire o meno il trattamento dei dati, debba avanzare una richiesta esplicita per non essere successivamente incluso in un programma di elaborazione delle informazioni che siano poi divulgate a società diverse da quella che le raccoglie. Pertanto, dette società divulgheranno dati a società terze solo nel caso in cui l'interessato non si opponga esplicitamente e attivamente, presentando un'istanza

⁷⁶⁶ V. cap. II.VIII. *supra*.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, pag. 33.

⁷⁶⁸ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi, cit.*, pag. 70.

che nella pratica spesso si riduce alla deselezionazione della precisa opzione che si riferisce alla divulgazione a terzi, tra le varie opzioni figuranti come già selezionate, ad esempio, al momento dell'iscrizione presso un sito *web*.

La seconda opzione di *default*, che richiede un sistema di *opt-in*, prevede che l'impresa interessata divulghi informazioni dell'individuo a terzi, esclusivamente nel caso in cui l'individuo stesso si sia attivamente espresso in tal senso. Nell'esempio illustrato sopra, sarebbe l'individuo a dover selezionare personalmente l'opzione corrispondente alla possibile divulgazione a terzi⁷⁶⁹.

Si è riscontrato come, di norma, le società americane utilizzino sistemi di *opt-out*, mentre in Europa sia più diffuso il sistema di *opt-in*, anche perché già previsto dalla direttiva 95/46 e, poi, dal GDPR. L'automatismo della scelta qui considerata rileva poiché i consumatori tendono, sempre per un automatismo dettato forse da convenienza personale, a aderire alle selezioni del sistema offerto (spesso quello di *opt-out*) senza rendersi consapevoli della scelta effettuata e delle conseguenze della medesima⁷⁷⁰. Le ragioni per cui gli utenti-consumatori aderiscono ai sistemi di *default* sono numerose. Tra i vari motivi, certamente rileva il fatto che essi credono che le opzioni prestabilite siano determinate direttamente dal legislatore; inoltre, l'attività di modifica delle opzioni può comportare costi in termini di tempo per il consumatore che egli non ha intenzione di sprecare; ancora, e più sorprendentemente, se l'opzione automatica rappresenta lo status del momento, il consumatore può ritenere che lo stesso, una volta modificato, comporti una situazione diversa e svantaggiosa in cui le perdite sono superiori ai guadagni. È alla luce di queste motivazioni che una modifica nelle opzioni di *default* rappresenta spesso un cambiamento di una scelta molto più ragionata⁷⁷¹.

Ad ogni modo, la prassi ed alcune ricerche statistiche dimostrano che malgrado sia prevalente l'uso dei sistemi di *opt-out*, nonostante con i medesimi sistemi i consumatori avrebbero comunque la facoltà di deselezionare le impostazioni già predefinite e poi non lo facciano, la loro reale preferenza rivelerebbe piuttosto un'intenzione contraria agli effetti dei sistemi in questione. Dunque, in sintesi, pur

⁷⁶⁹ J. Bouckaert, H. Degryse, *Default Options and Social Welfare: Opt In versus Opt out*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2013, 169, pagg. 468 segg.

⁷⁷⁰ *Ibidem*; F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, *cit.*, pag. 411.

⁷⁷¹ J. Bouckaert, H. Degryse, *Default Options and Social Welfare: Opt In versus Opt out*, *cit.*, pag. 468.

non volendo che i propri dati vengano trattati da terzi, i consumatori, per ragioni di comodità, non deseleggono le opzioni già predefinite e non concretizzano le proprie reali intenzioni⁷⁷².

Di conseguenza, le diverse scelte automatiche di raccolta e possibile divulgazione dei dati portano a risultanze diverse, poiché quando la scelta ricade sull'*opt-in* l'impresa che raccoglie i dati dovrà fare affidamento sui soli dati dell'individuo che essa ha conservato, senza possibilità di divulgarli a terzi, né di combinarli con altri dati. Nel caso di aziende che commercializzano prodotti e servizi, ciò si traduce, *inter alia*, nell'impossibilità per l'impresa di praticare una discriminazione nel prezzo offerto al consumatore. Diversamente accade quando l'impresa può fare affidamento anche su dati raccolti da terzi o sulla possibilità di divulgarli per poi combinarli con le informazioni da essa raccolte. In tal modo è possibile, avendo a disposizione molteplici informazioni, come detto, ad esempio, praticare una discriminazione sui prezzi offerti al consumatore ed ottenere dunque un maggiore profitto⁷⁷³.

Si registrano tuttavia punti di vista diversi per quanto riguarda la migliore scelta in termini di *opt-in* e di *opt-out*. Invero, secondo Bouckaert e Degryse, negli Stati Uniti la scelta del meccanismo di *opt-out* sarebbe prevalente perché i risultati da questa apportati in termini di benessere sociale sarebbero superiori rispetto a quelli apportati, ad esempio, dallo strumento dell'anonimizzazione che viene generalmente utilizzato in combinata o in alternativa con l'*opt-in*⁷⁷⁴. In realtà, se poi si va ad analizzare la reale volontà di ogni singolo individuo, emerge come, in linea di principio, in relazione alla medesima scelta, una parte minore di soggetti abbia accettato determinate condizioni mediante il sistema di *opt-in*, mentre un numero di molto superiore, posto dinanzi a un sistema di *opt-out*, si sia limitato a aderire, senza effettuare una scelta realmente consapevole o voluta⁷⁷⁵. Ciò porta a credere che sarebbe preferibile adottare meccanismi di *opt-in* anziché di *opt-out*, cosicché agli individui venga data l'effettiva possibilità di compiere una scelta conscia, anche in ragione del fatto che si è offerto l'impulso idoneo per riflettere

⁷⁷² Per esempi pratici di aderenza ai sistemi di *opt-out* si v. *ibidem*, pag. 470.

⁷⁷³ Per esempi pratici di aderenza ai sistemi di *opt-out*, con reale intenzione di ottenere le conseguenze dell'*opt-in*, si v. *ibidem*.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

previamente sulla scelta da adottare⁷⁷⁶. In tal modo, se gli utenti riflettessero davvero prima di adeguarsi alla scelta altrui sul trattamento dei propri dati personali, essi preferirebbero certamente sistemi di *opt-in*. Ed è quello che generalmente preferisce anche la dottrina – o almeno quella europea.

Peraltro, a discapito delle teorie per cui le imprese trarrebbero maggior vantaggio se i dati dei loro consumatori venissero raccolti con il sistema di *opt-out*, la dinamica dell'*opt-in* denoterebbe ugualmente alcuni vantaggi per le imprese che potrebbero profittare di informazioni personali di consumatori altamente qualificati e risolutamente interessati ai prodotti offerti, perché gli stessi avrebbero previamente riflettuto sull'opportunità di conferire o meno i propri dati, determinandosi coscientemente per la risposta positiva⁷⁷⁷. Peraltro, anche seguendo dette tesi, il preferibile sistema di *opt-in* potrebbe ugualmente essere modellato alla luce di particolari esigenze connesse alle specificità in base alle quali si può esprimere un consenso⁷⁷⁸.

Come sopra descritto, gli utenti tendono a adeguarsi a scelte predeterminate altrui. Così, il paradosso che si verifica per quanto concerne la riservatezza personale riguarda il fatto che i consumatori, con facoltà di disporre dei propri dati come meglio credono, si contraddicono e contraddicono il loro miglior interesse nel momento in cui, in presenza di sistemi di *opt-out*, si limitano passivamente ad accettare tutte le opzioni già selezionate. In questo modo, essi sostanzialmente non conseguono la massimizzazione dell'utilità per la soddisfazione dei propri interessi, di fatto cedendo all'impresa (che utilizza i loro dati) la possibilità di conseguire la massimizzazione di interessi contrapposti, vale a dire la massimizzazione del proprio profitto. Ciò emerge altresì dal fatto che le informative sulle privacy più lunghe e dettagliate vengono percepite dall'utente come difficilmente comprensibili. Al contrario, informative più vaghe e scarse di spiegazioni sembrano al consumatore meno intrusive e, dunque, egli tenderà ad adeguarvisi con più convinzione⁷⁷⁹, innescandone il paradosso di cui sopra.

⁷⁷⁶ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, cit., pag. 12.

⁷⁷⁷ L. Esteban, J.M. Hernandez, *Direct Advertising and opt-in provisions: Policy and market implications*, in *Information Economics and Policy*, 2017, pag. 2.

⁷⁷⁸ M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, cit, pagg. 213-218.

⁷⁷⁹ A. Acquisti, J. Grossklags, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, cit., pag. 7.

Nonostante tutto, sotto il profilo della tutela, pare che i sistemi di *opt-in* apporterebbero più benefici al singolo consumatore garantendo il suo diritto alla riservatezza e il diritto all'autodeterminazione rispetto alla libera scelta da effettuare.

Con riferimento alla questione sopra affrontata permane comunque una partizione tra i sistemi per l'espressione delle preferenze in UE e negli Stati Uniti, di cui si tratterà brevemente *infra*.

III.VIII. Unione europea e Stati Uniti a confronto: brevi cenni sul *tracking* comportamentale

Già si è detto di come Unione europea e Stati Uniti differiscano e, allo stesso tempo, presentino alcune comunanze in materia di tutela dei dati personali⁷⁸⁰. In maniera più dettagliata si è anche affrontato il tema della considerazione che viene data al cittadino quando si tratta di tutelarne le informazioni. Da una parte, l'Unione europea avrebbe più a cuore la protezione dell'individuo nei confronti del pubblico generale, perché il concetto di riservatezza avrebbe più chiaramente (o, forse, espressamente) a che fare con quello di dignità rispetto agli Stati Uniti. Difatti, nel sistema americano la privacy non si accompagnerebbe a questioni di onore personale, ma mirerebbe piuttosto alla tutela del cittadino (e meno spesso dello straniero) rispetto al potere governativo di sorveglianza indiscriminata di massa⁷⁸¹. E tale credenza è talmente diffusa tra i cittadini che gli stessi, quando assumono le vesti di consumatori, non temono più di tanto di disseminare le proprie informazioni personali in materia di consumi⁷⁸². Ora, ciò non starebbe a indicare necessariamente una superiorità del sistema UE rispetto a quello americano, perché la preminenza dell'uno o dell'altro dipende da constatazioni preliminari differenti, basate sulla necessità di tutelare la sicurezza nazionale da un lato (per cui sarà prevalente il sistema USA) e dall'altro sull'esigenza di dare una priorità alla sicurezza più

⁷⁸⁰ Si v. cap.II.XII. *supra*.

⁷⁸¹ J.Q. Whitman, "Human dignity" in *Europe and the United States: the sociale foundations*, in G. Nolte (cur.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Council of Europe, 2005, pagg. 120 segg; N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, cit., pagg. 1934 segg; v., altresì, cap. II.XI. *supra*.

⁷⁸² *Ibidem*.

individualizzata del cittadino⁷⁸³, ma dovendo trattare della riservatezza dei consumatori e della loro autodeterminazione, anche nelle scelte di mercato, si deve notare che, in considerazione di quanto affermato, molti autori ritengono che la privacy del cittadino e consumatore negli Stati Uniti sarebbe posta ad un livello di garanzie inferiore in rapporto all'UE⁷⁸⁴. Invero, secondo detta tesi, mentre l'Unione europea sarebbe espressamente portata a proteggere le informazioni dei consumatori nei loro rapporti commerciali, gli Stati Uniti manterrebbero una possibilità particolarmente ampia di fare uso delle informazioni individuali sui consumi. E ciò si riscontra materialmente nelle concrete tutele esistenti nell'uno e nell'altro ordinamento.

Nell'UE, in effetti, la tutela sarebbe più stringente grazie al nuovo regolamento sulla tutela dei dati personali, all'attività di autorità indipendenti esclusivamente garanti della corretta applicazione delle norme sulla privacy e, infine, ad un sistema sanzionatorio effettivo ed efficace. Tutto ciò parrebbe mancare invece nell'ordinamento statunitense, dove pure esiste un'autorità garante della tutela dei dati personali dei consumatori, ma essa combina siffatta attività con quella di supervisione dell'applicazione delle norme sul corretto funzionamento del mercato⁷⁸⁵, il che spesso rende particolarmente complicato accordare piena tutela ai consumatori rispetto alle società, dove prevale la logica del maggior utile possibile⁷⁸⁶.

L'analisi dei due sistemi è importante perché essi rappresentano punti di riferimento per i legislatori di ordinamenti terzi e segnano tracce che altri paesi possono percorrere per basare le rispettive normative a tutela della privacy. Del resto, gli

⁷⁸³ J.Q. Whitman, *"Human dignity" in Europe and the United States: the sociale foundations*, cit., pag. 124.

⁷⁸⁴ Richards sostiene che i cittadini americani siano preoccupati più dalla sorveglianza governativa di massa che dalla sorveglianza privata cosiddetta "liquida" dai sociologi Bauman e Lyon. Quest'ultima tipologia di sorveglianza sarebbe liquida proprio perché sarebbe possibile grazie alla partecipazione e al consenso degli stessi sorvegliati (ed in questo sta nuovamente il paradosso della privacy). Peraltro, gli aspetti negativi di detta sorveglianza si accentuano laddove accada che il governo, che esercita regolarmente forme di sorveglianza a fini di sicurezza e ordine pubblico, trasmetta informazioni rilevanti a società private, verosimilmente a fini di lucro (come verificatosi negli Stati Uniti quando il governo ammise di aver inoltrato a compagnie assicurative dati riguardanti le targhe delle auto scansionate ai confini del Paese e in transito verso l'estero). Perciò, secondo parte della dottrina, la sorveglianza governativa americana non dovrebbe neanche più considerarsi come fenomeno a sé stante rispetto a quella del mercato. Si v. N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, cit., pagg. 1940 segg.

⁷⁸⁵ Ci si riferisce qui ovviamente alla Federal Trade Commission. Si v. cap. II.IX. *supra*.

⁷⁸⁶ L. Esteban, J.M. Hernandez, *Direct Advertising and opt-in provisions: Policy and market implications*, cit., pag. 3.

Stati Uniti sono in grado di influenzare facilmente le scelte politiche in materia degli Stati membri dell'*Asia-Pacific Economic Cooperation*, presso la quale hanno promosso l'adozione di normative basate sui FIPPs⁷⁸⁷. D'altra parte, l'UE, oltre a imporre una certa normativa (ora con il regolamento) o un certo tipo di risultati normativi (prima con la direttiva) ai propri Stati membri, ha un significativo potere di influenzare indirettamente la portata di legislazioni di altri Stati, con cui la stessa Unione non intratterrebbe rapporti commerciali, specialmente sotto il profilo dei dati personali, salvo che questi non garantiscano un adeguato livello di tutela⁷⁸⁸.

Sta di fatto che, alla luce delle garanzie attualmente esistenti nell'uno e nell'altro ordinamento, l'effetto che queste ultime hanno sull'individuo, consumatore e utente, appare ben differente, indipendentemente dal fatto che il consumatore europeo e quello americano potrebbero avere preferenze diverse sotto il profilo della riservatezza personale o della sicurezza nazionale. Come sottolineato in precedenza, queste differenze si riscontrano, negli Stati Uniti, nella scelta più frequente di sistemi di *opt-out* per la raccolta e la trasmissione a terzi di dati personali che consentirebbero a chi li utilizza di raccogliere più facilmente una maggiore quantità di dati, per poi abbinarli e creare combinazioni di massa, eventualmente utilizzabili a fini commerciali. Invece, poiché nell'UE è stato normativamente imposto l'uso di sistemi di *opt-in*, si tende ad agevolare la libera scelta del consumatore in merito al trattamento delle proprie informazioni, malgrado la scelta possa non essere sempre completamente consapevole. Secondo Mantelero, detta imposizione normativa si sarebbe rivelata necessaria⁷⁸⁹, in considerazione del fatto che, altrimenti, le imprese europee (così come quelle americane) avrebbero preferito utilizzare sistemi di *opt-out* per rispondere alle proprie esigenze di profitto⁷⁹⁰.

Tuttavia, è inevitabile che l'utente di Internet visiti o si registri su siti *web* senza prima chiedersi a quale normativa il medesimo sito sia soggetto e, dunque,

⁷⁸⁷ Per approfondimenti sui FIPPs si v. cap. II.X. *supra*.

⁷⁸⁸ Peraltro, tale livello di adeguatezza viene giudicato dalla stessa Commissione europea. A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, *cit.*, pag. 231.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, pagg. 229-238. Si v., in tal senso, anche L. Esteban, J.M. Hernandez, *Direct Advertising and opt-in provisions: Policy and market implications*, *cit.*, pag. 3.

⁷⁹⁰ V. cap. III.VI. *supra*. Questo potrebbe essere anche uno dei motivi per cui le grandi società americane operanti su Internet non sarebbero riuscite ad imporre le proprie esigenze nell'ambito UE, essendo peraltro sanzionate, come si vedrà *infra* nel cap. IV.

effettuare una scelta in tal senso⁷⁹¹. In sintesi, è frequente che un utente americano possa visitare un sito *web* europeo o viceversa, e che non si interroghi sulle successive conseguenze, né se ne renda particolarmente contro una volta che si siano verificate. Secondo Klein e Rao, in una situazione siffatta, il cittadino UE che visita o accede a siti USA sarebbe tutelato in modo minore rispetto alla situazione opposta in cui sia un cittadino americano a visitare un sito UE⁷⁹². Dunque, secondo tale tesi, visitando siti *web* extra UE, soggetti a normative che prevedono tutele diverse o che non le prevedono affatto, un cittadino e utente UE potrebbe cedere gratuitamente (e forse poco consapevolmente) i propri dati, il cui valore verrebbe poi sfruttato da imprese che entrano nella loro disponibilità. In tal modo, il valore che la riservatezza ha per l'individuo, sebbene elevato per quest'ultimo, verrebbe diminuito, a fronte di un aumento del valore delle informazioni del medesimo individuo produce, guadagnato però dalle imprese che utilizzano i dati in questione. Se si considerano i due ordinamenti in esame sotto il diverso aspetto dei tratti comuni, si riscontra come un fattore di convergenza riguarda l'implementazione di soluzioni tecniche di tutela dei dati che, essendo meno ristretta da confini giuridicamente prestabiliti rispetto a quanto accade per i sistemi di *tracking* comportamentale su internet (esempio ne sono, appunto, i sistemi di *opt-out* e *opt-in* e la scelta obbligata dei secondi nell'UE), siano realizzabili uniformemente in sistemi giuridici molto diversi⁷⁹³. Secondo Mantelero, che pure sostiene una netta differenza tra i due sistemi di tutela della privacy e, talvolta, sembra pendere maggiormente a favore di quello UE, un altro elemento di analogia starebbe nel fatto che è proprio dal lavoro scientifico di due autori americani, interessati, per la prima volta ufficialmente, al diritto alla privacy che ha preso spunto la normativa a tutela dei consumatori negli Stati Uniti e che, come la tutela della privacy, si è poi diffusa nell'UE, sebbene con sviluppi e obiettivi diversi. Ancor più singolare è che

⁷⁹¹ Ciò vale anche a causa della caratteristica di extraterritorialità di Internet. Si v., per analogia, S.W. Brenner, B. Koops, *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*, in *Journal of High Technology Law*, 2004, 1.

⁷⁹² J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, 20th ITS Biennial conference, Rio de Janeiro, Brasile, 2014: *The Net and the Internet – Emerging Markets and Policies*, pag. 12.

⁷⁹³ A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, *cit.*, pag. 234.

tale ricerca sia originata dalla necessità di contrastare l'avvento delle nuove tecnologie e la capacità di queste ultime di invadere la sfera privata⁷⁹⁴.

Del resto, la più evidente e significativa discrasia si riconosce nel fatto che mentre l'UE tutela gli individui a prescindere dalla loro nazionalità e dal settore in cui si trovano ad agire, offrendo garanzie generali ed efficaci alla riservatezza, in precedenza applicando le normative nazionali di attuazione della direttiva 95/46 ed ora applicando le norme del GDPR anche su Internet, negli Stati Uniti la protezione della privacy online si inserisce, come da tradizione, nel più vasto campo della tutela dei consumatori, il che pare pienamente in linea con il modello di mercato adottato, il quale presuppone la necessità che i consumatori esprimano un consenso⁷⁹⁵. Quest'ultimo viene accordato attraverso il meccanismo del *notice and consent* che, se espresso mediante sistemi di *opt-out* – come evidenziato in precedenza⁷⁹⁶, potrebbe rivestire minor valore perché non sarebbe prestato in modo totalmente consapevole.

Alla luce delle differenze esaminate nel presente paragrafo ed in parziale conflitto di quella dottrina, comunque minoritaria, che riconosce somiglianze tra le tutele UE e USA, anche nel settore online del *behavioural targeting*, non si può non osservare come, quantomeno per il fatto che prevede un ambito di applicazione territoriale più ampio⁷⁹⁷, nell'Unione europea la normativa sul trattamento delle informazioni personali pare più garantista per l'individuo, considerato a prescindere dalla sua qualità di consumatore. Quest'ultima considerazione sembra invece mancare negli Stati Uniti, in cui la tutela sembrerebbe essere offerta in connessione alla qualità di consumatore, facendo prevalere la regola del profitto, piuttosto che quella della tutela dell'individuo.

Una delle questioni che a questo punto della ricerca si pongono riguarda quindi la considerazione della persona fisica e, in particolare, se sia opportuno considerarla nei limiti della sua attività consumistica di consumatore che, in un certo senso,

⁷⁹⁴ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 121. V., altresì, cap. II.II. *supra*.

⁷⁹⁵ M. Richardson, A.T. Kenyon, *Privacy online: reform beyond law reform*, in N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson, S. Rodrick (cur.), *Emerging challenges in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2014, pag. 342.

⁷⁹⁶ V. cap. III.VI. *supra*.

⁷⁹⁷ Si ricorda che la normativa UE è applicabile a tutti gli interessati (persone fisiche) che si trovino nell'Unione, a prescindere dal fatto che il trattamento dei loro dati personali sia effettuato al di fuori del territorio dell'Unione o che la persona fisica non abbia la cittadinanza di uno dei suoi Stati membri. Articolo 3, GDPR.

secondo Rodotà e Barber diverrebbe un soggetto “consumato”⁷⁹⁸, perché sfruttato nelle sue libertà dalle logiche di mercato, oppure se sia più adeguato considerare l’individuo garantendogli tutela in ogni attività compiuta. Solo in quest’ultima modalità sembrerebbe infatti potersi proteggere la sua autonomia e, quindi, la sua dignità.

Del resto, sembrerebbe opportuno osservare che l’individuo è degno quando sviluppa la propria personalità, svolgendo attività che gli procurano soddisfazione, a prescindere dal fatto che queste siano svolte offline od online. Tra dette attività, possono ben rientrare quelle di stampo economico. In particolare, se l’individuo esprime la propria personalità anche attraverso l’ambiente digitale, anche attraverso attività di natura commerciale, la sua integrità viene mantenuta una volta che le disposizioni normative previste a tutela della persona fisica possano essere trasposte anche alla “persona digitale”⁷⁹⁹. Ciò è possibile in particolare attraverso l’applicazione della norma prevista dalla Carta dei diritti fondamentali nell’Unione sul divieto di utilizzare il corpo come oggetto di profitto che, secondo Rodotà, potrebbe analogicamente essere applicata per il corpo elettronico della persona, rispetto al quale le informazioni personali sono componenti integranti⁸⁰⁰. Da questo punto di vista, l’ordinamento UE sembrerebbe attualmente più attrezzato a raccogliere questa sfida, con conseguenti maggiori probabilità di successo a beneficio dell’individuo.

III.IX. Considerazioni conclusive su persona e *data-driven economy*: la concorrenza come possibile soluzione

Alla luce di tutto quanto esposto sopra, si è rilevata una netta tensione tra imprese e individui. L’asimmetria di potere di cui si è poc’anzi parlato deriva infatti da una preliminare asimmetria di informazioni di cui le imprese dispongono in misura maggiore a pregiudizio degli individui-consumatori. Tale conflitto si nota ancor più

⁷⁹⁸ B. Barber, *Consumati, Da cittadini a clienti*, trad. ital. Di D. Cavallini, B. Matera, Einaudi, 2010 cit. in S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013, pag. 36.

⁷⁹⁹ Si v., in tal senso, S. Rodotà, citato nella nota precedente e S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit.

⁸⁰⁰ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., pagg. 32 segg.

nel settore digitale, grazie al quale le imprese sono particolarmente avvantaggiate nel raccogliere informazioni personali di consumatori che, in quest'ambito, rivestono anche la qualità di utenti, i quali – come anticipato – cedono più o meno consapevolmente i propri dati al fine di ottenere in cambio servizi apparentemente gratuiti. Ma è proprio detto scambio a rivestire una rilevanza economica notevole e spesso impercettibile per lo stesso utente: i dati personali sono infatti dotati di un valore economico di cui spesso è facilmente calcolabile il prezzo⁸⁰¹. Questi ultimi sono, invero, sì oggetto di scambi tra l'individuo e l'impresa, ma sono poi permutati tra la stessa impresa e imprese terze affinché se ne ottenga la maggiore combinazione possibile che, infine, implica una più dettagliata profilazione dell'individuo. E tutto questo porta ad un ingente profitto per le imprese che, indirettamente, sviando la completa e consapevole scelta del consumatore sulla protezione delle rispettive informazioni, offrono beni e servizi sempre più “customizzati”, che a propria volta il consumatore viene inevitabilmente indotto ad acquistare. Vi sarebbe dunque un maggior guadagno dell'impresa (le economie di scala vengono infatti rispettate mantenendo praticamente lo stesso costo di produzione, ma aumentando la quantità dei prodotti che incontrano più facilmente la domanda)⁸⁰², il quale viene però a scontrarsi con l'interesse dell'individuo-consumatore, che, per quanto possa ricevere un beneficio dall'acquisto di un prodotto più a misura dei suoi bisogni (e la cui ricerca è risultata più rapida e facilitata) non sempre soddisfa il suo maggiore interesse. L'interesse dell'individuo, infatti, oltre a quello di soddisfare le proprie necessità di consumo, dovrebbe essere appagato altresì dall'acquisto al prezzo più conveniente (cosa che spesso non accade proprio a causa della profilazione⁸⁰³, che crea evidenti

⁸⁰¹ Già si sono spese considerazioni sui costi medi attribuiti ai dati personali.

⁸⁰² In tal senso e, in generale sulle economie di scala e di scopo in materia di costi sostenuti per la tutela della privacy, si v. N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pagg. 120-124. V. cap. IV.I. *infra*.

⁸⁰³ Ci si riferisce in particolare al fatto che, oramai quotidianamente, la profilazione degli utenti consente alle imprese operanti attraverso internet di calibrare i prezzi dei propri prodotti venduti tramite la rete, parametrando il prezzo offerto a quello che l'utente, in base all'analisi dei suoi previ consumi, sarebbe disposto a spendere per il prodotto stesso. Per profilazione, come anticipato nel terzo capitolo, si intende quella tecnica di trattamento automatico di dati che consiste nell'abbinare un profilo a una persona, in particolar modo per adottare decisioni nei suoi confronti e per analizzare o prevedere le sue preferenze, abitudini o attitudini. V. altresì cap. III.V. *supra*. Si v. J. Polakiewicz, *Profiling – the Council of Europe's Contribution*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013, pag. 372 (tale articolo risulta interessante anche per l'analisi delle tecniche di profilazione mirate alla pubblicità online); nonché A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 197. Peraltro, come sopra esaminato, una delle tecniche più utilizzate ai fini della

discriminazioni tra individui), ma altresì dalla tutela delle proprie informazioni personali (non a caso tale protezione è stata elevata al rango dei diritti fondamentali nell'UE).

È chiaro che le tecniche di profilazione di cui dispongono le imprese (e ciò sia nel contesto online, che offline – ma più facilmente e rapidamente nel primo dei due) sono in grado di cambiare gli equilibri di potere tra imprese e individui e, peraltro, è noto che almeno nell'Unione le autorità garanti della privacy sono concordi nel ritenere che uno dei maggiori rischi del *behavioural targeting* sia quello per cui i dati raccolti a questi scopi siano utilizzati anche a scopi differenti, relativamente ai quali non è stato espresso alcun consenso dall'interessato⁸⁰⁴.

Da quanto esaminato, non pare potersi esitare sul riconoscimento del dato personale come bene (giuridico e/o economico). Nonostante sia oramai abituale valutarlo economicamente, la dottrina ritiene che il dato personale non possa essere tutelato mediante i principi di base utilizzati per regolamentare l'economia, così come non si può dare per assodato che le normative sulla tutela dei dati personali rappresentino un caposaldo neutrale e scevro da considerazioni di tipo economico⁸⁰⁵ (in proposito, si tenga sempre presente la normativa UE, che è essenzialmente stata adottata per tutelare i dati personali, ma al principale fine di permetterne la libera circolazione per la realizzazione del mercato unico)⁸⁰⁶.

Tuttavia, allo stato attuale dell'economia e del diritto, non sembra esistere una disciplina giuridica pienamente idonea a salvaguardare l'interesse fondamentale degli individui, che sono consumatori ed utenti, alla tutela delle proprie informazioni personali che, indirettamente, porta alla tutela della libertà di autodeterminazione, ma che al contempo soddisfi gli interessi economici delle imprese che ambiscono al maggior profitto proprio attraverso l'uso più ampio possibile di quelle stesse informazioni. Effettivamente, parrebbe che il bilanciamento dei due interessi contrapposti, anche sotto il profilo normativo, penda

profilazione degli utenti è la geolocalizzazione che consente di ubicare un dispositivo in un particolare punto spaziale grazie alla trasmissione delle coordinate di posizionamento. A. Batuecas Caletrio, *Intimidad Personal, Protección de Datos Personales y Geolocalización*, cit., pagg. 47-82.

⁸⁰⁴ F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, cit., pag. 122.

⁸⁰⁵ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 50.

⁸⁰⁶ V. cap. II.VII. e cap. III.IV. *supra*.

a favore delle imprese e favorisca gli scopi economici del mercato globale e globalizzato, piuttosto che quelli fondamentali degli individui⁸⁰⁷.

Le imprese, infatti, migliorano le proprie economie di scala e le economie di condivisione grazie all'individuazione di una materia prima a basso costo e di facile reperibilità. Segnatamente, tutelano ed implementano le prime, avendo a disposizione un ingente numero di dati che, per contro, gli individui non dispongono e che potrebbero invece consentire loro di orientare le proprie scelte di mercato verso il miglior beneficio possibile. Inoltre, le imprese attivano altresì delle economie di condivisione, grazie alle quali spalmano i costi di produzione e li riducono, condividendo le spese per la raccolta, la conservazione e la combinazione di dati con altri soggetti economici interessati⁸⁰⁸. Tanto più se la raccolta e la reperibilità della materia prima è permessa grazie alla tecnologia in modo pressoché istantaneo ed economico.

È di tutta evidenza, comunque, che le tecnologie in continuo sviluppo, almeno allo stato dei fatti, non creino un beneficio di mercato che sia equo, proporzionato e giustificato per tutti i soggetti economici, ossia per le imprese e i cittadini⁸⁰⁹.

In termini di beneficio economico non ci si può comunque limitare alla considerazione dei meri rapporti tra imprese e cittadini, che ad ogni modo risultano già particolarmente complicati. Difatti, è imprescindibile evidenziare le relazioni di potere tra le imprese stesse, nella misura in cui la disponibilità di importanti quantità di informazioni da parte di alcune grosse società pregiudichi il guadagno di altre imprese che non godono di detta disponibilità⁸¹⁰.

In effetti, indipendentemente dalla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, l'uso di uno strumento di *marketing* e di pubblicità diretta quale il *behavioural advertising* è in grado di frammentare il mercato in monopoli locali, rispetto ai casi in cui vengono utilizzati strumenti di pubblicità di massa, e ciò induce i venditori a competere sull'accaparramento di una base clientelare nei prezzi primari che vengono appositamente lasciati bassi per fidelizzare un numero elevato di clienti cui verranno imposti prezzi più alti solo in un secondo momento,

⁸⁰⁷ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, cit., pagg. 162 segg.

⁸⁰⁸ *Ibidem*.

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ Si v. cap. IV. *infra*.

una volta che gli stessi saranno stati attirati, fidelizzati e i cui dati siano registrati⁸¹¹. Difatti, la questione di interesse per questa ricerca non sarebbe dunque la risposta alla domanda se i dati personali consentano alle imprese di guadagnare potere di mercato in mercati complementari, piuttosto la risposta alla diversa domanda se il potere di mercato in mercati complementari influenzi le decisioni degli individui in merito al loro consenso al trattamento dei propri dati⁸¹². Questi, invero, mettono in moto un meccanismo paradossale tale per cui pretendono di avere privacy, ma successivamente si comportano come se non la volessero, divulgando informazioni personali per scambiarle con servizi che danno in cambio un beneficio esiguo rispetto al valore dei dati stessi⁸¹³. Del resto, si tratta di un paradosso per cui solo a prima vista si ottengono in cambio vantaggi, perché poi, nel caso di specie, il *behavioural targeting* parrebbe divenire eccessivamente invasivo⁸¹⁴. È chiaro che, una volta resosi consapevole del boomerang che caratterizza il trasferimento gratuito di dati personali in cambio di beni e servizi, tali da non giustificare la cessione di parte della propria integrità personale, l'individuo cerchi di mediare tentando di individuare il miglior equilibrio possibile tra il rischio che corre in questi termini e il valore che ne ottiene in cambio⁸¹⁵. In esito a dette concessioni individuali (che talvolta hanno risultati insoddisfacenti)⁸¹⁶, le informazioni raccolte vengono combinate e rappresentano il vantaggio concorrenziale delle imprese che ne dispongono, insieme alla capacità di queste ultime di distribuirle (a titolo oneroso)⁸¹⁷. Da qui è più agevole desumere che le grandi aziende che dispongono di grandi quantità di dati e sono in posizione dominante sul mercato possano effettivamente abusare di detto vantaggio concorrenziale impedendo, di fatto, ad altre imprese minori di insediarsi sul mercato o di sopravvivervi⁸¹⁸. Al contempo, anche ogni tipologia di impresa che, dotata di una quantità significativa di dati

⁸¹¹ L. Esteban, J.M. Hernandez, *Direct Advertising and opt-in provisions: Policy and market implications*, cit., pag. 8.

⁸¹² F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 23 segg.

⁸¹³ F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, cit., pag. 197.

⁸¹⁴ C.E. Tucker, *The economics of advertising and privacy*, cit., pag. 326.

⁸¹⁵ Per le risultanze dell'analisi su questo specifico tema, si v. H. Xu, X. Luo, J.M. Carroll, M.B. Rosson, *The personalization privacy paradox: An exploratory study of decision making process for location-aware marketing*, in *Decision Support Systems*, 2011, 51, pagg. 42-52.

⁸¹⁶ Si v. M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, cit., pag. 10.

⁸¹⁷ M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, cit., pagg. 213-218.

⁸¹⁸ Si v. cap. IV.IV. *infra*.

personali si accordi con altre imprese altrettanto dotate, per impedire l'ingresso o la sopravvivenza sul mercato di imprese terze, tiene comportamenti che sarebbero vietati dal diritto della concorrenza.

Di conseguenza, data la crescente importanza delle informazioni personali, se le stesse debbano essere considerate come materia prima e impulso di base della *data-driven economy* ed una loro concentrazione porti ad una conseguente concentrazione del potere di mercato risultando infine in una significativa distorsione della concorrenza⁸¹⁹, è inevitabile che il diritto della concorrenza, se correttamente applicato, non rechi solo benefici al consumatore propriamente considerato in termini di migliori consumi, ma li apporti anche all'individuo che riveste la qualità di consumatore, qualora lo stesso voglia ottenere il miglior risultato possibile all'esito del suddetto bilanciamento tra valore e rischio, in considerazione della cessione dei propri dati personali.

A tale riguardo, nel capitolo seguente si vedrà come il diritto della concorrenza può giocare un ruolo importante al fine di garantire che i cittadini ottengano i benefici di un'economia *data-driven oriented*, minimizzandone il più possibile i rischi⁸²⁰.

⁸¹⁹ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 120.

⁸²⁰ M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, cit., pag. 8.

CAPITOLO IV

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN SUPPORTO ALLA TUTELA DEI DATI PERSONALI

Il controllo delle dinamiche del potere di mercato nel mercato digitale

IV.I. Il valore concorrenziale dei dati personali e le piattaforme online di mercati bilaterali o multilaterali

Nel precedente capitolo si è analizzato come sia credenza diffusa che i dati personali siano beni immateriali appartenenti alla persona almeno fino a quando questi non vengano ceduti a terzi, dotati di effettivo valore economico sia in termini di prezzabilità, sia in termini di guadagno che può derivare dalla loro combinazione e dal loro utilizzo.

Proprio in ragione del considerevole profitto che i soggetti economici⁸²¹ possono trarre dall'impiego dei dati, grazie alla riduzione dei costi interni di pubblicità e *marketing* (dunque grazie al miglioramento delle economie di scala), nonché ad una più elevata probabilità che i consumatori acquistino prodotti e servizi adeguati a loro misura, si deduce come i soggetti che abbiano la disponibilità di un'ingente quantità di informazioni, le quali possano a propria volta essere riutilizzate a scopi di profitto, siano altresì dotate di un ampio vantaggio concorrenziale in rapporto a quelle altre imprese che di tale vantaggio non possono godere. Di conseguenza, si vengono a creare significative distorsioni della concorrenza, le quali si riversano, infine, sul consumatore finale che sarà soggetto a condizioni economiche peggiori rispetto a quelle di cui potrebbe beneficiare se il mercato funzionasse correttamente in base alle ordinarie regole previste dal diritto della concorrenza⁸²². Pertanto, oltre al fatto che l'indiscriminata raccolta di dati produce timori di natura prettamente

⁸²¹ Per soggetti economici, qui, si intendono, in particolare, le imprese che operano prevalentemente o completamente attraverso la rete digitale, escludendo quei soggetti economici che si limitano in modo esclusivo a raccogliere (o acquistare), trattare, combinare e rivendere dati personali.

⁸²² A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 3, 4, pag. 235.

pubblica sul tema del diritto fondamentale alla tutela della riservatezza o, quantomeno, dell'autodeterminazione della persona, detto fenomeno implica forti poteri di controllo da parte di poche grandi imprese con una maggiore disponibilità di informazioni personali. Dunque, la raccolta di dati in sé e per sé considerata induce spunti di riflessione sulla normativa a tutela della privacy, ma altresì in materia di politiche di concorrenza⁸²³. A maggior ragione, se si considera che si determina un vantaggio concorrenziale laddove le informazioni siano raccolte anche in violazione delle normative sui dati personali. In quest'ultimo caso, il vantaggio risulterebbe persino raddoppiato, giacché, oltre a detenere una vasta quantità di dati, i costi per ricavarli sarebbero notevolmente ridotti ed il reperimento della materia prima di cui trattasi sarebbe ancor più agevole⁸²⁴.

Come anticipato, invero, l'attività commerciale delle imprese si basa, sotto il profilo economico, su economie di scala ed economie di scopo. Per quanto concerne il tema in questione, non è raro assistere altresì a fenomeni di economie di condivisione.

Con riferimento alle economie di scala, in termini generali, si deve osservare che esse sono comuni a tutti i settori industriali e, in linea di principio, non determinano, mediante la loro implementazione, barriere all'ingresso del mercato nei confronti di imprese concorrenti. Tuttavia, nel settore considerato, lo sviluppo di siffatte economie di scala sembra essere permesso esattamente da quella che è stata ritenuta la materia prima della *data-driven economy* – le informazioni personali. In siffatto settore, il rischio per un'impresa di creare barriere di mercato impedendo così l'ingresso sullo stesso di nuovi concorrenti è più elevato. In particolare, nell'ambito di cui trattasi, è essenziale chiedersi se sussistano rendimenti di scala sempre crescenti o se questi diminuiscano, nel caso in cui una società abbia la disponibilità di una quantità di dati sufficientemente vasta. In questa seconda eventualità, i rendimenti di scala in diminuzione comportano, ad un certo punto, una diminuzione del valore marginale e, dunque, una limitazione del cosiddetto *feedback loop* di cui si dirà a breve. Si tratta di una situazione in cui le barriere all'ingresso del mercato, costituite grazie alla maggiore disponibilità di dati di alcuni soggetti rispetto ad altri, risultano circoscritte e consentono quindi lo svolgimento di una corretta

⁸²³ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7, 2, pag. 120.

⁸²⁴ *Ibidem*, pag. 123.

concorrenza in una struttura di mercato adeguata⁸²⁵. L'importanza dei *feedback loop* è essenziale in una struttura di mercato digitale perché questi non si limitano allo scopo di massimizzare la raccolta di dati personali, bensì, se si tratta di *feedback* positivi, ingenerano un circolo vizioso per cui, se in prima battuta vengono raccolte informazioni personali che, una volta trattate, consentono di ottimizzare e migliorare l'offerta dei servizi interessati, i quali a propria volta vengono acquistati in maggior quantità dai consumatori, il numero dei consumatori interessati aumenterà grazie alla buona reputazione del servizio acquistato da altri. Il tutto avrà per effetto che detti "nuovi" consumatori saranno indotti a cedere ulteriori e diversi dati personali che, a propria volta, entreranno nel suddetto *loop* e consentiranno al produttore di offrire un servizio ancora migliorato⁸²⁶. Siffatto meccanismo viene utilizzato dalle cosiddette piattaforme bilaterali di mercato, meglio note come *two-sided markets*, funzionanti prevalentemente sulla base di una tecnica che implica il rilascio di continue recensioni da parte degli utenti: più le recensioni saranno positive, più gli utenti si serviranno della piattaforma e dei servizi che offre, oltre a scegliere i prodotti meglio recensiti. I *two-sided markets*, chiamati anche mercati a due versanti (o bilaterali, come anticipato), rappresentano un particolare fenomeno economico in cui due tipi di utenti diversi, generalmente offerenti e consumatori, entrano in contatto grazie ad una piattaforma digitale, la quale consente ad entrambe le tipologie di utenti di ottenere un'esternalità positiva⁸²⁷. Tra gli altri, anche Costa-Cabral e Linskey affermano l'esistenza persino di *multi-sided markets*, nei quali ulteriori tipologie di utenti siano messe in contatto per la produzione di esternalità positive. Orbene, di norma, come anticipato, tutti siffatti mercati funzionano attraverso il meccanismo di *feedback* (o recensioni), tali per cui i servizi

⁸²⁵ Si sottolinea però che detta situazione, e le economie di scala che ne derivano, possono comunque variare a seconda del servizio online in questione e delle esigenze che devono essere valutate caso per caso. N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 123.

⁸²⁶ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 123. In tal senso si v. altresì decisione della Commissione europea del 19 febbraio 2010, caso n. M.5727, *Microsoft / Yahoo! Search Business*, disponibile in inglese al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf, punto 48.

⁸²⁷ Si v. G. Lucchetta, *Is the Google Platform a two-sided market?*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2048683>, pag. 7. La differenza tra il meccanismo che regge tali mercati bilaterali ed un meccanismo di mera distribuzione e/o di rivendita starebbe nella diretta interazione possibile tra i due distinti gruppi di utenti della piattaforma digitale, che rappresentano, entrambi, tipologie diverse di clienti dell'impresa che organizza ed offre la piattaforma digitale. Per contro, nel meccanismo di distribuzione e/o di rivendita, l'acquirente finale ed il produttore non vengono in contatto tra loro, poiché interviene l'intermediazione del rivenditore o distributore.

offerti dalla piattaforma di base (generalmente gestita da una società) consente all'insieme degli utenti di accedere a tale sistema di mercato (apparentemente) in modo gratuito, attraverso il rilascio del consenso per la registrazione e la conservazione di informazioni personali che hanno consentito l'accesso stesso alla piattaforma o che riguardano lo storico comportamentale. Certamente, i servizi il cui accesso venga offerto "in forma gratuita" sono studiati appositamente per attirare più utenti e, in automatico, anche pubblicità da parte di soggetti che sono interessati all'ampio bacino di utenza e che, comprendendo le ampie potenzialità pubblicitarie della piattaforma, sono quindi disposti a pagare lo spazio pubblicitario che nella medesima piattaforma venga proposto.

Pertanto, il sistema di *feedback* di una piattaforma di mercato bilaterale o plurilaterale crea indirettamente effetti ed esternalità positivi per tutti gli utenti, oltre che per la società che la gestisce⁸²⁸. Per contro, esternalità negative, meramente latenti, potrebbero presentarsi sotto il profilo della tutela dei dati personali, ma soprattutto della salvaguardia dell'autodeterminazione delle persone fisiche, dal momento che, sebbene il loro consenso al trattamento dei dati possa essere richiesto in una fase iniziale (spesso attraverso meccanismi di *opt-out* come esaminato nel capitolo precedente)⁸²⁹, i confini del consenso potrebbero poi non essere pienamente rispecchiati nell'effettivo trattamento compiuto, specialmente in considerazione del fatto che i dati vengono utilizzati per colpire i singoli utenti con insistente pubblicità⁸³⁰.

Tra le piattaforme di mercato più conosciute si annoverano comunemente società quali Amazon, E-Bay, Airbnb, Uber, e molte altre. Inizialmente non sembrava tuttavia chiaro che i cosiddetti motori di ricerca potessero rientrare nella categoria dei mercati bilaterali. Detta questione è stata risolta in senso affermativo dalla Commissione europea nel caso *Yahoo/Microsoft*⁸³¹, nel quale essa ha ritenuto che i

⁸²⁸ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54, pagg. 24-25.

⁸²⁹ V. cap. III.VII. *supra*.

⁸³⁰ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pagg. 24-25.

⁸³¹ Caso *Microsoft / Yahoo! Search Business*, *cit.* Il caso in esame riguardava l'acquisizione di una licenza decennale delle tecnologie di ricerca di Yahoo! da parte di Microsoft, con l'assorbimento del personale della prima da parte della seconda, ed il conseguente accordo che Microsoft avrebbe trattenuto il 12% dei profitti generati sul sito di Yahoo! o dei relativi partner nei primi cinque anni di licenza, versandone l'88% a Yahoo! a titolo di costo di acquisizione. Detta operazione mirava a creare un reale concorrente di mercato per Google, che già allora si dimostrava in posizione dominante di mercato per i servizi connessi ai motori di ricerca, Si v. altresì il comunicato stampa

motori di ricerca offrono spazi di mercato bilaterali, che sono funzionali sia agli utenti che vi accedono gratuitamente, sia ai pubblicitari che li utilizzano a pagamento⁸³². Ciò è possibile perché siffatti mercati rappresentano fondamentalmente abbinatori di professione che mettono in contatto i pubblicitari con gli utenti, creando, da un lato e dall'altro della piattaforma, spazi in cui vi sono più domande miranti al soddisfacimento di obiettivi diversi, che rimangono sostanzialmente interdipendenti⁸³³. Pure la dottrina maggioritaria pare concorde nell'includere i motori di ricerca nel settore dei mercati bilaterali⁸³⁴.

Come illustrato, in siffatti peculiari mercati, si creano sempre esternalità che, nel caso di specie, possono definirsi esternalità positive di rete, vale a dire costituite da elementi che determinano reciproca soddisfazione, comportando benefici di consumo per entrambe le parti, grazie alla decisione di consumare un bene o un servizio che, comunque, arreca beneficio ad altri consumatori. Nella specie, poi, le esternalità di rete si possono considerare esternalità che beneficiano diversi tipi di mercati, in ogni caso, correlati⁸³⁵.

Alla luce di tutto quanto sopra, Lucchetta propone di valutare l'operatività di un operatore di mercato che offre una piattaforma digitale in un mercato bilaterale, secondo la presenza di due condizioni cumulative, vale a dire, da un lato la sussistenza di una sola operazione che si svolge tra due gruppi distinti di utenti (connessi grazie alla medesima piattaforma) e, dall'altro, la creazione di esternalità reciproche positive *inter-side* (tra mercati correlati, ma distinti) da parte di un folto gruppo di utenti. Solo così sarebbe possibile comprendere la funzionalità delle piattaforme digitali, le quali non sarebbero in grado di operare senza la presenza combinata dei due gruppi paralleli di domanda e di offerta nei confronti

del 18 febbraio 2010, disponibile in inglese al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-167_en.htm.

⁸³² Gli inserzionisti possono essenzialmente concludere due tipologie di accordi per essere ammessi alla pubblicità sulla piattaforma bilaterale. Essi si possono servire di contratti di distribuzione con i produttori dei servizi hardware, con i provider dei servizi internet (ISP) o con i venditori indipendenti di software, affinché siano distribuite delle cosiddette *toolbars* che, attraverso meccanismi di *default*, portino l'utente ad utilizzare in via automatica quello specifico motore di ricerca (così implicando che una scelta diversa debba essere effettuata attraverso la pratica attivazione dell'utente). In alternativa, possono concludere una specie di accordo consortile con i gestori di altri siti *web*, tale per cui, visitando questi ultimi, gli utenti possano direttamente accedere alle pagine di determinati motori di ricerca. Si v. punti 49 segg. del caso *Microsoft / Yahoo! Search Business*, *cit.*

⁸³³ Caso *Microsoft / Yahoo! Search Business*, *cit.*, punti 47 segg.

⁸³⁴ G. Lucchetta, *Is the Google Platform a two-sided market*, *cit.*, pagg. 3 segg.

⁸³⁵ Per la distinzione tra esternalità *inter-side* e *intra-side*, si v. *ibidem*, pagg. 8 segg.

dell'operatore di mercato che mette a disposizione la piattaforma, da un lato, e di un terzo gruppo di domanda e di offerta, dall'altro, il quale mette in contatto i primi due gruppi di utenti che favoriscono dei servizi della piattaforma⁸³⁶.

Alla luce di quanto poc'anzi illustrato, nell'ambito dei mercati bilaterali online si deduce che anche questi ultimi sono dotati di economie di scala che hanno risultato positivo, da una parte, grazie alla raccolta di dati effettuata tramite l'offerta gratuita di servizi a gruppi di utenti che fanno uso di dette piattaforme e, dall'altra, grazie agli introiti derivanti sia dai compensi pagati dai professionisti per l'uso dello spazio digitale a fini pubblicitari sia dagli altri dati derivanti dagli effetti della combinazione delle informazioni personali.

Come detto, oltre alle economie di scala, vi sarebbero anche le economie di scopo, che si verificano quando una società offra una serie di servizi che accumulano dati, il cui collegamento e la cui combinazione fornisce maggiori possibilità di venire a conoscenza di comportamenti individuali, al fine di migliorare i propri servizi. L'economia di scopo si può osservare, in questo caso, grazie al fatto che ne risulta infine rinforzata la posizione di mercato della società considerata⁸³⁷.

Dunque, nel settore dei mercati bilaterali online che qui interessa, sono tutelate tanto le economie di scala, quanto le economie di scopo, che possono ulteriormente essere rafforzate da altri effetti di rete, diretti e indiretti, sul lato della domanda⁸³⁸. Mentre gli effetti diretti sussistono quando all'aumentare del numero di utenti, parallelamente, aumenta il servizio, gli effetti indiretti sussistono – nel caso delle piattaforme bilaterali o multilaterali – quando vi sia un'espansione positiva dei vari “lati” della piattaforma considerata. Nel settore di cui si occupa la presente ricerca, si ravvisano i primi quando all'innalzamento degli utenti corrisponde un innalzamento di dati raccolti e utilizzabili, ed i secondi laddove la società che gestisce la piattaforma e che raccoglie le suddette informazioni possa riutilizzarle non solo per migliorare il servizio offerto a favore degli utenti di un “lato”, bensì anche per affinare i servizi offerti a favore di utenti di altri “lati” della stessa

⁸³⁶ G. Lucchetta, *Is the Google Platform a two-sided market?*, cit., pag. 12. Nonostante tutto, è opportuno chiarire che Lucchetta preferisce non ritenere che Google, in quanto motore di ricerca sia un mercato bilaterale. *Ibidem*.

⁸³⁷ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 121.

⁸³⁸ *Ibidem*. V., altresì, Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition law and data*, Relazione congiunta del 10 maggio 2016, disponibile al sito www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf, pagg. 27 segg.

piattaforma⁸³⁹. È dunque a questo punto che si potrà nuovamente parlare di economie di condivisione⁸⁴⁰, le quali possono verificarsi laddove la società che gestisce una piattaforma di mercato, in presenza di una quadratura delle economie di scala e di scopo di cui sopra, operi anche nello scambio di dati personali con altre società, implementando la possibilità di ottenere ancora maggiori quantità di dati a costo limitato rispetto a quello a cui li otterrebbe se operasse in completa autonomia⁸⁴¹.

Talvolta le economie di scala, di scopo e di condivisione, insieme agli effetti di rete diretti e indiretti esaminati nel presente paragrafo, sono indizi della concentrazione del potere di mercato nelle mani di una o poche altre società che, a propria volta, possono determinare comportamenti abusivi e anticoncorrenziali⁸⁴². Invero, come accennato, lo strumento del *marketing* realizzato attraverso il *behavioural advertising*, abbinato altresì a quello delle piattaforme bilaterali di mercato, può celare l'esistenza di monopoli di mercato⁸⁴³. E, come illustrato, l'aumento del *behavioural advertising* rappresenta l'effetto finale di un meccanismo di *feedback loop* positivi e sempre in aumento. Pertanto, le piattaforme di mercato bilaterali rendono possibile, grazie ai meccanismi di *feedback loop*, un incremento della pubblicità online mirata ai comportamenti del singolo consumatore e, dal momento che l'effetto a catena prodotto dalle recensioni positive è in costante aumento e determina, a propria volta, un aumento della possibilità di pubblicizzare prodotti mirati, venderli e raccogliere sempre maggiori dati, tale situazione può essere indizio quantomeno di una posizione dominante sul mercato. Secondo Schepp e Wambach, ciò sarebbe tanto più probabile nell'ambito delle piattaforme multilaterali e dei servizi *data-driven*. In ragione di tale circostanza sarebbe quindi importante accertarsi che l'analisi sul rispetto delle norme in materia di concorrenza comprendano tutti i fattori concorrenziali di tutti i "lati" delle piattaforme in esame, eventualmente anche per quanto concerne servizi diversi⁸⁴⁴.

⁸³⁹ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 122.

⁸⁴⁰ Si v. cap. III.VIII. *supra*.

⁸⁴¹ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2000, 17, 2, pagg. 162 segg.

⁸⁴² N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 122.

⁸⁴³ L. Esteban, J.M. Hernandez, *Direct Advertising and opt-in provisions: Policy and market implications*, in *Information Economics and Policy*, 2017, pag. 8, v. altresì cap. III.VIII. *supra*.

⁸⁴⁴ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 122.

Vedremo nel prosieguo quali siano le condotte anticoncorrenziali vietate, in grado di destare le maggiori preoccupazioni nel settore delle nuove tecnologie, in considerazione della necessaria protezione dei diritti fondamentali degli individui interessati dai servizi online, anche perché, secondo Mantelero, il valore concorrenziale inerente i dati personali verrebbe realmente conservato e sarebbe effettivamente lecito solo se venisse parallelamente garantita l'autodeterminazione dei medesimi individui sugli stessi dati⁸⁴⁵. Invero, solo la percezione da parte degli individui di poter esercitare la propria autodeterminazione informativa sui dati loro riguardanti potrebbe spingerli ad incrementare l'uso della rete, stimolando lo sviluppo dell'economia digitale e, dunque, del mercato unico digitale dell'UE⁸⁴⁶. Altra questione riguarda tuttavia la mancanza di percezione, per mancanza di sufficiente conoscenza al proposito, da parte dei cittadini della possibilità di esercitare un certo potere sulle proprie informazioni, le quali sono beni che, prima che agli altri, appartengono a loro.

IV.II. Il diritto della concorrenza nell'ordinamento UE: l'applicazione nel settore della rete digitale

Come accennato⁸⁴⁷, è possibile che nel settore del mercato digitale e, in particolare, delle piattaforme multilaterali (nel cui alveo si intendono ricomprese anche quelle bilaterali), si creino delle sorte di monopoli che vedono il potere di mercato concentrarsi in capo a poche grandi imprese operanti nel digitale. Queste ultime, indubbiamente, per i vari motivi analizzati nel paragrafo precedente, hanno a disposizione enormi quantità di informazioni personali che creano profitto (oltre che esternalità positive per i vari gruppi di utenti cui si è fatto previo riferimento). Gli apparenti monopoli che vengono a crearsi non sempre costituiscono fattispecie illecite sotto il profilo del diritto della concorrenza, perciò, in primo luogo, è sempre necessario stabilire se si sia in presenza di un monopolio o di una situazione di posizione dominante nel mercato, di cui la società in questione stia anche

⁸⁴⁵ A. Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, cit., pag. 235.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, pag. 238.

⁸⁴⁷ V. cap. IV.I *supra*.

eventualmente abusando⁸⁴⁸. E detta valutazione non costituisce un'operazione di facile soluzione, poiché, *inter alia*, secondo Waller, la giurisprudenza e la prassi amministrativa di *enforcement* non offrono elementi chiari e sufficienti per distinguere le condotte di natura anticoncorrenziale che sarebbero suscettibili di pregiudicare illegittimamente il gioco della concorrenza, da quelle che risulterebbero, invece, giustificate e quindi legittime. E ciò varrebbe sia per l'ordinamento UE, sia per l'ordinamento USA⁸⁴⁹.

Poiché la presente ricerca si focalizza prevalentemente sullo studio dell'ordinamento dell'Unione europea, in quanto offre una visione d'insieme della disciplina a tutela dei dati personali e, allo stesso tempo, gode di un assetto normativo stabile per la tutela del diritto della concorrenza, si tratterà principalmente di disposizioni e casistiche proprie a questo sistema giuridico. Nello sviluppo dell'analisi si faranno comunque riferimenti all'ordinamento statunitense, dal quale l'Unione europea ha preso spunto sia in termini di tutela della riservatezza⁸⁵⁰, sia per quanto concerne la disciplina antitrust⁸⁵¹.

Ora, l'UE disciplina il diritto della concorrenza, innanzitutto, attraverso le disposizioni del titolo VII, capo I, sezione I, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, volte a regolamentare la concorrenza attraverso disposizioni applicabili unicamente alle imprese⁸⁵².

È del resto necessario avanzare alcune considerazioni di stampo concorrenzialistico nell'ambito della tutela di dati personali giacché, come illustrato in precedenza, le società che impiegano importanti assetti di dati personali detengono un vantaggio concorrenziale non indifferente rispetto alle altre, e possono determinare la creazione di barriere all'ingresso del mercato per nuovi potenziali concorrenti⁸⁵³. Invero, il controllo esclusivo sui dati degli utenti da parte di alcune società, a

⁸⁴⁸ J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, 20th ITS Biennial conference, Rio de Janeiro, Brasile, 2014: *The Net and the Internet – Emerging Markets and Policies*, pag. 10.

⁸⁴⁹ S.W. Waller, *Antitrust and Social Networking*, in *North Carolina Law Review*, 2011, 90, 1771, cit. in J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, cit., pag. 10.

⁸⁵⁰ Si v. cap. I.XII. *supra*.

⁸⁵¹ Invero, l'origine della normativa europea sulla concorrenza si tradizionalmente riporta alla normativa statunitense e, in particolare, allo Sherman Act. Si v., in tal senso, F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2013, pagg. 4 segg.

⁸⁵² Le disposizioni applicabili agli Stati fanno invece parte di un diverso titolo.

⁸⁵³ Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition law and data*, cit., pag. 11; F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 24.

maggior ragione qualora queste ultime – a differenza dei loro concorrenti – abbiano potuto investire nella raccolta di dati, può portare allo sviluppo di barriere commerciali significative che, di fatto, impediscono la nascita e la sopravvivenza di imprese concorrenti⁸⁵⁴. Del resto, quando ci si ponga nel contesto dei mercati multilaterali⁸⁵⁵, i predetti effetti di *feedback* rendono più complessa l'individuazione di effetti anticoncorrenziali che, comunque, sussistono⁸⁵⁶.

La giurisprudenza UE ha però individuato una nozione chiara di concorrenza, tale per cui si è riconosciuto che «[l]a concorrenza non falsata (...) implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del trattato e — in particolare — la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno»⁸⁵⁷ al fine di tutelare i consumatori nell'acquisto a prezzi che siano più bassi possibili giacché «[l]a funzione della concorrenza in materia di prezzi è infatti quella di far sì che il livello di questi resti il più basso possibile, nonché di favorire la circolazione dei prodotti fra gli Stati membri, al fine di giungere così ad una distribuzione ottimale delle attività, in funzione della produttività e della capacità di adattamento delle imprese»⁸⁵⁸.

Le disposizioni che qui interessano riguardano genericamente e in via principale le intese vietate tra imprese e gli abusi di posizione dominante sul mercato, le quali, oltre ad avere effetti dannosi sul mercato e, dunque, sulle altre imprese, indirettamente hanno un impatto negativo sui consumatori e sulle loro scelte di mercato⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 121.

⁸⁵⁵ V. cap. IV.I. *supra*. Si rammenta che i mercati bilaterali sono particolari forme di mercato in cui il lato della domanda dei consumatori ed il lato dell'offerta dei produttori/venditori vengono messi in diretto contatto grazie ad una piattaforma comune, messa a disposizione da un soggetto terzo rispetto a siffatti consumatori e produttori/venditori. Nei mercati multilaterali gli utenti della piattaforma possono essere di diverse tipologie.

⁸⁵⁶ G. Lucchetta, *Is the Google Platform a two-sided market?*, cit., pag. 4.

⁸⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 25 ottobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG / Commissione delle Comunità europee*, causa 26/76 (ECLI:EU:C:1977:167), punto 20.

⁸⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 luglio 1972, *BASF / Commissione delle Comunità europee*, causa 49/69 (ECLI:EU:C:1972:71), punto 33.

⁸⁵⁹ J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, 2009, pagg. 29-91.

Nello specifico, innanzitutto, l'articolo 101 TFUE, con le dovute e rare eccezioni, si occupa di disciplinare e vietare tutti gli accordi, associazioni o pratiche concordate tra imprese che abbiano in particolare l'effetto di fissare i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni inerenti la compravendita di beni e servizi, limitare o controllare la produzione, ripartire le quote di mercato, i clienti o l'approvvigionamento di materie prime, applicare condizioni diverse per situazioni analoghe, così determinando situazioni ingiustificate di disparità e svantaggi concorrenziali⁸⁶⁰. Essenzialmente, tale disposizione proibisce le condotte collusive delle imprese che mirano a garantire profitti certi per le stesse società coinvolte, escludendo dal gioco della concorrenza quelle che non vi abbiano partecipato, le quali certamente concorrerebbero a condizioni diverse e peggiori in rapporto ad una situazione di corretto funzionamento del mercato, ove dette collusioni illegittime fossero assenti. Peraltro, l'effetto di detti tipi di condotte sarebbe quello di rimuovere o, quantomeno, di ridurre «*il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi*»⁸⁶¹ di modo da rendere più prevedibili i comportamenti di tutti i concorrenti e, infine, indirettamente di pregiudicare le

⁸⁶⁰ «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: — a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, — a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e — a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi». Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE) TFUE. Per approfondimenti sulle intese vietate, si v. B. Cortese, F. Ferraro, P. Manzini, *Il Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giappichelli, 2014, pagg. 1-10 per le intese orizzontali che si sviluppano nel medesimo mercato. Le intese orizzontali si distinguono da quelle verticali, che si determinano invece a livelli differenti della catena produttiva di un bene o di un servizio e che sono soggette ad uno specifico regolamento (regolamento della Commissione n. 303/2010 del 20 aprile 2010), *ibidem*, pagg. 22-39. Si v. inoltre, J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, 2009, pagg. 29-91; nonché F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, cit., pagg. 82-118.

⁸⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia, del 4 giugno 2009, *T-Mobile e a. / Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (ECLI:EU:C:2009:343), punto 35.

condizioni finali per i consumatori, che si troverebbero a sostenere costi più alti per il bene desiderato⁸⁶².

Nello specifico settore di cui trattasi, l'articolo 101 TFUE può risultare applicabile, ad esempio, nei casi in cui le imprese autoregolamentino la concorrenza sulla tutela dei dati, mediante il reciproco accordo mirante alla raccolta delle informazioni personali degli utenti e la loro successiva condivisione, il che, come sopra rilevato, ridurrebbe l'incertezza sulle condizioni in materia di tutela di dati offerte da società concorrenti, e potrebbe essere sanzionato nello stesso modo in cui si sanziona il divieto di comportarsi alla luce di parametri concorrenziali diversi dallo scambio dei dati personali⁸⁶³. V'è inoltre da rilevare che quando le autorità, amministrative o giudiziarie, debbano applicare il diritto della concorrenza, di norma tale diritto tende spesso a mostrarsi carente di parametri concorrenziali che possano guidarne correttamente l'applicazione, attraverso il bilanciamento di interessi contrapposti. Perciò non è raro assistere a situazioni in cui tali autorità prendano spunto da normative appartenenti ad altri settori disciplinari per avere un orientamento di massima da seguire. Di conseguenza, non sorprenderebbe se lo stesso diritto sulla salvaguardia dei dati personali fosse utilizzato come parametro concorrenziale, al fine di accertare il carattere illecito di una condotta collusiva tra imprese, perché esso preciserebbe con più specificità il livello desiderato di tutela delle informazioni personali da parte degli stessi consumatori⁸⁶⁴, così come lo sarebbe il diritto sulla tutela dei consumatori⁸⁶⁵. Ciò importa poiché il diritto della concorrenza ha fondamentalmente di mira il benessere del consumatore, come si vedrà successivamente⁸⁶⁶. Tale prassi delle autorità, in particolare, giudiziarie, è stata peraltro riconosciuta dal giudice dell'UE, il quale ha statuito che, in assenza di elementi diretti cui appoggiarsi, la valutazione sulla violazione del diritto della

⁸⁶² Che il benessere dei consumatori sia un interesse principale del diritto della concorrenza è affermato, *inter alia*, da F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, in *Maastricht Journal*, 2016, 23, pag. 503. Se considerato dal punto di vista strettamente economico, il fine principale del diritto della concorrenza sarebbe piuttosto identificato di massima con la necessità di assicurare il corretto funzionamento del mercato, per rendere possibile la massimizzazione dell'utilità per la collettività. F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, pagg. 1 segg.

⁸⁶³ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pagg. 31 segg.

⁸⁶⁴ *Ibidem*

⁸⁶⁵ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2770479>, pag. 11.

⁸⁶⁶ V. cap. IV.III. *infra*.

concorrenza può attingere a parametri normativi di aree differenti⁸⁶⁷, giacché i livelli di qualità, scelta o innovazione che i consumatori possono preferire possono ben essere individuati o misurati sulla base di disposizioni diverse da quelle sulla concorrenza⁸⁶⁸.

In secondo luogo, l'altra condotta di mercato, normativamente rilevante in quanto anticoncorrenziale, è rappresentata dall'abuso di posizione dominante previsto e sanzionato dall'articolo 102 TFUE. Quest'ultimo, difatti, prevede che *«[è] incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi»*.

Al fine di effettuare una valutazione sulla sussistenza di un abuso di posizione dominante è essenziale compiere un primo esame sul mercato in questione, denominato rilevante, tentando di capire a cosa sia riferito il mercato sia dal punto di vista del prodotto offerto, sia sotto il profilo geografico (vale a dire quanto sia esteso il mercato considerato)⁸⁶⁹. Dopodiché, occorre verificare che l'impresa in

⁸⁶⁷ Talvolta, persino nazionali. Si v. sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e a. / Gazdasági Versenyhivatal* (ECLI:EU:C:2013:160) e, in particolare, il punto 36: *«[p]er valutare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto", occorre riferirsi al contenuto delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca (v. citate sentenze GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., punto 58; Football Association Premier League e a., punto 136, nonché Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, punto 35). Nel valutare detto contesto, occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v. sentenza Expedia, cit., punto 21 e la giurisprudenza ivi citata)»*.

⁸⁶⁸ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 31 segg.

⁸⁶⁹ J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., pagg. 128-164; B. Cortese, F. Ferraro, P. Manzini, *Il Diritto Antitrust dell'Unione europea*, cit., pagg. 46-50 e pagg. 61-80.

questione rivesta effettivamente una posizione dominante sul mercato, detenendone una quota consistente. La condotta vietata, poi, non è l'aver una posizione dominante sul mercato, bensì sfruttare quest'ultima in modo illegittimo⁸⁷⁰, mediante comportamenti volti all'esclusione dei concorrenti o allo sfruttamento diretto della posizione di mercato⁸⁷¹, in sintesi, imponendo prezzi di mercato svantaggiosi ai consumatori finali⁸⁷². Nell'ambito della tutela dei dati personali, l'abuso di posizione dominante pare manifestarsi spesso e ciò è dimostrato dalle svariate indagini avviate in materia dalle competenti autorità di regolamentazione⁸⁷³. In particolare, per verificare che una posizione di mercato dominante sia altresì sfruttata, a volte non basta la valutazione sull'origine

⁸⁷⁰ La Corte di giustizia ha descritto la situazione creata da un abuso di posizione dominante nei seguenti termini: «[s]econdo una giurisprudenza consolidata, la posizione dominante di cui all'art. [102 TFUE] è una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa tale da conferire a quest'ultima il potere di impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei propri clienti e, in ultimo, dei consumatori (sentenza della Corte 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, Racc. pag. 207, punto 65, e sentenza del Tribunale 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft/Commissione*, Racc. pag. II-3601, punto 229). Siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio (sentenza *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit. supra al punto 216, punto 39). L'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi (sentenza *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, cit. supra al punto 254, punto 66). Per stabilire l'esistenza di una posizione dominante sul mercato di cui trattasi, occorre esaminare anzitutto la sua struttura, indi la situazione concorrenziale su tale mercato (v., in tal senso, sentenza *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, cit. supra al punto 254, punto 67). Quote di mercato estremamente elevate costituiscono di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante. In effetti, una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene per un certo periodo, dato il volume di produzione e di offerta che essa rappresenta – senza che i detentori di quote notevolmente inferiori siano in grado di soddisfare rapidamente la domanda che volesse orientarsi verso imprese diverse da quella che detiene la quota maggiore –, in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria e che, già solo per questo fatto, le garantisce, quanto meno per periodi relativamente lunghi, l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante (sentenze *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit. supra al punto 216, punto 41, e *Van den Bergh Foods/Commissione*, cit. supra al punto 216, punto 154). Per esempio, secondo la giurisprudenza della Corte, una quota di mercato del 50% costituisce di per sé, salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante (v., in tal senso, sentenza della Corte 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO/Commissione*, Racc. pag. I-3359, punto 60)». Sentenza del 25 giugno 2010, *Imperial Chemical Industries Ltd / Commissione europea*, T-66/01 (ECLI:EU:T:2010:255), punti 254-256.

⁸⁷¹ J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., pagg. 128-164; B. Cortese, F. Ferraro, P. Manzini, *Il Diritto Antitrust dell'Unione europea*, cit., pagg. 46-50 e pagg. 61-80, F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, cit., pagg. 203 segg.

⁸⁷² F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 32 segg.

⁸⁷³ Si v. F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 32 segg.

dell'eccessivo prezzo di alcuni prodotti, bensì occorre prendere a riferimento alcuni parametri non relativi ai prezzi⁸⁷⁴, così come espressamente riconosciuto in una relazione congiunta delle autorità garanti della concorrenza in Francia e in Germania, secondo le quali le normative sulla salvaguardia dei dati personali possono rappresentare un parametro utile per valutare una presunta condotta abusiva da parte di una società dominante sul mercato⁸⁷⁵. Analogamente a quanto accade per la valutazione di intese vietate di cui all'articolo 101 TFUE, anche con riferimento all'abuso di posizione dominante, la dottrina maggioritaria ritiene che, in particolare nel quadro dello scambio di dati personali, si debba far riferimento a parametri estranei a quelli puramente concorrenziali. In particolare, in tal senso, la normativa europea in materia di tutela della privacy potrebbe contribuire ad individuare abusi illegittimi di posizione dominante in questo settore attraverso due osservazioni di massima che riguardano, innanzitutto, il fatto che si sarebbe evidentemente in una situazione di abuso vietato laddove si verifici una violazione di normative a tutela dei dati personali⁸⁷⁶ e, in secondo luogo (ma anche alternativamente) il fatto che la diminuzione del controllo sui dati o anche un aumento del loro trattamento risultino ingiustificati e repentini, tali da indurre qualche sospetto sulla liceità dell'operazione⁸⁷⁷.

Occorre accennare altresì al Regolamento n. 139/2004⁸⁷⁸ che, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato in un ambiente perfettamente concorrenziale, prevede disposizioni in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese le quali, entro i confini del territorio UE, se concentrate, siano in grado di raggiungere una quota di mercato tale da eliminare o ridurre sensibilmente il ruolo delle altre imprese, così offrendo condizioni peggiori ai consumatori finali⁸⁷⁹. Tali

⁸⁷⁴ *Ibidem*.

⁸⁷⁵ Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition law and data*, cit. Indirettamente, tale riconoscimento è stato operato altresì dal Garante europeo per la protezione dei dati, nel suo parere n. 8/2016, *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, disponibile al sito https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf.

⁸⁷⁶ A. Gebicka, A. Heinemann, *Social media & competition law*, in *World Competition*, 2014, pagg. 164-167, cit. in F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 34.

⁸⁷⁷ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54, pag. 34.

⁸⁷⁸ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), GU 2004 L 24, pagg. 1-22.

⁸⁷⁹ Si v., in tal senso, considerando 6 e 7 del Regolamento n. 139/2004.

concentrazioni si creano grazie alla fusione, all'acquisizione o alla pratica delle imprese comuni con una quantità di vendite aggregate tale da far presupporre che l'impresa risultante acquisisca una posizione dominante sul mercato, idonea quindi a condurre ad abusi non consentiti⁸⁸⁰. Si precisa, ad ogni modo, che detto regolamento è stato adottato ai sensi dell'articolo 103 TFUE, nell'ottica di dare concreta attuazione agli articoli 101 e 102 TFUE di cui sopra⁸⁸¹ e la sua applicazione è stata valutata, *inter alia*, dal Garante europeo per la protezione dei dati personali (di seguito, anche, "EDPS") come uno degli strumenti utilizzabili per evitare che si creino situazioni di accaparramento di potere di mercato da parte di grandi imprese, in grado di falsare la concorrenza e arrecare danno agli interessi dei consumatori⁸⁸². Malgrado un orientamento maggioritario⁸⁸³ ritenga che nelle fasi di controllo di acquisizioni societarie di rilievo per la disciplina stabilita dal regolamento in questione sia fondamentale (ove pertinente) fare delle considerazioni in merito alla tutela dei dati personali⁸⁸⁴, non pare che la Commissione europea nella propria attività di *enforcement*, in casi di fusioni di società aventi a che fare con servizi online (e così inevitabilmente con la raccolta di informazioni personali) abbia mai previsto e utilizzato la tutela dei dati personali come parametro per valutare eventuali condotte lesive della concorrenza e dunque dei consumatori-utenti, tanto che siffatte concentrazioni sono state poi comunque

⁸⁸⁰ B. Cortese, F. Ferraro, P. Manzini, *Il Diritto Antitrust dell'Unione europea*, cit., pagg. 283 segg.; J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., pagg. 683 segg.; F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, cit., pagg. 253 segg.

⁸⁸¹ «1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di: a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 101, paragrafo 1, e all'articolo 102, comminando ammende e penalità di mora; b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo; c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 101 e 102; d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo; e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra», articolo 103 TFUE.

⁸⁸² EDPS, Preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, pagg. 29 segg.

⁸⁸³ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 37 segg.; N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, cit., pag. 123.

⁸⁸⁴ P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 2015, 2, pagg. 2-8.

autorizzate⁸⁸⁵. Tuttavia, il controllo ragionato ai sensi del parametro della protezione dei dati personali in questo settore sarebbe particolarmente rilevante, in quanto una fusione societaria potrebbe avere l'obiettivo strategico di accedere più facilmente a dati ulteriori rispetto a quelli già acquisiti da un'impresa per vie autonome (susceptibili di essere ulteriormente combinati con informazioni di altre banche dati), il che determina la potenziale creazione di barriere di mercato per soggetti concorrenti nello stesso settore⁸⁸⁶, a prescindere che si tratti di concentrazioni orizzontali o conglomerali⁸⁸⁷.

Prima di esaminare la casistica fino ad ora emersa dalle indagini delle autorità garanti per la concorrenza nel settore che qui interessa, occorre chiarire che il diritto antitrust è volto a far funzionare correttamente la concorrenza tra imprese nel mercato, con lo scopo indiretto e ultimo di tutelare il consumatore nel suo diritto fondamentale riconosciuto, *inter alia*, dalla Carta dei diritti fondamentali, il cui articolo 38 dispone che «*[n]elle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*»⁸⁸⁸.

Con un procedimento per così dire inverso, ma che tiene conto del fine più importante del diritto della concorrenza – vale a dire la tutela dei consumatori –, quest'ultimo deve dunque essere applicato, innanzitutto, alla luce del benessere del consumatore finale, la cui nozione verrà chiarita nel paragrafo successivo.

⁸⁸⁵ Ci si riferisce, in particolar modo, ai casi *Google/DoubleClick*, *Microsoft/Skype* e *Facebook/Whatsapp* che si analizzeranno *infra* al cap. IV.VI. Pare opportuno precisare che esiste tuttavia un orientamento scientifico contrario all'uso della riservatezza quale parametro per valutare l'impatto comunitario di fusioni di imprese operanti nel settore delle reti digitali, avanzato da Gilbert e Pepper. Si v. P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, *cit.*, pag. 7; v. altresì F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pag. 38.

⁸⁸⁶ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, *cit.*, pag. 123.

⁸⁸⁷ Per concentrazioni conglomerali il legislatore UE intende quelle «*concentrazioni tra imprese che hanno una relazione che non è né orizzontale (concorrenti sullo stesso mercato rilevante) né verticale (fornitori o clienti)*», la cui distinzione con quelle orizzontali può risultare talvolta complessa «*ad esempio quando una concentrazione conglomerale riguarda prodotti che sostituibili, seppur solo limitatamente, gli uni rispetto agli altri. Altrettanto vale per la distinzione tra concentrazioni conglomerali e quelle verticali. Ad esempio, i prodotti possono essere forniti da alcune società con fattori di produzione già integrati (relazione verticale), mentre altri produttori lasciano ai clienti stessi la scelta e la combinazione dei fattori di produzione (relazione conglomerale)*». Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU 2008 C 265, p. 6-25, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:IT:PDF>.

⁸⁸⁸ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015, pag. 69.

IV.III. Una (nuova) nozione di consumer welfare

Prova dell'accennata rilevanza della tutela dei consumatori è altresì l'adozione, da parte del legislatore UE, di una direttiva in materia di concorrenza che consente al medesimo consumatore e ai concorrenti di imprese che abbiano tenuto condotte anticoncorrenziali vietate, di chiedere per via giudiziale il risarcimento dei danni patiti in conseguenza del comportamento lesivo⁸⁸⁹.

Nel nostro ordinamento, tale direttiva è stata recepita mediante il Decreto legislativo n. 3/2017⁸⁹⁰ ed ha consentito l'instaurazione di cause per risarcimento del danno derivante da condotte antitrust che, sebbene già esistessero prima dell'entrata in vigore della direttiva 2014/104, non erano agevolmente praticabili in ragione di notevoli difficoltà probatorie, che paiono ora superate grazie all'inversione dell'onere probatorio in capo ai convenuti, previsto dalla medesima direttiva e dalla normativa nazionale di recepimento.

Tutto ciò è servito facilitare la vita dei consumatori, vittime finali di condotte antitrust tenute da imprese particolarmente agguerrite sul mercato, e a proteggerli maggiormente da fattispecie pregiudizievoli.

Se dunque lo scopo principale della normativa in materia di concorrenza è la protezione del consumatore, è evidente che la tutela di quest'ultimo debba passare attraverso la valutazione di quale possa essere, per lo stesso, un danno pregiudizievole. Ciò è possibile grazie alla considerazione del concetto di *consumer welfare*.

Tale concetto, nell'ambito della tutela dei dati personali dell'individuo nella veste di consumatore-utente, è stato affrontato in modo particolare dal Garante europeo

⁸⁸⁹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU 2014 L 349, pagg. 1–19. Per approfondimenti, v. altresì B. Cortese (cur.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, 2013; N. Pisani, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, Cedam, 2015; P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza e dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Giuffrè, 2015.

⁸⁹⁰ Decreto legislativo 19 gennaio 2017, attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU n. 15/2017.

per la tutela dei dati nel suo parere preliminare del 26 marzo 2014⁸⁹¹, il quale ha peraltro preso atto dell'inesistenza di un concetto normativamente definito di *consumer welfare*⁸⁹² e del fatto che anche la Corte di giustizia non abbia mai preso in considerazione la necessità concreta di doverne fornire una spiegazione, bensì vi ha fatto latamente riferimento in alcune sentenze in materia di concorrenza⁸⁹³. Ciò nonostante, la Commissione europea, negli orientamenti sull'applicazione delle disposizioni in materia di sfruttamento di posizione dominante delle imprese⁸⁹⁴, pur non predisponendo una definizione di benessere del consumatore, consente di desumere che quest'ultimo abbia a che fare con il fattore del prezzo a cui il consumatore acquista un prodotto, oltre che con altri fattori inerenti prevalentemente la qualità e la scelta del medesimo consumatore⁸⁹⁵. Gli economisti, d'altro canto, individuano nel benessere del consumatore quel fenomeno per cui quest'ultimo si considera soddisfatto quando consegue benefici dal consumo di beni e servizi ad un buon rapporto qualità/prezzo e ritengono di poterlo calcolare solo laddove si abbiano a disposizione dettagli sulle preferenze individuali di ciascun singolo consumatore⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ European Data Protection Supervisor, preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, cit.

⁸⁹² *Ibid.*, punto 36.

⁸⁹³ P. Akman, "Consumer welfare" and Article 82EC: Practice and rhetoric, CCP Working Paper 08-25, July 2008, cit. in EDPS, Preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. In particolare, i giudici del Lussemburgo ne hanno fatto riferimento considerandolo come un elemento importante per determinare la condotta anticoncorrenziale di un'impresa, ma non determinante. Si v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited / Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P (ECLI:EU:C:2009:610), punti 62-64.

⁸⁹⁴ Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, GU 2009 C 45, p. 7–20, disponibile al sito [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1499785566408&uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1499785566408&uri=CELEX:52009XC0224(01)).

⁸⁹⁵ EDPS, Preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, pag. 19.

⁸⁹⁶ In tal senso si è espressa anche l'OCSE nel *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, disponibile al sito <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Si v., altresì, A Skourtis, *Is consumer welfare the (only) way forward? A re-appreciation of competition law objectives ante portas in both US and EU*, University of Reading, Centre for Commercial Law and Financial Regulation, 2012; nonché M.E. Stucke, *Reconsidering Competition*, in *Mississippi Law Journal*, 2011, 81.

Tuttavia, la Commissione europea nell'adottare linee guida sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del TCE (ora articolo 101, paragrafo 3, TFUE)⁸⁹⁷, si è riferita al benessere del consumatore affermando che, al fine di individuarlo e garantirlo, è necessario evitare le restrizioni della concorrenza vietate dalla normativa UE⁸⁹⁸. Mediante tali linee guida la Commissione ha altresì considerato il benessere del consumatore come un miglioramento dell'interpretazione dei parametri concorrenziali in aggiunta a quelli già stabiliti dalle ordinarie disposizioni sull'applicazione delle normative comunitarie.

Peraltro, evidentemente, il concetto di *consumer welfare* è strettamente collegato a quello del danno per il consumatore, grazie al quale vengono segnati i confini della nozione del primo. In particolare, il danno per il consumatore identificherebbe quell'insieme di «*effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi (...) [determinando] riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori*»⁸⁹⁹.

Qualora vi sia danno per il consumatore, è chiaro che non vi possa essere anche beneficio e, dunque, benessere.

I parametri concorrenziali che vengono in rilievo per determinare il danno o il benessere per il consumatore, alla luce della giurisprudenza e della prassi enunciata, sono quindi il prezzo, la qualità, la scelta e l'innovazione⁹⁰⁰.

Nonostante, quindi, sia la Commissione europea, sia la Corte di giustizia abbiano rinunciato a fornire una chiara nozione di *consumer welfare*, la dottrina ritiene ormai che di questa si possano tracciare i confini attraverso i suddetti parametri concorrenziali, entro i quali, nel settore di cui ci si occupa, dovrebbe rientrare anche la tutela della privacy, pure in ragione del fatto che le normative in materia di dati personali svincolano la Commissione, nell'applicare il diritto antitrust, dai parametri concorrenziali classici, lasciandola dunque più libera di esercitare la

⁸⁹⁷ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (2004/C 101/08), GU 2004 C 101, pagg. 97-118.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, punto 21.

⁸⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia, dell'11 luglio 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) contro Commissione europea*, C-67/13 P (ECLI:EU:C:2014:2204), punto 51.

⁹⁰⁰ F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, cit., pag. 501.

propria discrezionalità attingendo informazioni, come anticipato, da altri settori normativi⁹⁰¹.

Da qui la proposta dell'EDPS di adottare una "nuova" nozione di *consumer welfare*, che tenga conto di esigenze ulteriori rispetto a quelle della qualità e del prezzo dei prodotti, che possano rientrare, ad esempio, nel parametro concorrenziale della (libera e consapevole) scelta del consumatore, in quanto una violazione dei suoi dati personali potrebbe arrecargli danno⁹⁰².

Poiché è chiaro che un'infrazione della riservatezza personale diminuisce il benessere del consumatore (che, come affermato, rappresenta lo scopo principale del diritto della concorrenza) ed apporta inoltre una riduzione della qualità di beni o servizi⁹⁰³, Costa-Cabral ritiene che, nell'applicare il diritto della concorrenza, le autorità garanti competenti (dalla Commissione a quelle nazionali) siano tenute a considerare la normativa sui dati personali, perché spesso il concetto del consenso informato⁹⁰⁴, grazie al quale i dati dei consumatori vengono trattati, si presenta abbastanza illusorio ed inverosimile, giacché, in sintesi, detto consenso non verrebbe prestato in modo completamente consapevole⁹⁰⁵.

Nel settore delle tecnologie digitali, la normativa sulla protezione dei dati personali potrebbe pertanto fornire al diritto della concorrenza quel punto di riferimento che manca a quest'ultimo in qualità di parametro non basato sui prezzi⁹⁰⁶.

Ad ogni modo, nel dubbio che non esistano riferimenti normativi opportuni affinché la Commissione possa valutare normative differenti da quella sulla concorrenza, la dottrina ha ritenuto sufficiente rinviare all'articolo 51, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, sulla base del quale le disposizioni di quest'ultima e dunque anche l'articolo 8 sulla tutela dei dati personali, si applicano, tra gli altri, alle istituzioni dell'Unione che ne promuovono l'applicazione secondo le proprie

⁹⁰¹ F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, cit., pag. 506; v. cap. IV.II *supra*.

⁹⁰² EDPS, Preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, punti 69-71; F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, cit., pag. 497.

⁹⁰³ V. la dottrina citata alla nota 48 del parere preliminare dell'EDPS, cit. *supra*.

⁹⁰⁴ V. cap. II.VII., cap. III.III., cap. III.VI. *supra*.

⁹⁰⁵ F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, cit., pagg. 495-513

⁹⁰⁶ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 30.

competenze⁹⁰⁷. Peraltro, laddove le istituzioni non rispettino detto obbligo, adottando atti e decisioni illegittime, siffatti atti sarebbero passibili di sindacato giurisdizionale grazie ai meccanismi, offerti dal TFUE, del rinvio pregiudiziale (l'atto verrebbe quindi impugnato dinanzi a un'autorità giudiziaria nazionale per poi essere rinviato in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione) o dell'impugnazione degli atti da parte dei singoli, ora consentita dall'articolo 263 TFUE⁹⁰⁸. Se l'atto fosse illecito, quindi, in entrambi i casi verrebbe dichiarato invalido⁹⁰⁹.

È sulla base di tali premesse che si deve necessariamente sfatare il mito per cui le normative rispettivamente sulla tutela dei dati personali e sulla concorrenza non abbiano elementi in comune, per poterle interpretare ed applicare in combinato disposto. Le ragioni per sostenere la tesi contraria, che la presente ricerca intenderebbe sostenere, saranno illustrate nel successivo paragrafo.

⁹⁰⁷ L'articolo 51, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali così dispone: «[L]e disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

⁹⁰⁸ «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione. La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative. Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza».

⁹⁰⁹ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 40 segg. Simile casistica può ravvedersi nell'emblematica sentenza della Corte di giustizia, dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/14 (ECLI:EU:C:2014:238).

IV.IV. L'uso combinato del diritto della concorrenza e della normativa sulla protezione dei dati personali nell'attività di contrasto alle condotte anticoncorrenziali a danno dei consumatori

In passato si è generalmente ritenuto che il diritto della concorrenza non fosse correlato in alcun modo con il diritto alla privacy. Tuttavia, la dottrina si è dovuta ricredere nella misura in cui le tecnologie hanno iniziato a svilupparsi, creando i presupposti per una massiva raccolta di dati che, a propria volta, possono rappresentare un vantaggio concorrenziale per imprese operanti nel settore digitale. Il percorso che ha portato al riconoscimento di un qualche collegamento della disciplina antitrust con la protezione dei dati personali non è stato agevole e, prima di arrivare ad una conclusione positiva, ha dovuto disconoscere e rinnegare alcune affermazioni inizialmente sostenute dalla dottrina anteriore.

In primo luogo, si credeva che la tutela dei dati personali e il diritto della concorrenza avessero obiettivi molto diversi. In realtà, malgrado spesso casi di coinvolgimento della privacy non riguardino anche temi di antitrust, nel settore delle tecnologie che creano profitto si instillano dei meccanismi per cui la raccolta di dati personali da parte di alcune società può implicare osservazioni di ordine concorrenziale. E ciò accade principalmente perché se il diritto della concorrenza salvaguarda, alla fine della filiera commerciale, anche e soprattutto i consumatori, i dati personali protetti (anche nel contesto digitale) appartengono a quegli individui che, allo stesso tempo, effettuano consumi ed ambiscono a tutelare il proprio diritto alla privacy⁹¹⁰.

Pertanto, è possibile affermare con una buona dose di certezza che entrambe le suddette branche del diritto – il diritto della concorrenza ed il diritto alla privacy – sono principalmente volte alla tutela degli individui⁹¹¹. La loro applicazione influenza e governa l'esercizio delle attività economiche perché, in ogni caso, il diritto della concorrenza mira a garantire un corretto svolgimento del mercato, e il diritto alla privacy, nell'aspetto specifico della tutela dei dati personali (quantomeno nell'ordinamento UE), sicuramente intende salvaguardare le

⁹¹⁰ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, cit., pag. 5.

⁹¹¹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 69.

informazioni, pur non sottovalutando la necessità di assicurarne la libera circolazione, nel rispetto di determinati limiti⁹¹².

In maggior misura, siffatte branche normative mirano alla protezione dell'integrità dell'individuo considerato nel senso lato del termine. Tale integrità si può concretizzare, nello specifico, da un lato, attraverso la salvaguardia dell'integrità della personalità dell'individuo che compie decisioni in merito alla tutela dei propri dati e, dall'altro, attraverso la protezione del medesimo, se del caso, dall'esercizio indiscriminato ed illecito del potere di mercato⁹¹³.

Peraltro, un punto in comune condiviso dal diritto antitrust e dal diritto alla tutela delle informazioni personali è rappresentato dalla peculiare area nella quale possono più facilmente venire in contatto, vale a dire nel settore (di mercato) delle reti digitali. Infatti, accade che alcune delle imprese operanti su Internet concorrano tra loro anche attraverso l'offerta al consumatore di condizioni di tutela della riservatezza che egli potrebbe preferire rispetto a quelle eventualmente più svantaggiose o lesive del proprio diritto fondamentale alla privacy offerte da altri concorrenti⁹¹⁴. Del resto, una pratica anticoncorrenziale che violi anche la privacy, come accennato, implica una perdita di qualità dello stesso servizio (o bene) offerto⁹¹⁵.

In secondo luogo, secondo Prabhaker, non esisterebbero tutti gli strumenti normativi necessari a far intrecciare la riservatezza e la concorrenza a beneficio dell'individuo-consumatore. In particolare, ne sarebbero sprovviste le stesse autorità garanti adibite al controllo della salvaguardia, rispettivamente, dell'una o dell'altra. Specialmente le autorità garanti della concorrenza sembrerebbero limitate nella facoltà di applicare la normativa sui dati personali come fosse un parametro concorrenziale⁹¹⁶. In particolar modo, ad essere limitata sembrerebbe la Commissione che, dovendosi attenere alla giurisprudenza della Corte di giustizia, non parrebbe poter superare la statuizione secondo la quale *«poiché le eventuali questioni relative alla natura riservata dei dati a carattere personale non rientrano,*

⁹¹² V. cap. III.IV. e cap. III.IX. *supra*.

⁹¹³ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pag. 15.

⁹¹⁴ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, *cit.*, pag. 5. V. altresì a tal riguardo, F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pagg. 15-16 e pag. 19.

⁹¹⁵ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pag. 29.

⁹¹⁶ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, *cit.*, pagg. 5-6.

in quanto tali, nel diritto della concorrenza, le stesse possono essere risolte sulla base delle disposizioni rilevanti in materia di tutela di tali dati»⁹¹⁷ senza perciò fare riferimento alcuno alla necessità di applicare l'articolo 101 TFUE.

Nonostante gli economisti stiano tentando di trovare soluzioni a detto problema di natura economica e giuridica, ufficialmente messo in evidenza dalla Corte di giustizia, la questione parrebbe poter essere risolta tramite il riconoscimento di una certa discrezionalità in capo a siffatte autorità garanti, almeno nell'ordinamento UE, grazie alla menzionata applicazione dell'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali⁹¹⁸. Di conseguenza, i garanti della concorrenza dovrebbero obbligatoriamente occuparsi di implementare altresì la normativa sui dati personali e non può valere l'asserzione per cui essi non dovrebbero interessarsi a tali argomenti perché i consumatori utilizzano servizi (digitali) a titolo gratuito: la moneta per mezzo della quale gli utenti acquistano il servizio è infatti rappresentata dalle informazioni⁹¹⁹. Inoltre, non si può contare sul fatto che i poteri del mercato stiano autonomamente risolvendo le problematiche attinenti alla raccolta di massive quantità di dati e alla loro combinazione indiscriminata, poiché alcune società applicano condizioni di tutela più vantaggiose rispetto ad altre⁹²⁰. In effetti, si è dimostrato come i meccanismi del consenso informato non siano propriamente in grado di esprimerlo in modo completo e consapevole⁹²¹.

Un altro elemento che non corrisponde alla realtà del settore economico delle nuove tecnologie è rappresentato dal fatto che, contrariamente a quanto si è sostenuto in passato, le imprese che operano online, anche attraverso il conseguimento di informazioni personali, sono soggette a effetti di rete⁹²², i quali – nonostante possano avere effetti positivi sui consumatori (anche se percepibili con difficoltà)

⁹¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia, del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax SL contro Asociación de Usuarios de Servicios Bancario*, C-238/05 (ECLI:EU:C:2006:734), punto 63. Per un approfondimento sulla causa *de qua*, si v. F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, cit., pag. 502; A.J. Burnside, *No Such Thing as a Free Search: Antitrust and the Pursuit of Privacy Goals*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2015, 2, pag. 3; P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, cit., pag. 4; F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 18.

⁹¹⁸ V. cap. IV.III. *supra*.

⁹¹⁹ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, cit., pag. 9.

⁹²⁰ *Ibidem*, pag.-6.

⁹²¹ V. cap. III.VI., cap. III.VIII. *supra*.

⁹²² Si v. cap. IV.I. *supra*.

– al contempo permettono a grandi imprese di svilupparsi sempre più, sino ad ottenere quote di mercato importanti e posizioni dominanti⁹²³.

Peraltro, come già dimostrato⁹²⁴, non è possibile ritenere che i dati non abbiano rilevanza dal punto di vista concorrenziale, in ragione delle loro caratteristiche di facile reperibilità o di basso costo, o del fatto che le imprese più grandi non possano comunque escludere le meno sviluppate dall'accesso ai dati. Queste ultime affermazioni sono veritiere, ma non impediscono ai grandi giganti della rete di divenire sempre più prepotenti grazie alla combinazione di sempre maggiori quantità di dati, così schiacciando i concorrenti minori che, di fatto, non trovano spazio per svilupparsi⁹²⁵.

Infine, taluni sostengono che la normativa sulla riservatezza e quella sulla concorrenza non abbiano punti di convergenza o contatto perché, una volta che i consumatori utilizzino servizi offerti digitalmente dalle imprese concorrenti del settore, essi non avrebbero molte aspettative sulla propria privacy. Per contro, si deve ribadire che si è registrato come gli utenti, molte volte, non sono pienamente coscienti delle proprie scelte in materia di riservatezza, giacché la trasparenza sulle informative privacy risulta spesso carente. Le aspettative degli utenti sarebbero infatti verosimili e consapevoli, laddove questi fossero informati in modo trasparente, semplice ed intelligibile sulle conseguenze delle proprie scelte in materia di privacy (in termini di benefici, ma anche di costi) e, inoltre, se il mercato offrisse una reale ampia gamma di alternative, tali per cui il consumatore possa selezionare quella a lui più confacente⁹²⁶. Eppure, essendo siffatto scenario praticamente inverosimile (ed al momento irrealizzabile), occorre affermare che, effettivamente, le politiche in materia di antitrust possono ben integrare quelle in materia di tutela della riservatezza per la protezione finale dell'individuo-utente e viceversa, affinché l'applicazione della normativa privacy si combini con quella sulla concorrenza per tutelare il consumatore che, a propria volta, è un individuo⁹²⁷. D'altronde, queste due aree del diritto apparterrebbero alla stessa famiglia. Costa-Cabral e Lynskey hanno sottolineato come vi siano dei collegamenti dettati da elementi propri dell'ordinamento dell'Unione, in quanto ambiscono ad

⁹²³ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, cit., pagg.-6-8.

⁹²⁴ V. cap. IV.I. *supra*.

⁹²⁵ P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, cit., pagg.-6-8.

⁹²⁶ *Ibidem*, pag. 6-10.

⁹²⁷ *Ibidem*.

implementare l'integrazione e lo sviluppo del mercato, pur mantenendo un occhio di riguardo per il benessere dell'individuo (indipendentemente dal fatto che si tratti anche di un consumatore)⁹²⁸. Tale legame implicherebbe le già esaminate conseguenze per le quali la normativa sulla riservatezza può influenzare internamente quella antitrust, orientando alcune valutazioni di casi concreti. Ed inoltre, la prima porrebbe limiti esterni allo sviluppo della seconda, perché riguarderebbe comunque un diritto fondamentalmente tutelato e gerarchicamente sovraordinato⁹²⁹.

Tutte queste comunanze non escludono però la sussistenza di alcune differenze caratterizzanti la particolarità dell'una e dell'altra branca del diritto.

In particolar modo, mentre il diritto della concorrenza si applica alle imprese e, dunque, alle attività economiche da esse esercitate, si deve riconoscere che il diritto alla tutela dei dati personali si applica esclusivamente all'attività rappresentata dal trattamento dei dati personali, indipendentemente dal fatto che sia altresì un'attività economica, poiché lo scopo principale è quello di tutelare l'individuo persona fisica nel suo interesse fondamentale alla riservatezza.

Inoltre, il tipo di pregiudizio arrecato in caso di violazione dell'uno o dell'altro diritto è abbastanza differente in quanto, benché entrambi tutelino l'individuo nella sfera della riservatezza e dei consumi, il danno che il diritto della concorrenza intende evitare è di natura prettamente economica, a differenza della riservatezza che è invece volta a tutelare la sfera più privata dell'individuo, anche nell'esprimere la propria personalità attraverso il principio di non discriminazione e di autonomia. Così pure sono distinte le modalità impiegate nell'una e nell'altra branca dal punto di vista dell'impatto sul mercato: il diritto antitrust previene e corregge i fallimenti di mercato che non hanno propriamente a che fare con l'individuo se non per le conseguenze finali sui consumi; d'altra parte, la tutela dei dati personali corregge e tenta di prevenire i fallimenti individuali della persona fisica, che hanno a che vedere più con il nocciolo duro dei propri diritti, evitando che l'ammasso di proprie

⁹²⁸ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 14.

⁹²⁹ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 14-15. Occorre precisare che gli studi su questo secondo fenomeno non sono ancora particolarmente sviluppati.

informazioni personali, nella disponibilità di terzi, crei asimmetrie di potere a sfavore del singolo e a vantaggio delle imprese⁹³⁰.

Comprensibilmente, non tutte le questioni di diritto della concorrenza riguardano anche questioni di presunta violazione della privacy, ma pare oramai chiaro, anche alla luce di decisioni della Commissione europea relative ai più recenti casi in materia antitrust, che, almeno nel settore del mercato digitale, il binomio riguardante il rispetto del diritto della concorrenza nel funzionamento di detto settore di mercato e la necessaria tutela dei dati personali degli utenti non possa più essere sottovalutato. Nel paragrafo seguente si analizzerà lo sviluppo della prassi decisionale della Commissione in alcuni casi cardine della materia qui analizzata.

IV.V. L'orientamento dei garanti europei nell'applicazione del parametro concorrenziale della tutela dei dati personali in materia di antitrust

Come sottolineato da Pisani, il diritto antitrust presenta due tipi di protagonisti: oltre alle imprese chiamate al rispetto della libera concorrenza nel mercato, il ruolo primario di vigilanza viene svolto dalle autorità della concorrenza e del mercato che, nell'ordinamento dell'UE, sono rappresentate dalle diverse autorità nazionali preposte a tale ruolo e dalla Commissione europea.

Queste ultime vedono una ripartizione delle proprie competenze generalmente su base territoriale, ma ciò non esclude che la notizia di una condotta antitrust possa pervenire inizialmente all'una o all'altra, e sia poi trasferita all'esame dell'autorità non adita in prima battuta. In particolare, le autorità nazionali si occupano in linea generale di valutare casi di presunte violazioni della concorrenza, idonee a pregiudicare il funzionamento del mercato nazionale. Tuttavia, poiché detto mercato, benché riferito a un solo Stato membro, è in grado di pregiudicare anche il mercato intraUE, le autorità garanti nazionali per la concorrenza ed il mercato sono ugualmente chiamate ad applicare, in casi di scambi commerciali tra Stati membri, le norme UE, anziché quelle prettamente nazionali (sebbene di derivazione

⁹³⁰ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 17-18.

comunitaria)⁹³¹. Su scala più ampia, qualora si trovi in una posizione più idonea a esaminare il caso rispetto all'autorità nazionale di volta in volta considerata, nelle stesse modalità la Commissione europea applica le norme UE in materia antitrust per evitare o sanzionare condotte anticoncorrenziali⁹³². Peraltro, è alla Commissione che spetta anche autorizzare, attraverso un meccanismo di previa notifica, le concentrazioni tra imprese che abbiano rilevanza per il mercato UE. Ad ogni modo, le autorità garanti nazionali e la Commissione sono tenute a collaborare tra loro, alla luce del sistema di cooperazione intracomunitaria previsto, grazie ad una riforma radicale della struttura di vigilanza⁹³³, dal Regolamento n. 1/2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004⁹³⁴.

Giacché è il mercato a venire in rilievo quando i garanti analizzano presunte condotte anticoncorrenziali delle imprese, diviene essenziale tracciare i confini, non solo territoriali, ma altresì relativi al settore della produzione.

Come illustrato dall'EDPS, l'individuazione del mercato rilevante è infatti il primo requisito per affrontare l'analisi giuridica di un caso di presunta condotta anticoncorrenziale, dal momento che consente ai garanti di identificare le peculiarità di un certo settore del mercato, tra cui i fornitori, i clienti e i consumatori, calcolando così la quota di mercato di ogni fornitore relativamente ad un certo prodotto o servizio⁹³⁵. A tal riguardo, la dottrina maggioritaria (tra cui Podszun) ha però ritenuto che tale operazione di identificazione del mercato rilevante non sia per nulla agevole nel settore digitale e dei conseguenti scambi commerciali. Invero, la definizione classica di mercato rilevante non sarebbe particolarmente calzante per valutare fenomeni di mercato che si sviluppano prevalentemente, se non

⁹³¹ N. Pisani, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, cit., pagg. 13 segg.

⁹³² *Ibidem*.

⁹³³ Per approfondimenti sulla riforma delle procedure di controllo e repressione delle condotte anticoncorrenziali, si v. J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., pagg. 905 segg.

⁹³⁴ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU 2003 L 1, pagg. 1-25, disponibile al sito http://eur-lex.europa.eu/search.html?DTN=0001&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_DOM=ALL&CASE_LAW_SUMMARY=false&type=advanced&DTS_SUBDOM=ALL_ALL&excConsLeg=true&typeOfActStatus=REGULATION&qid=1499938163193&DB_TYPE_OF_ACT=regulation&DTA=2003&locale=it. Le autorità garanti nazionali e la Commissione europea collaborano nel quadro dello *European Competition Network*, istituito dalla Comunicazione della Commissione europea 2004/C 101/3 del 27 aprile 2004. Per maggiori informazioni, si visiti il sito http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

⁹³⁵ EDPS, Preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, punti 34 segg.

totalmente, online⁹³⁶. La criticità in esame dipende certamente dalla difficoltà di individuare i confini territoriali della rete digitale. Come noto, difatti, Internet è uno spazio virtuale, globale e globalizzato senza confini territoriali interni, in difetto dei quali è molto complicato stabilire dove certe condotte abbiano luogo⁹³⁷.

Inoltre, nello specifico settore dei dati personali, risulta ancor più complicato individuare un'adeguata definizione di mercato rilevante. Questa rappresenta una delle principali sfide per le autorità garanti della concorrenza, le quali, con altrettanta difficoltà, si trovano altresì a valutare, se del caso, il livello di concentrazione nel mercato ed il pregiudizio potenziale per i consumatori. Siffatta valutazione, almeno in una prima fase, non può che avvenire al mero livello teorico, posto che i danni concreti per l'utente i cui dati sono stati violati emergono, di norma, in un momento successivo⁹³⁸. Se le complicità occorse durante l'analisi del mercato rilevante e del livello di concentrazione del mercato sono principalmente collegate alla natura multilaterale delle piattaforme digitali analizzate in precedenza⁹³⁹, indipendentemente dalla crescente importanza che assumono le informazioni personali⁹⁴⁰, la valutazione dell'impatto sui consumatori di siffatte condotte controverse, oltre ad essere più semplice *a posteriori* (ossia quando la condotta anticoncorrenziale abbia già arrecato danni) risulta particolarmente complessa, se effettuata dalle sole autorità garanti della concorrenza, senza il supporto delle autorità garanti della privacy che, a tal fine, dovrebbero cooperare per evitare un maggiore disagio degli utenti⁹⁴¹.

Orbene, parzialmente in disaccordo con l'orientamento iniziale della Commissione europea, la quale non riteneva che alcune condotte presuntivamente anticoncorrenziali potessero arrecare danno ai consumatori sotto il profilo della

⁹³⁶ Come sostenuto da Podszun per quanto di rilievo nei vari casi riguardanti Google. V. R. Podszun, *The Digital Economy. Three Chances for Competition Law*, in *Maastricht Journal*, 2016, 5, pag. 748.

⁹³⁷ V., per analogia, S.W. Brenner, B. Koops, *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*, in *Journal of High Technology Law*, 2004, 1.

⁹³⁸ N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, *cit.*, pag. 122.

⁹³⁹ V. cap. IV.I. *supra*.

⁹⁴⁰ A tale riguardo, sia sufficiente fornire l'esempio di una società che, pur non raccogliendo direttamente informazioni personali, ma operando ugualmente attraverso la rete, benefici allo stesso modo di un'ingente quantità di dati (Schepp e Wambach fanno l'esempio dell'inserzionista che inserisca pubblicità in piattaforme multilaterali che, pur in difetto di una raccolta diretta di dati, si serva di quelli raccolti dalla medesima piattaforma per meglio indirizzare i propri contenuti commerciali). N.P. Schepp, A. Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, *cit.*, pag. 122.

⁹⁴¹ *Ibidem*, pag. 123.

tutela dei dati personali, si è proposto che il mercato rilevante da tenere in considerazione in questo settore non fosse tanto quello dei servizi offerti, ad esempio, dalle piattaforme multilaterali, quanto piuttosto quello dei dati personali degli utenti delle medesime piattaforme⁹⁴². E sembrerebbe peraltro che, attualmente, anche la Commissione europea, autorità garante per la concorrenza a livello UE, stia propendendo per percorrere quest'ultima direzione. Invero, nel Rapporto finale sull'indagine nel settore dell'e-commerce, pur ammettendo di non essersi spinta oltre nell'analisi di questioni specificamente attinenti alla concorrenza relativa all'uso di *big data*, la stessa conferma indirettamente che, in conseguenza dell'acquisto di una rilevanza economica sempre maggiore da parte degli stessi dati, il rispettivo settore di mercato può divenire di inevitabile e riflesso interesse per la protezione della concorrenza tra imprese⁹⁴³.

Invero, per quanto a conoscenza delle autorità garanti, la condotta collusiva lesiva della concorrenza rientrando nell'articolo 101 TFUE viene attualmente considerata al mero livello di un'ipotesi di scuola, ma non si dubita della sua rilevanza quanto allo scambio di dati personali, il cui settore rilevante di mercato è suscettibile di veder emergere condotte collusive vietate dalla suddetta disposizione del Trattato. La dottrina ritiene che ciò sia possibile, a titolo esemplificativo e non esaustivo, nel caso in cui società operanti sul *web* si accordino illegittimamente per allineare le proprie condizioni sulla tutela della privacy, così in sostanza eliminando il potenziale concorrenziale tra di essi e l'incertezza circa l'atteggiamento sul mercato che spinge le imprese a competere, minando il potere di mercato di altre imprese non partecipanti a detto accordo⁹⁴⁴. Una fattispecie siffatta potrebbe verificarsi anche senza che intervengano necessariamente specifiche considerazioni attinenti alla normativa sui dati personali, potendo questi ultimi essere trattati come qualsiasi altro parametro concorrenziale⁹⁴⁵. Non cambierebbe la questione, né la soluzione,

⁹⁴² G. Lucchetta, *Is the Google Platform a two-sided market?*, cit., pag. 23.

⁹⁴³ Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf, pagg.13-14.

⁹⁴⁴ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 31.

⁹⁴⁵ È opportuno segnalare che, il 15 aprile 2015, la Commissione europea ha annunciato di aver aperto un'indagine nei confronti della controllante di Google (Alphabet) al fine di valutare se questa abbia illegittimamente stipulato accordi con Android, per impedire l'accesso sul mercato di imprese concorrenti e rafforzare la sua posizione dominante. Le indagini giungeranno a definire se vi sia una violazione delle norme antitrust e se queste riguardino congiuntamente degli articoli 101 e 102 TFUE, o solamente quest'ultimo. A tal proposito, v. il comunicato stampa della DG

se l'accordo tra le suddette imprese riguardasse i prezzi dei prodotti offerti, in luogo delle informazioni personali: tale accordo sarebbe in ogni caso vietato, perché lesivo della libera concorrenza sul mercato⁹⁴⁶. L'ulteriore considerazione di disposizioni in materia di *data protection* congiuntamente all'applicazione del diritto della concorrenza, che come anticipato sembra pur plausibile⁹⁴⁷, non farebbero che aumentare l'illegittimità della condotta collusiva⁹⁴⁸.

L'ipotesi dell'abuso di posizione dominante è stata invece già oggetto di concrete indagini da parte della Commissione europea e di alcune autorità nazionali. Quest'ultima fattispecie presenta, infatti, più varianti che pregiudicano il funzionamento del mercato, nonché indirettamente gli interessi dei consumatori.

Essendo di natura prettamente individuale, nel senso che non richiede la partecipazione di nessun'altra impresa, l'abuso di posizione dominante si suole distinguere in abuso di sfruttamento o abuso di esclusione. Qualora l'impresa in posizione dominante sul mercato abusi del proprio vantaggio danneggiando in via diretta i propri clienti e fornitori, indipendentemente dal fine di pregiudicare l'operatività sul mercato dei propri concorrenti, si parla di abuso di sfruttamento. Invece, laddove l'effetto dannoso non sia direttamente volto a colpire clienti e fornitori, ma comporti comunque una qualche restrizione della concorrenza si riflette piuttosto di un abuso di esclusione⁹⁴⁹.

Orbene, nel settore che interessa la presente ricerca, l'abuso di posizione dominante sarebbe concepibile sia in termini di sfruttamento, sia di esclusione, dal momento che anche quest'ultimo potrebbe essere giustificato sulla base della violazione della

Competition della Commissione europea del 15 aprile 2015, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android*, disponibile al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm. Si ritiene che, alla luce dei più recenti sviluppi scientifici e della prassi, la decisione adottata dalla Commissione al termine del procedimento potrebbe tenere conto anche del fattore inerente alla tutela delle informazioni che Google raccoglie e processa per profilare i propri utenti e che, pertanto, possa avere un risvolto nell'ambito della tutela dell'autodeterminazione dell'individuo nell'ambiente virtuale. V., altresì, M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, cit., pag. 4; J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, cit., pagg. 5 segg.

⁹⁴⁶ *Ibidem*.

⁹⁴⁷ Si v. il ragionamento proposto sulla base del caso *Allianz Hungária*, cap. IV.II. *supra*.

⁹⁴⁸ Vale la pena ricordare che nel settore del mercato digitale, la Commissione europea ha già effettivamente ravvisato la verosimiglianza di pratiche anticoncorrenziali in violazione dell'articolo 101 TFUE, sottolineando altresì i timori per lo scambio di dati personali in detto settore. Si v. il menzionato Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, cit., pagg. 13-14.

⁹⁴⁹ J.F. Bellis, I. Van Bael, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, 2009, pagg. 590 segg.

privacy nella misura in cui l'impresa in questione, che si trovi nella situazione di dominanza sul mercato, escluda di fatto i concorrenti più vevoli rafforzando la propria posizione, grazie a strumenti diversi da quelli che giustificerebbero il merito e la qualità stessa dell'impresa considerata⁹⁵⁰.

Ad ogni modo, almeno la situazione di sfruttamento considerata *stricto sensu* non è rimasta una mera tesi dottrinale, ma è divenuta realtà, in primo luogo, grazie all'ammenda inflitta dall'autorità garante francese a Google, per il servizio Street View, imputandogli la responsabilità per la raccolta di dati, peraltro sempre aggiornatissima, soprattutto in merito alla geolocalizzazione indesiderata di utenti che così gli attribuiva un vantaggio concorrenziale dal momento che poteva offrire, rispetto ad altri concorrenti, servizi geograficamente localizzati acquisendo una posizione dominante nel settore che l'azienda sfruttava violando la normativa francese sulla privacy⁹⁵¹.

In secondo luogo, grazie all'avvio di un'indagine da parte del *Bundeskartellamt* (l'autorità tedesca garante della concorrenza) sul presunto abuso di posizione dominante di Facebook nei confronti dei propri consumatori⁹⁵². Nel caso *de quo*, forse sulla scia della di poco precedente sentenza *Schrems*⁹⁵³ che instillava dubbi in capo alla completa legittimità dell'attività di Facebook, il garante tedesco sospettava che nel quadro del mercato rilevante dei *social network* sussistesse un concreto abuso della posizione dominante detenuta da Facebook nel mercato

⁹⁵⁰ Sentenza della Corte, del 27 marzo 2012 *Post Danmark A/S contro Konkurrenserådet*, C-209/10 (ECLI:EU:C:2012:172), punto 25. Il 27 giugno 2016, la Commissione europea ha sanzionato con una multa di circa due miliardi e mezzo di euro, uno dei detti giganti del *web*, Google (peraltro sotto indagine per altre presunte condotte illegittime in termini anticoncorrenziali) per abuso di posizione dominante, nel senso che esso ha escluso lo sviluppo degli altri concorrenti sul mercato, quando, nel caso in cui un utente ricercasse un servizio di acquisti comparativi, Google posizionava i propri servizi di acquisti comparativi nelle prime posizioni dei risultati di ricerca, indicizzandolo in modo da favorire l'utilizzo di questi, rispetto a quelli di imprese concorrenti, per motivi diversi dai propri meriti. Si v. in tal senso il comunicato stampa della DG Competition della Commissione del 27 giugno 2016, *Antitrust: multa di 2,42 miliardi di EUR a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi*, disponibile al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm.

⁹⁵¹ P. Jones Harbour, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 228. Indagini su Google Street View sono state avviate in diversi paesi dell'UE, ma l'azienda ha ricevuto un'ammenda dalla sola autorità francese, sulla base delle suddette motivazioni.

⁹⁵² *Bundeskartellamt, Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße*, comunicato stampa del 2 marzo 2016, disponibile al sito https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

⁹⁵³ V. cap. II.IX. *supra*.

nazionale (oltre che comunitario) dovuto all'utilizzo dei dati personali degli utenti, consentito grazie all'imposizione abusiva di condizioni di registrazione e di utilizzo del *social network*, ingiustificate rispetto alla normativa a tutela della riservatezza⁹⁵⁴. Ora, malgrado al momento in cui si scrive, il caso non sia ancora stato chiuso dal Bundeskartellamt (il quale sta collaborando a tal fine con i garanti degli altri Stati membri e con la Commissione europea) qualunque ne sia l'esito, lo stesso avrà inevitabili riflessi su sospetti di condotte illegittime ed aprirà la strada a varie nuove indagini in materia di presunto abuso di cui all'articolo 102 TFUE, nei confronti delle più grandi società che operano su Internet, la cui preconditione di utilizzo è una previa registrazione con accettazione completa delle modalità di uso e trattamento dei dati da questi raccolti⁹⁵⁵. Non è strano che, sulla scorta del parere dei garanti francese e tedesco⁹⁵⁶, il mondo accademico ritenga che la normativa sui dati personali possa giocare un ruolo fondamentale nell'applicazione dell'articolo 102 del suddetto trattato⁹⁵⁷ e ciò pare, comunque, altamente probabile anche in ragione degli analizzati meccanismi di *feedback* propri delle imprese che offrono piattaforme su cui creare mercati multilaterali⁹⁵⁸, i quali garantiscono a dette imprese un irrobustimento costante della propria posizione di mercato, contemporaneamente all'aumento delle recensioni positive che attengono, direttamente o indirettamente, a detta piattaforma.

IV.VI. *Segue: la prassi in materia di concentrazioni nell'Unione europea con uno sguardo agli Stati Uniti*

A differenza della – attualmente – scarsa casistica in materia di condotte anticoncorrenziali ricadenti negli articoli 101 e 102 TFUE nell'ambito digitale, che

⁹⁵⁴ Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße*, comunicato stampa del 2 marzo 2016, disponibile al sito https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

⁹⁵⁵ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, cit., pag. 10.

⁹⁵⁶ Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition law and data*, cit., pag. 25.

⁹⁵⁷ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pag. 33.

⁹⁵⁸ V. cap. IV.I. *supra*.

implica altresì considerazioni in tema di scambio di informazioni e dunque di tutela delle stesse, pare che la prassi rilevante dia maggiori riscontri in ordine alle concentrazioni vietate di imprese.

La questione delle concentrazioni sembra peraltro interessare l'ordinamento statunitense e, in particolare, la FTC chiamata a vigilare la concorrenza nel mercato americano occorre considerare che il diritto della concorrenza statunitense è basato su due atti che rappresentano i capisaldi della materia, cui sono poi stati apportati emendamenti e aggiornamenti: lo *Sherman Act* e il *Clayton Antitrust Act*. Quest'ultimo, tra gli altri, disciplina il divieto di concentrazioni di imprese che siano in grado di ledere la concorrenza o di eliminarla⁹⁵⁹, salvo previa notifica alla FTC secondo quanto stabilito dallo *Hart-Scott-Rodino Act*, con un meccanismo molto simile a quello utilizzato nell'UE.

Tale analogia prelude all'esame delle concentrazioni delle società operanti su Internet che possono avere ripercussioni a livello globale proprio grazie alla tecnologia utilizzata. Evidentemente, se lo spazio virtuale difficilmente trova territorialità, e dunque giurisdizione e legge applicabile, qualora questo venga traslato nello spazio reale del mercato assume connotati e confini propri di una certa area geografica. L'area che interessa è quella dell'Unione europea e degli Stati Uniti, essendo questi tra i maggiori protagonisti del mercato mondiale.

Orbene, nel settore sviluppato grazie al digitale e alle nuove tecnologie, a destare l'attenzione delle autorità garanti della concorrenza nei due ordinamenti è stato un primo caso di acquisizione da parte di Google della società DoubleClick. Mentre la prima, già all'epoca, era uno dei più noti motori di ricerca al mondo, DoubleClick offriva una piattaforma digitale che metteva in contatto inserzionisti, pubblicitari e soggetti operanti nel campo della pubblicità. Al fine di realizzare correttamente tale acquisizione, nel 2007 Google ne notificava sia alla FTC, sia alla Commissione europea, la relativa intenzione. Alla fine del 2007 e all'inizio del 2008, rispettivamente, la FTC e la Commissione europea hanno approvato la fusione *Google/DoubleClick* ritenendo che la stessa fosse compatibile con il diritto della concorrenza perché non avrebbe ridotto in alcun modo, né eliminato, la concorrenza

⁹⁵⁹ Clayton Antitrust Act, 15 U.S. Code §18. Per approfondimenti si v. E.W. Kintner, *4: The Clayton act: section 3; section 7: mergers and markets*, Anderson publishing, 1984.

delle imprese nel settore⁹⁶⁰. Tale scelta da parte di entrambe le autorità garanti della concorrenza è stata però ampiamente contestata dalla dottrina e, successivamente, dai garanti UE della privacy (almeno nell'UE) per non aver minimamente considerato gli effetti a lungo termine che l'acquisizione in questione avrebbe avuto sulla tutela della riservatezza degli utenti, in quanto l'operazione avrebbe consentito a Google di venire in possesso di una quantità di dati ancora più ingente di quella di cui già non fosse in possesso, imponendosi dunque in una posizione dominante sul mercato⁹⁶¹. Tuttavia, a differenza della Commissione europea, che ha omesso completamente la considerazione della privacy degli utenti, la FTC ne aveva preso parzialmente contezza, dichiarando tuttavia di non essere competente a giudicare di questioni che esulassero dal puro e semplice diritto della concorrenza o a pretendere dall'impresa acquirente che prevedesse determinate condizioni in favore della privacy degli utenti (cosa che, invece, secondo la FTC avrebbe sì comportato problematiche in termini di antitrust)⁹⁶².

Un altro caso che lascia trasparire che la FTC sia incappata in una chiara omissione di analisi della privacy degli utenti è peraltro rappresentata dall'acquisizione di Yahoo da parte di Microsoft. In quel caso, il garante americano ha ritenuto che, sotto il profilo puramente economico, tale acquisizione avrebbe persino comportato un miglioramento dell'assetto concorrenziale del settore di riferimento, dal momento che avrebbe permesso a Microsoft di guadagnare spazio in un mercato prevalentemente controllato da Google⁹⁶³. Sul fronte UE la soluzione è stata essenzialmente la stessa, così mancando di considerare, ancora una volta, la necessaria tutela dei dati personali⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ In tal senso, si v. Decisione della Commissione europea dell'11 marzo 2008, caso COMP/M.4731, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf, e Statement of the Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, disponibile al sito https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf.

⁹⁶¹ P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, cit., pagg. 2 segg.

⁹⁶² Statement of the Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, cit., pag. 2.

⁹⁶³ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 144.

⁹⁶⁴ Caso COMP/M.5727, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf.

Tra i casi che si sono presentati all'attenzione delle autorità garanti della concorrenza è certamente opportuno menzionare quello più recente dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook⁹⁶⁵. Quest'ultima società gestisce una piattaforma di *social network* che nel 2013 contava più di un miliardo di utenti attivi mensili, con un aumento annuale del quarantacinque per cento⁹⁶⁶. Ciò, in maniera evidente, comporta per il *network* la facoltà di raccogliere un'incommensurabile quantità di dati personali di varia natura (dati di registrazione, geolocalizzazione, informazioni che gli utenti stessi decidono di rendere accessibili ai rispettivi contatti o al pubblico e, in ogni caso, a Facebook), che non ha eguali nel settore di mercato dei *social network*. Ai sensi di un meccanismo di *feedback loop*, il sempre maggiore numero di utenti attira un sempre più numeroso parterre di inserzionisti, così rafforzando la posizione dominante che l'azienda già detiene sul mercato rilevante del settore di appartenenza, tanto da far dubitare di essere in una sostanziale posizione di monopolio⁹⁶⁷. Alla notizia della fusione in questione, si sono scatenate le opinioni e i timori di enti ed associazioni preposti alla tutela della privacy, tra cui il noto EPIC⁹⁶⁸, in ragione del fatto che WhatsApp già disponeva di un ampio database con informazioni dei dati dei propri utenti, che si era però impegnata a non raccogliere a fini pubblicitari. Al contrario, Facebook aveva già lasciato intendere che si sarebbe rifornita delle informazioni di WhatsApp per integrare le profilazioni commerciali dei propri consumatori⁹⁶⁹. Nonostante queste fondate preoccupazioni, la FTC non ha ritenuto di dover bloccare la concentrazione tra Facebook e WhatsApp, limitandosi ad inviare una comunicazione al Direttore del *Bureau of Consumer Protection* invitando le due società a mantenere gli standard di tutela della privacy applicati prima dell'operazione straordinaria, consentendo ai consumatori-utenti di WhatsApp di esercitare una facoltà di *opt-out* nel caso in cui le politiche sulla riservatezza

⁹⁶⁵ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pagg. 136 segg.

⁹⁶⁶ J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, cit., pagg. 8 segg.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, pagg. 8 segg.

⁹⁶⁸ L'Electronic Privacy Information Center è un centro di ricerca di interesse pubblico con sede a Washington, costituito nel 1994, dedito ad attività di ricerca in materia di libertà civili e riservatezza. Per approfondimenti si v. <https://www.epic.org/epic/about.html>.

⁹⁶⁹ M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 137 e i materiali citati alle note 72-74.

adottate da Facebook fossero incompatibili con quelle di WhatsApp anteriori alla fusione⁹⁷⁰.

Volutamente, si è deciso qui di analizzare in seconda battuta il caso della medesima concentrazione tra le due aziende, occorso sempre nel 2014, e portato all'esame della Commissione europea. Come negli Stati Uniti, anche l'Unione europea ha autorizzato l'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, ammettendo – forse per la prima volta in via ufficiale – che può esistere concorrenza nel settore della tutela della riservatezza per quanto concerne i servizi online offerti a titolo gratuito e che quest'ultima rappresenta, in effetti, uno strumento essenziale per l'innovazione⁹⁷¹. Malgrado fosse evidente l'esistenza di elementi incerti relativamente alla tutela della riservatezza da parte di Facebook una volta che questa avrebbe acquisito anche i dati fino a quel momento raccolti da WhatsApp, il garante della concorrenza UE non ha ritenuto di dover analizzare oltremodo gli effetti della potenziale riduzione della concorrenza nel settore di mercato rilevante, poiché, nonostante Facebook fosse un'azienda leader (forse quasi monopolista) di tale settore, non si sarebbe potuto ritenere che WhatsApp fosse una sua diretta rivale sul mercato e che i due settori, diversi, di riferimento potessero in qualche modo sovrapporsi dando così origine a una concentrazione in grado di ledere pesantemente la concorrenza sul mercato⁹⁷². D'altra parte la Commissione si è maggiormente premurata di considerare il settore di mercato dei servizi pubblicitari online, di cui Facebook occupava una quota importante e che gestiva, sostanzialmente, attraverso la profilazione degli utenti. Alla luce di ciò, WhatsApp avrebbe potuto fornire ulteriori dati che avrebbero consentito a Facebook di rafforzare la propria posizione sul settore di mercato considerato⁹⁷³. Cionondimeno, il garante ha ugualmente autorizzato la concentrazione in ragione dell'elevato numero di concorrenti operanti nel medesimo settore e nei vari sub-settori di

⁹⁷⁰ V. *FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition*, 10 aprile 2014, disponibile al sito <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed> e lettera del Direttore del *Bureau for Consumer Protection*, J. Rich a Facebook e WhatsApp del 10 aprile 2014, disponibile al sito .

⁹⁷¹ La Commissione ha infatti dichiarato quanto segue: «*consumer communications apps compete for customers by attempting to offer the best communication experience. The functionalities offered are at the heart of the consumer communications apps' value proposition to customers and their improvement in order to gain the largest user base is a key innovation driver*». Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217, punto 87, *cit.*

⁹⁷² Si v., in particolare, punto 61 della Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217, punto 87, *cit.*

⁹⁷³ *Ibidem*

riferimento per i diversi servizi offerti da Facebook⁹⁷⁴. Così facendo, tuttavia, la Commissione europea ha omesso di analizzare gli effetti delle attività commerciali combinate svolte da Facebook per quanto di rilievo in merito alla concorrenza sulla tutela dei dati personali, vale a dire la possibilità per l'acquirente di modificare, una volta acquisita, gli standard di tutela precedentemente garantiti da WhatsApp⁹⁷⁵. Da quest'ultimo, e da molti casi all'esame delle autorità garanti USA e UE, Gilbert e Pepper hanno potuto ricavare una sintesi delle caratteristiche delle informazioni personali che sono detenute dai maggiori concorrenti sul mercato dei servizi digitali (prevalentemente di comunicazione o di interconnessione di utenti) i quali, probabilmente, hanno anche sottostimato il valore generale degli stessi dati. In particolare, ad avviso della Commissione europea i dati sarebbero economici e non darebbero adito a situazioni di concorrenza (non sarebbero quindi beni con valore concorrenziale)⁹⁷⁶. Con riferimento a quest'ultimo punto, tuttavia, la Commissione si è poi ricreduta con la vicenda poc'anzi accennata *Facebook/WhatsApp*. Inoltre, secondo i citati autori, la proprietà dei dati non sarebbe concentrata in pochi soggetti, ma sarebbe piuttosto dispersa e sparsa tra i concorrenti (tuttavia, i dati storici – vale a dire quelli raccolti in fasi di molto precedenti all'esercizio dell'attività commerciale – non avrebbero un valore di particolare interesse commerciale). Infine, i dati produrrebbero profitti sempre in diminuzione, poiché un aumento continuo dei dati ridurrebbe il loro valore marginale, giacché diminuirebbe proprio il livello di incertezza ed il margine di errore di una previsione sul comportamento del titolare dei dati stessi (nel campo che qui interessa, dei consumi degli utenti)⁹⁷⁷. Per i suddetti motivi, in generale, si è sempre escluso che

⁹⁷⁴ Si v., in particolare, punti 179, 190 e 191, della Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217, *cit.*. Molto interessante a tal proposito è il grafico offerto dalla Commissione a pagina 34 della medesima Decisione, che dimostrerebbe la raccolta e lo scambio di dati nel mercato digitale, dove la quota maggiore sarebbe detenuta congiuntamente da concorrenti di Google, Facebook, Microsoft e Yahoo. Si rileva che il terzo settore di esame del caso COMP/M.7217 riguardava i servizi di messaggistica istantanea tra utenti, per i quali la Commissione ha rilevato che vi fossero una serie di fattori che mitigassero gli effetti di rete potenzialmente lesivi della concorrenza.

⁹⁷⁵ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pagg. 25 segg.; P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, *cit.*, pag. 5.

⁹⁷⁶ In tal senso si v. la Decisione della Commissione europea nel caso *Google/DoubleClick*, punto 365, *cit.*, la quale sostiene che dato l'elevato numero di dati personali disponibili a molti sul *web* in ordine al comportamento online degli utenti, non si dovrebbe ritenere che la raccolta e lo scambio di informazioni personali siano un settore di concorrenza nel mercato.

⁹⁷⁷ P. Gilbert, R. Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, *cit.*, pagg. 6-8.

il potenziale di mercato di grosse società, quali Google, Facebook o Microsoft, potesse comunque impedire l'operatività di altre imprese nel medesimo settore⁹⁷⁸. Secondo la dottrina, non in modo inaspettato, la Commissione europea si è dovuta presto ricredere. Il 18 maggio 2017, invero, dopo aver inviato una comunicazione degli addebiti nel dicembre 2016, il garante UE ha imposto a Facebook un'ammenda di centodieci milioni di euro per aver fornito informazioni inesatte e fuorvianti nel corso delle indagini effettuate ai fini della valutazione sull'acquisizione di WhatsApp. La Commissione avrebbe infatti scoperto che, già nel 2014, Facebook era in grado di combinare automaticamente gli account Facebook e WhatsApp dei rispettivi utenti; tuttavia, solo nell'agosto 2016, WhatsApp ha inviato ai propri utenti un'informativa in cui veniva comunicato l'aggiornamento dei propri termini di servizio, nonché la nuova *privacy policy* e la possibilità di abbinare il proprio numero di telefono utilizzato per il servizio WhatsApp al profilo Facebook del medesimo utente (chiedendo, di fatto, l'espressione di un consenso all'abbinamento dei profili)⁹⁷⁹. Poiché non erano state fornite informazioni sufficienti al riguardo nel corso delle indagini relative alla futura fusione, la Commissione ha deciso di sanzionare Facebook, senza tuttavia pregiudicare il contenuto della decisione presa in merito alla compatibilità con il diritto UE della concentrazione del 2014.

Pur non avendo toccato la validità di tale decisione, è evidente che la Commissione europea abbia dovuto prendere coscienza, in modo formale, del valore fondamentale dei dati personali, nonché del loro potenziale di mercato.

Sebbene la dottrina sia da parecchio tempo orientata in questa direzione, i garanti UE e USA non sembrano ancora aver preso una posizione definitiva e ferma a tale riguardo. Non stupisce però che gli stessi garanti siano oramai costretti a prenderne progressiva contezza, in considerazione della parallela incessante crescita della raccolta, della combinazione e dello scambio di dati personali attraverso le tecnologie digitali e le attività commerciali che attraverso queste possono svilupparsi. Non stupisce neppure che, dopo aver ricevuto alcune denunce da parte

⁹⁷⁸ *Ibidem*, pag. 7. Si v. anche la decisione della Commissione precitata nel caso *Facebook/WhatsApp* (punti 188-189), e la decisione nel caso *Microsoft/Skype*, COMP/M.6281, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf (punti 90-93).

⁹⁷⁹ Poiché al momento in cui si scrive, non risulta ancora pubblicata la Decisione della Commissione in tal senso, si rinvia al relativo comunicato stampa del 18 maggio 2017 disponibile al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm.

di associazioni di consumatori ed enti di ricerca, nell'agosto 2016, la FTC abbia riconsiderato l'attività di Facebook e WhatsApp in ordine alla combinazione delle informazioni dei rispettivi utenti, in particolar modo con riguardo all'abbinamento dei profili rispettivamente aperti dall'una e dall'altra parte dallo stesso individuo⁹⁸⁰. Uno dei profili maggiormente critici riguardava infatti la facoltà di *opt-out*, da esercitare entro trenta giorni dall'invio della nuova informativa, concernente l'abbinamento dei profili Facebook e WhatsApp. Di fatto, la scelta relativa all'abbinamento era già selezionata e sarebbe spettato all'utente materialmente deseleggerla, cosa che non sarebbe invece accaduta utilizzando un preferibile sistema di *opt-in* per cui, ad esempio, dopo aver ricevuto la notifica della modifica delle impostazioni sulla privacy, l'utente avrebbe potuto scegliere di selezionare l'opzione per l'abbinamento dei suddetti profili.

Ad ogni modo, la decisione della Commissione europea era stata di poco preceduta da una decisione dell'Autorità italiana Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha inflitto un'ammenda aggiuntiva di tre milioni di euro a WhatsApp Inc. (e dunque, indirettamente, a Facebook) per aver indotto i nuovi utenti, a partire dal 25 agosto 2016, ad accettare integralmente le condizioni di utilizzo che prevedevano altresì la condivisione dei dati con Facebook a scopi di profilazione e pubblicità commerciale (consentendo ai precedenti di accettarle anche solo parzialmente). A fronte della mancata accettazione di dette condizioni, WhatsApp paventava una possibile interruzione del servizio⁹⁸¹, che evidentemente non poteva essere accettata dall'autorità garante, anche in vista della tutela dei consumatori e non solo del mercato e della concorrenza.

Viste le frequenti e recenti indagini di molte autorità di sorveglianza della concorrenza di un numero non trascurabile di Stati⁹⁸², non si esclude che siffatti garanti avranno altre occasioni per occuparsi di casi attinenti alla tutela di dati

⁹⁸⁰ Si v. comunicato stampa di EPIC del 25 agosto 2016, *Facebook to Collect WhatsApp User Data, Violating FTC Order and Privacy Promises*, disponibile al sito <https://epic.org/2016/08/facebook-to-collect-whatsapp-u.html>.

⁹⁸¹ Delibera dell'11 maggio 2017, disponibile al sito http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10601_scorrsanz_omi.pdf/download.html.

⁹⁸² Ad esempio, al proposito conviene ricordare anche le indagini effettuate dal garante russo in merito ad un presunto abuso di posizione dominante di Google, che hanno portato ad una sanzione nei suoi confronti di 438 milioni di rubli. Per approfondimenti si v. R. Podszun, *The Digital Economy. Three Chances for Competition Law*, cit., pagg. 747-751.

personali nel settore del digitale⁹⁸³ e che sarebbe preferibile trovare una soluzione preventiva per la definizione delle nuove casistiche che emergeranno.

IV.VII. Considerazioni conclusive in materia di privacy e concorrenza su Internet

Tenuto conto delle suesposte considerazioni e della casistica esaminata, si ritiene possibile che ci saranno sviluppi relativamente a futuri casi di presunta incompatibilità con il diritto della concorrenza che coinvolgano riflessioni in tema di dati personali, e si crede altresì che le autorità preposte alla vigilanza sul mercato e sulla concorrenza dovranno, passo a passo, riconoscere maggiore importanza al business, sebbene indiretto, della raccolta e dello scambio di dati personali, considerando la disponibilità di questi ultimi, in diverse quantità, da parte di un'impresa come un parametro concorrenziale determinante, malgrado non sia relativo ai prezzi, ma pur sempre conferente un vantaggio che, talvolta, potrebbe risultare eccessivo sia nei confronti delle imprese concorrenti per questioni di mercato, sia nei confronti degli individui-utenti per questioni relative alla propria autodeterminazione.

Di certo, essendo internet uno spazio virtuale illimitato e fundamentalmente senza un'unica legge applicabile, oltre che disciplinabile con leggi di Stati diverse comunque difficilmente individuabili, un approccio comune a livello globale potrebbe rappresentare la soluzione migliore, allo stato dei fatti, per fronteggiare i rischi condivisi per la riservatezza online degli individui e per la loro autodeterminazione offline, ma altresì per la regolamentazione di un mercato che, attraverso Internet, si è ancor più globalizzato⁹⁸⁴. Nella digitalizzazione dell'economia, giocherebbe infatti un ruolo essenziale una strategia comune tra le autorità garanti non solo della concorrenza, bensì anche della privacy⁹⁸⁵, che riesca

⁹⁸³ In tal senso, v. M.K. Ohlhausen, A.P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, cit., pag. 132.

⁹⁸⁴ W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, cit., pag. 18.

⁹⁸⁵ F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, cit., pag. 512.

a mettere in relazione e tutelare contemporaneamente, le branche del diritto della privacy, dei consumatori e della concorrenza⁹⁸⁶.

Se questo non risulta particolarmente agevole su scala mondiale, è altrettanto difficile quando si considerano alcuni Stati che, seppure grandi, hanno limiti di competenza legislativa ed amministrativa confinati al proprio territorio. Diversamente accade per l'Unione europea, dove la presenza di ventotto (a breve ventisette) Stati membri non ha impedito di costruire un mercato comune basato sulle regole della libera concorrenza, applicate dalle autorità garanti nazionali e dalla Commissione europea. Nonostante lo scenario sembri, almeno a prima vista, migliore nell'UE rispetto che negli Stati Uniti, occorre rilevare che in ogni caso l'attività di *enforcement* della Commissione pare ancora molto vincolata dalle pronunce giurisdizionali in materia di concorrenza e dunque, salvo che intervenga a breve un *revirement* della Corte di giustizia in senso contrario⁹⁸⁷, nell'analisi di casi di presunta violazione del diritto della concorrenza la Commissione europea difficilmente potrà tutelare interessi diversi da quelli per cui ha competenza⁹⁸⁸, non potendo facilmente attingere a branche diverse del diritto, se non sulla base della giustificazione per cui siffatte branche disciplinano fattori che possono trasformarsi in parametri concorrenziali rilevanti nel mercato comune. In questo modo, si potrebbe ovviare alla premessa problematica della Commissione europea, così permettendole innanzitutto di investigare meglio il potere di mercato relazionato ai dati personali; in secondo luogo, di considerare eventuali condotte sospette sotto il profilo dello sfruttamento dell'abuso di posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE. Infine, una volta compiuti detti passi, il garante UE potrebbe spostarsi nel campo della salvaguardia garantita dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali, chiedendo alle imprese oggetto di indagine di impegnarsi a mantenere certi standard di tutela della privacy, senza i quali esse verrebbero sanzionate dalla Commissione (o, in sua vece, dai garanti nazionali). Così facendo si tornerebbe a dare concreta attuazione al disposto dell'articolo 51 della Carta dei

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ V. cap. IV.IV. *supra*.

⁹⁸⁸ Salvo che per il meccanismo stabilito sulla base dell'interpretazione estensiva dell'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali, che risulta comunque abbastanza complesso da realizzare. V. cap. IV.IV. *supra*.

diritti fondamentali, eludendo la problematica del vincolo al sindacato giurisdizionale⁹⁸⁹.

Se ancora non fosse possibile applicare il diritto alla tutela dei dati personali sotto l'egida della suesposta nuova nozione di benessere del consumatore⁹⁹⁰, non vi sarebbe attualmente altra soluzione che quella di considerare il fenomeno della concorrenza delle imprese nel settore della privacy, facendo sì che grazie al miglioramento delle condizioni del mercato e alla tutela degli utenti dello stesso, indirettamente vengano garantiti standard di qualità e protezione sempre più elevati nel trattamento dei dati personali. Così facendo, le imprese sarebbero spinte a competere sulle condizioni di tutela della privacy che offrono, contestualmente all'offerta di servizi "gratuiti" online, e ne trarrebbe vantaggio l'individuo-consumatore il quale, essendo maggiormente garantito sotto questo profilo, non si sentirebbe defraudato della propria libertà di scelta in merito al se e a cosa far conoscere di sé ai terzi e di come divulgarlo.

Nell'ottica dello sviluppo del *Digital Single Market*, che rappresenta una strategia prioritaria della Commissione europea per lo sviluppo economico degli anni a venire, le autorità europee e nazionali dovranno necessariamente occuparsi di tutelare la concorrenza insieme al diritto dei consumatori e, poiché gli utenti di detto mercato saranno principalmente gli individui, è su di essi che le autorità dovranno porre la massima attenzione in termini di tutela dei diritti fondamentali. Non è escluso, e anzi è ritenuto altamente probabile, che il diritto della concorrenza goda di tutti gli strumenti necessari, nell'ambito del mercato unico digitale, per facilitare il raggiungimento degli obiettivi della normativa UE in materia di tutela dei dati personali che, si ricorda, sono disciplinati per garantirne altresì la libera circolazione⁹⁹¹.

Ad ogni modo, nella più estesa area UE (che per la verità, in materia di concorrenza può spingersi fino a ricomprendere gli Stati appartenenti al SEE), una strategia comune con gli Stati Uniti sarebbe almeno paventabile.

Orbene, è comprensibile che le normative in materia di tutela della privacy siano differenti negli Stati Uniti e nell'Unione europea; tuttavia, la disciplina in materia

⁹⁸⁹ F. Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, in *Maastricht Journal*, 2016, 23, pagg. 512-514.

⁹⁹⁰ V. cap. IV.III. *supra*.

⁹⁹¹ V. cap. III.VIII. *supra*.

di concorrenza risulta abbastanza analoga perché la seconda si è sostanzialmente forgiata sulla prima. In questo modo, a prescindere dalla necessità di considerare ed applicare il diritto fondamentale alla tutela dei dati personali nei due continenti, che come visto presenta profili di divergenza piuttosto netti e difficilmente avvicinabili⁹⁹², si ritiene che questo possa comunque essere protetto nel settore digitale, in via indiretta, in entrambi i casi, attraverso un approccio comune nel settore del mercato e della concorrenza, dove la somiglianza delle discipline UE e USA rende certamente più facile lo svolgimento di azioni, non concordate ma, parallele tra le due autorità garanti di spicco (la Commissione europea e la Federal Trade Commission).

In ogni caso, la tutela della privacy dovrebbe essere integrata nel processo innovativo delle tecnologie⁹⁹³ e, in questo senso, potrebbero essere d'aiuto le cosiddette *PET* o *privacy enhanced technologies*⁹⁹⁴. Al proposito, come ipotizzato da Becker, nell'era digitale in cui i mercati si sviluppano attraverso internet e la raccolta dei dati personali «*la privacy non è un sostantivo, bensì un verbo*»⁹⁹⁵. Affinché dunque il mercato si sviluppi correttamente e nel rispetto dei diritti dei consumatori e delle imprese tra loro concorrenti, la tutela della riservatezza deve divenire un imperativo che non può essere sottovalutato perché riguarda un diritto fondamentale dell'individuo (spesso anche in veste di consumatore), collegabile alla sua autodeterminazione informativa, a quello che di sé vuol divulgare e rendere noto, altrimenti implicando una lesione della propria dignità⁹⁹⁶.

⁹⁹² V. cap. II.XI. *supra*.

⁹⁹³ J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, cit., pag. 16.

⁹⁹⁴ Per approfondimenti, si v. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 63; D. Birch, *Identity is the new money*, Laterza, 2016 pag. 33; A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, cit., pag. 200.

⁹⁹⁵ M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, cit., pagg. 213-218.

⁹⁹⁶ V. cap. I.II. *supra*. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013, pag. 36.

CONCLUSIONI

* * *

La presente ricerca ha visto alternarsi l'analisi di temi assai differenti l'uno dall'altro, rispetto ai quali, almeno in prima battuta, sarebbe parso complicato individuare collegamenti.

Dunque, essa si è riproposta di fornire almeno gli elementi essenziali per comprendere se esistano e quali siano i nessi tra la dignità umana, la tutela dei dati personali e il diritto della concorrenza.

La prima di siffatte correlazioni è rappresentata dal contesto in cui tali argomenti sono stati calati, ossia la rete digitale e, in particolare, il mercato che attraverso di essa si sviluppa. Rete di nome e di fatto, Internet ha costituito l'ambiente di collegamento dei medesimi argomenti che, come noto, fanno capo ad almeno due diverse branche del diritto⁹⁹⁷. Secondo Frosini, l'area teorica occupata dalla rete digitale (altresi definita cyberspazio) sarebbe individuabile tracciando un confine giuridico marcato tra esso ed il mondo reale, di modo da poter rendere l'ambiente virtuale oggetto di un'analisi giuridica distinta⁹⁹⁸. Ora, quando ci si riferisce specificamente a Internet (acronimo di *Interconnected networks*, altresi definito "rete delle reti") non si dovrebbe automaticamente intendere il *Web* (che da esso si distingue). Piuttosto, siffatta rete rappresenta un metodo di automatismi informatici che consente di collegare e mettere in rete più dispositivi elettronici alla volta, affinché tra gli stessi si verifichi un flusso di informazioni. Perciò, con l'espressione "Internet" si identifica la sola tecnologia che sta alla base di sistemi informativi funzionanti attraverso di essa, tra i quali rientra anche (e soprattutto) il sistema del *World-Wide Web*. Quest'ultimo è un sistema informativo che si sviluppa grazie ai

⁹⁹⁷ Ci si riferisce in particolar modo ai diritti fondamentali per quanto riguarda la dignità e la tutela dei dati personali e al diritto della concorrenza, per quanto concerne le condotte di natura economica vietate nel mercato ed analizzate nel capitolo IV.

⁹⁹⁸ T.E. Frosini, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare, Estratto*, 2016, 4, pag. 690.

principi di collegamento che contraddistinguono i metodi di Internet⁹⁹⁹ e che è stato descritto grazie all'assimilazione ad una globalizzata boccia per pesci rossi, nella quale vengono registrati i comportamenti degli utenti in formato digitale, che a propria volta consente a terzi di sorvegliarli dall'esterno¹⁰⁰⁰. Tale metafora trova giustificazione nel fatto che, con l'incremento del *web*, gli utenti possono compiere gran parte delle attività reali nel mondo virtuale, essendo potenzialmente controllati dall'esterno. Non c'è bisogno di spiegare le ragioni per cui il *web* sia divenuto un potentissimo strumento economico¹⁰⁰¹, oltre ad essere un impareggiabile mezzo di diffusione della conoscenza, attraverso (o a causa – a seconda dei punti di vista) quel fenomeno che è stato definito da Rodotà quale «*tsunami digitale*»¹⁰⁰².

Si scorge così un possibile secondo motivo di collegamento tra i suddetti argomenti, che meriterebbe uno studio approfondito e separato, ma che si ritiene ugualmente opportuno segnalare. A tal proposito, si deve precisare che la dignità umana e la tutela dei dati personali i quali, in quanto diritti fondamentali, appartengono all'ambito del diritto pubblico, sono difficilmente collegabili al (o giustificabili nel) mondo del mercato e al diritto della concorrenza che ne consente un corretto funzionamento, perché questi afferiscono tradizionalmente al settore del diritto privato. Per far sì che un avvicinamento sia possibile, sarebbe concepibile un'analogia tra la sorveglianza che avviene nel settore pubblico e quella che viene riconosciuta come tale nel mercato digitale¹⁰⁰³. Invero, è noto che i pubblici poteri

⁹⁹⁹ A differenza di Internet che, come illustrato, è nato negli Stati Uniti da un prototipo di strumento informatico militare chiamato ARPANET, che è stato poi utilizzato a fini accademici e, infine, messo a disposizione del pubblico fornendo servizi ivi collegati come quelli di posta elettronica, la connessione remota ad un dispositivo lontano, il *File Transfer Protocol* (grazie al quale si trasferiscono file da un dispositivo ad un altro), il *World-Wide Web* è solo una parte di Internet. Esso è nato presso il CERN a Ginevra, nel 1989 grazie agli studi dello scienziato Berners-Lee, per scopi scientifici interni di trasmissione e scambio di informazioni. Tuttavia, esso è stato poi oggetto di uno specifico progetto di ricerca del medesimo centro svizzero e, nel 1990, il *Web* ha iniziato ad essere impiegato per collegare dispositivi dislocati anche in aree geografiche diverse. Nel 1993, il suo inventore ha divulgato il codice sorgente, rendendolo così utilizzabile dal pubblico di massa. Nel 1994 si è assistito alla creazione delle prime pagine *web*, tra le più famose, quella della Casa Bianca e di Yahoo!. Per approfondimenti si v. il sito *web* del CERN, disponibile all'indirizzo <https://home.cern/topics/birth-web> e A. Mazzei, *Il World-Wide Web*, in U. Pagallo, M. Durante, *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, UTET, 2012, pagg. 69 segg.

¹⁰⁰⁰ E. Carolan, A. Spina, *Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pag. 161.

¹⁰⁰¹ K.A. Bamberger, D.K. Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, in *Stanford Law Review*, 2011, 63, 187, pag. 280.

¹⁰⁰² S. Rodotà, *Some Remarks on Surveillance Today*, in *European Journal of Law and Technology*, 2013, 4, 2.

¹⁰⁰³ Si v. cap. III.VIII. *supra*.

sono legittimati, nel rispetto di certe garanzie, a sorvegliare gli individui attraverso la raccolta di dati personali a fini di pubblica sicurezza e di ordine pubblico¹⁰⁰⁴. Nel mercato digitale, una simile sorveglianza si verificherebbe ogni volta che, attraverso la raccolta e la combinazione di dati personali, un utente venga profilato ed analizzato per essere quindi persuaso a compiere determinate scelte¹⁰⁰⁵. Orbene, note questioni attinenti alla dignità degli individui si pongono con riguardo al trattamento di dati personali raccolti dalle pubbliche autorità a fini di investigazione che, a prescindere dalla considerazione di singoli casi, pure è lecito, perché persegue obiettivi di sicurezza collettiva. Ciò premesso, a maggior ragione, analoghe questioni dovrebbero porsi per una forma di sorveglianza gestita dalle logiche di mercato e dunque di matrice privata, la quale mira al conseguimento di scopi diversi e meno “indispensabili”. Perciò, da una parte si mira a tutelare la sicurezza fisica dell’individuo (e dunque direttamente la sua dignità¹⁰⁰⁶, mentre dall’altra si vuole esaminare l’individuo e conoscere i suoi comportamenti relativi ai consumi, per indurlo a compiere scelte collegate al proprio storico comportamentale. In quest’ultimo caso, parrebbe dubbio che il fine ultimo della seconda forma di sorveglianza accennata sia la tutela della dignità (o dell’autodeterminazione) dell’individuo. Parrebbero invece prevalere logiche di profitto.

Ancora, un terzo nesso tra i tre argomenti più sopra menzionati, e che si intuisce dalle precedenti righe, è rappresentato dall’economia. Orbene, nonostante sia abbastanza inusuale accostare la dignità umana (di natura personalistica – insieme al diritto alla tutela dei dati personali) al diritto della concorrenza (di natura mercantilistica), si è potuto osservare che i rapporti che nel suo contesto si sviluppano, rappresentano la ragione per cui la dignità e il diritto antitrust devono venire in contatto. Essi, peraltro, possono integrarsi l’un l’altro in un bilanciamento di interessi che non sono necessariamente opposti¹⁰⁰⁷. Invero, in giurisprudenza non

¹⁰⁰⁴ In tal senso, si v. cap. I.I. *supra*.

¹⁰⁰⁵ V. cap. III.III. *supra*.

¹⁰⁰⁶ A tal proposito, si richiama l’articolo 5 della Carta dei diritti fondamentali che proprio è inclusa nel capo relativo alla dignità. Si rileva, comunque, che questioni di potenziale violazione della dignità si pongono anche con riguardo a forme di sorveglianza ingiustificata di individui.

¹⁰⁰⁷ Come analizzato nel cap. I.XI. *supra*, con l’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, la libertà di impresa e la dignità non soddisferebbero sempre interessi opposti, in virtù del fatto che entrambi si basano sul comune presupposto dell’essere elevati a diritti fondamentali (rispettivamente dall’articolo 16 e dall’articolo 1 della suddetta Carta). Si v., altresì, M. Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l’Union européenne*, in *Libertés économiques et droits de l’homme*, Presse Universitaire de Paris Ouest, 2011, pag. 210.

è raro assistere a bilanciamenti di diritti, considerati fondamentali, con la libertà economica. Tra le tante, ci si riferisce in particolare alla sentenza *Omega* della Corte di giustizia dell'Unione europea, analizzata nel primo capitolo¹⁰⁰⁸. Del resto, esistono altresì disposizioni, anche di rango costituzionale, che riconoscono la libera iniziativa economica, purché questa rispetti la dignità umana e, nello specifico, si può rinviare all'esaminato articolo 41 della Carta costituzionale italiana¹⁰⁰⁹.

Il fatto che l'individuo, per ritenersi appagato, possa ambire a soddisfare contemporaneamente interessi legati ai consumi ed altri connessi alla propria dignità, rappresenta il motivo per cui gli interessi poc' anzi accennati non per forza confliggono.

Emerge dunque il quarto, e forse più rilevante, collegamento dei temi affrontati: l'individuo, portatore di interessi, di cui si è fatto cenno all'inizio di questo elaborato¹⁰¹⁰. Che egli assuma le vesti di mero utente del *web* o di consumatore (online o offline), la sua identità non cambia poiché resta comunque un individuo che, in quanto tale, gode di diritti fondamentali. Tale soggetto, detentore di diritti inderogabili, funge da collante tra la dignità umana e la tutela dei dati personali, nonché con il diritto antitrust, poiché quest'ultimo, come visto, mira principalmente alla tutela del consumatore¹⁰¹¹. L'individuo è altresì l'utente, persona fisica, che maggiormente può essere pregiudicato nelle azioni online, anche di natura non strettamente commerciale, laddove vengano violate le proprie informazioni personali.

Ai nostri giorni, l'individuo è tutelato nella propria dignità grazie alle Carte internazionali di tutela dei diritti umani e, nella maggior parte degli Stati, attraverso la previsione della dignità in atti normativi o mediante l'interpretazione giurisprudenziale. Orbene, sarebbe presuntuoso pensare di avere esaurito l'esame della dignità con quanto illustrato nel primo capitolo. Invero, tale argomento, di per

¹⁰⁰⁸ V. cap. I.VIII. *supra*.

¹⁰⁰⁹ V. cap. I.XI *supra*..

¹⁰¹⁰ V. cap. I.I. *supra*.

¹⁰¹¹ Oltre a quello del corretto funzionamento del mercato. Il consumatore, invero, è rappresentato dalla «*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». Tale definizione richiama quella prevista dall'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 2013, L 95, pagg. 29-34). Per approfondimenti, v. A. Barengi, *Diritto dei consumatori*, Wolters Kluwer, 2017, pagg. 3 segg. L'autore specifica peraltro la categoria dei consumatori, dettagliandola in base ai contesti contrattuali. Si v. cap. IV.II. *supra*.

sé solo, avrebbe meritato una ricerca molto più approfondita. Tuttavia, l'obiettivo del suo studio doveva limitarsi, in questa sede, a fornire gli strumenti basilari ed utili a comprendere come essa sia strettamente collegata alla protezione della vita privata dell'individuo, in particolare, nella declinazione che quest'ultima assume nell'ambito delle informazioni personali e della facoltà di autodeterminazione che su queste ultime è esercitabile¹⁰¹². A tal proposito si è rilevato che, nonostante si tratti di una nozione vaga e difficilmente definibile in termini condivisi¹⁰¹³, la dignità ha comunque una portata che tende con più facilità a definirsi in termini negativi¹⁰¹⁴, ossia quando essa venga limitata dall'esercizio di libertà altrui¹⁰¹⁵ o quando venga violata.

Eppure, forse proprio la natura indefinita del concetto di dignità rappresenta un suo punto di forza. Invero, la nozione di dignità non può essere condivisa da ciascun individuo allo stesso modo, perché il livello di percezione che la propria dignità possa essere stata violata è soggettivo e difficilmente identificabile con un parametro oggettivo. Rimane però certo che essa non possa considerarsi un vincolo per l'essere umano, bensì – come sostenuto da Resta – un elemento di «*empowerment*». Così, la dignità sarebbe un requisito che conferisce poteri e facoltà, nonché diritti di cui poter pretendere tutela¹⁰¹⁶. Malgrado per lo stesso Resta una definizione siffatta di dignità risulti oltremodo semplicistica, si ritiene utile adottarla come punto di partenza dell'analisi, in quanto – in poche parole – rende bene l'idea della sua accezione positiva. Nel quadro di siffatta positività, una volta che l'espressione ne ha assunto rilevanza giuridica, la dignità è stata variamente

¹⁰¹² V. cap. II.II. *supra*.

¹⁰¹³ V. cap. I.X. *supra*.

¹⁰¹⁴ M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, cit., pag. 24; cap. I.VII. *supra*.

¹⁰¹⁵ A tal proposito, può essere utile richiamare l'esaminata teoria del triangolo costituzionale, formato dalla dignità, dalla libertà e dall'eguaglianza, dove ciascuno di questi valori viene definito e limitato in base alla definizione degli altri e, generalmente, all'opportunità politica di ciascun ordinamento giuridico che preferisce l'uno o l'altro. S. Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, 59.

¹⁰¹⁶ G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, pag. 11.

classificata dapprima come valore¹⁰¹⁷ – relativo, ma anche assoluto¹⁰¹⁸ – poi è giunta ad ottenere espressamente la qualifica di diritto fondamentale da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁰¹⁹. Grazie a tale ultima innovazione, nell'ordinamento dell'Unione europea e di ciascuno dei suoi Stati membri, può ora essere fatto valere direttamente il diritto alla dignità, come “fondamento degli altri diritti fondamentali”. Ciò significherebbe che una lesione di un qualsiasi diritto fondamentale comporterebbe altresì una lesione della dignità dell'individuo, così conferendogli la legittima pretesa di essere tutelato, anche in sede giurisdizionale, per fare in modo che il giudice si attenga all'applicazione corretta della normativa interpretata e ripristini (o reintegri), nei limiti del possibile, la dignità dell'individuo stesso¹⁰²⁰.

Come altresì confermato dal Garante europeo per la protezione dei dati, una delle declinazioni del diritto alla dignità, come si è analizzato, è rappresentata dalla tutela della riservatezza e, in un'accezione ancor più precisa, della tutela dei dati personali¹⁰²¹. Pertanto, laddove i dati personali fossero raccolti, elaborati ed utilizzati ad insaputa dell'interessato (il titolare dei dati) o a sua sola apparente conoscenza, ne deriverebbe una contestuale lesione della dignità. Invero, la violazione dei dati personali implicherebbe una lesione di una parte della personalità dell'individuo che si troverebbe defraudato o pregiudicato rispetto ad un bene che gli è proprio, tanto quanto lo è un organo del corpo¹⁰²². In questo senso, verrebbe meno la sua integrità personale e, di conseguenza, la sua dignità.

¹⁰¹⁷ V. cap. I.III. *supra*. In particolare, si rinvia alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'idea di dignità sottesa alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, alle diverse esperienze nazionali nell'ambito delle quali la dignità è stata esplicitata dalla costituzione o dalla giurisprudenza, pur essendo trattata come “mero” valore fondante, che poteva dunque essere protetto attraverso un'analisi che avrebbe dovuto dettagliarne nello specifico il contenuto in sede giurisdizionale. V., altresì, cap. I.VII. *supra*.

¹⁰¹⁸ D. Shulztiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, *cit.*, pag. 470. Si v., in particolare la Costituzione tedesca che la riconosce come un valore assoluto, cap. I.VII. *supra*.

¹⁰¹⁹ Articolo 1, Carta dei diritti fondamentali. V. cap. I.VIII. *supra*.

¹⁰²⁰ In tal senso, si v. J. Weinrib, *Human Dignity and Public Law*, Cambridge University Press, 2015, cap. I.

¹⁰²¹ «*Privacy is an integral part of human dignity, and the right to data protection was originally conceived in the 1970s and 80s as a way of compensating the potential for the erosion of privacy and dignity through large scale personal data processing*», EDPS, Opinion n. 4/2015, *Towards a new digital ethics, Data, dignity and technology*, disponibile al sito https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf, pag. 12.

¹⁰²² A tal proposito, si richiamano vari approfondimenti sull'analogia tra il corpo fisico della persona ed il “corpo elettronico”, vale a dire i dati di natura personale che, in ambiente digitale, caratterizzano un individuo. In tal senso, si v. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Laterza, 2015, pagg. 32 segg.

I passaggi del ragionamento che portano a ricondurre il diritto alla tutela dei dati personali alla dignità, possono essere tutti ricompresi nel concetto di essenziale importanza, coniato dalla Corte costituzionale tedesca nel 1983, di autodeterminazione informativa¹⁰²³, cui la dottrina riconosce un particolare successo¹⁰²⁴. La definizione di quest'ultima è basata sulla dignità e sul diritto al libero sviluppo della personalità¹⁰²⁵, perché inquadrabile nel più ampio diritto all'autonomia. Tale diritto è stato più recentemente previsto dalla Dichiarazione (italiana) dei diritti di internet come segue «*[o]gni persona ha diritto di accedere ai propri dati, quale che sia il soggetto che li detiene e il luogo dove sono conservati, per chiederne l'integrazione, la rettifica, la cancellazione secondo le modalità previste dalla legge. Ogni persona ha diritto di conoscere le modalità tecniche di trattamento dei dati che la riguardano. La raccolta e la conservazione dei dati devono essere limitate al tempo necessario, rispettando in ogni caso i principi di finalità e di proporzionalità e il diritto all'autodeterminazione della persona interessata*». Orbene, malgrado la suddetta Dichiarazione non sia vincolante e la dottrina discuta sul suo effettivo valore applicativo, certamente la definizione che essa fornisce dell'autodeterminazione informativa è un utile strumento di comprensione del diritto che sottende¹⁰²⁶.

Evidentemente, nell'ordinamento dell'Unione europea, tale diritto può risultare innanzitutto dalla combinazione interpretativa degli articoli 1 e 8 della Carta dei diritti fondamentali. Oramai, le sempre più perfezionate garanzie offerte dal nuovo Regolamento sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche, pur non prevedendo espressamente un siffatto diritto, lo garantiscono implicitamente, offrendo gli strumenti di tutela grazie ai quali può essere esercitato¹⁰²⁷.

¹⁰²³ O *informationelle Selbstbestimmung* enucleata dal Bundesverfassungsgericht, con la sentenza del 15 dicembre 1983, *1 BvR 209/83 and others - Census*, BVerfG 65, 1, punto 43. Si v. cap. II.II. *supra*. Per approfondimenti si v. G. Sartor, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati"*, in *Informatica e diritto*, XII, 1986, 3; V. Zeno Zencovich, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*, in *Il Corriere giuridico*, 1997.

¹⁰²⁴ *Inter alia*, si v. commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, pag. 136.

¹⁰²⁵ EDPS, Opinion n. 4/2015, *cit.*, pag. 12.

¹⁰²⁶ Per approfondimenti in materia si v. M. Bassini, O. Pollicino (cur.), *Verso un Internet Bill of Rights*, Aracne Ed., 2015.

¹⁰²⁷ In primo luogo, si pensi al noto "diritto all'oblio", previsto all'articolo 17 sotto alla rubrica «*diritto alla cancellazione*» ed inizialmente riconosciuto dalla sentenza *Google Spain* (sentenza della Corte di giustizia, del 13 maggio 2014, *Google Spain*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317). A questo si aggiungono il diritto alla rettifica (articolo 16), alla limitazione del trattamento (articolo 18), alla portabilità dei dati (articolo 20), il principio del consenso (articolo 7) e del trattamento

La riforma UE sulla protezione delle informazioni personali ha giocato un ruolo chiave nel riconoscimento formale di una situazione, prima non adeguatamente disciplinata, rappresentata dal trattamento di dati personali in ambiente digitale. Nonostante la direttiva 95/46 predisponesse già alcune garanzie a favore dell'interessato, ben presto queste non risultarono più idonee a stare al passo della raccolta e dell'elaborazione di informazioni effettuate grazie a tecnologie sempre più innovative.

Il GDPR ha quindi fornito un assetto normativo più consono ad essere applicato a tecnologie ancora poco conosciute (o persino sconosciute), ma di certa evoluzione negli anni a venire¹⁰²⁸. Si pensi al solo *Internet of Things* che, in breve tempo, si evolverà sino a rendere digitalizzata la gran parte delle attività quotidiane come, molto banalmente, la redazione della lista della spesa grazie al supporto del frigorifero che segnala i cibi mancanti o quelli in scadenza, o il dosaggio del detersivo nella lavatrice che, in base al peso del bucato inserito e alla tipologia, indicherà quale e quanto detersivo inserire o, ancora, alla sveglia che suona prima se si registrino condizioni di maggior traffico stradale¹⁰²⁹. È evidente che la comodità apportata da fenomeni come l'Internet delle Cose, presenti comunque significativi rischi, *inter alia* e soprattutto, per l'individuo. In effetti, la raccolta di dati effettuata da un oggetto appartenente all'individuo può già essere massiva di per sé, ma se viene aggiunta a quella di altre decine di oggetti, la quantità di dati raccolti diviene quasi incommensurabile e la loro combinazione attraverso rapidi automatismi crea notevoli occasioni di profilazione, con il potenziale di ledere l'autodeterminazione dell'individuo.

Orbene, come esaminato nel terzo capitolo, tale raccolta si riconosce nel fenomeno dei *Big Data* che destano preoccupazione nel momento in cui si accumulano singoli

lecito (articoli 5 e 6). Per approfondimenti, v. S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, 2016. Per approfondimenti

¹⁰²⁸ Si pensi allo sviluppo dell'*Internet delle cose*. Con tale espressione si intende l'impiego della tecnologia Internet per oggetti o luoghi, dotati di dispositivi radar o di particolari sensori affinché possano trasmettere dati relativi all'oggetto sul quale sono apposti, senza l'apporto umano. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015, pag. 26; J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, 20th ITS Biennial conference, Rio de Janeiro, Brasile, 2014: *The Net and the Internet – Emerging Markets and Policies*, pag. 2. Lo scopo principale di tale settore ambisce a stabilire un dialogo tra gli stessi oggetti, senza l'intervento dell'uomo, al fine di semplificare quelle attività che, altrimenti, l'uomo compirebbe manualmente, per renderle più rapide, efficienti e funzionali. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2016, pag. 8.

¹⁰²⁹ V. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi, cit.*, pag. 26.

dati che, una volta combinati, vanno a comporre ulteriori informazioni derivate, da cui si riescono a dedurre informazioni supplementari, per la cui raccolta ed elaborazione l'interessato non ha espresso alcun consenso¹⁰³⁰. Sotto questo aspetto, si tornerebbe al concetto testé citato della sorveglianza dell'individuo da parte di un terzo che ha la disponibilità dei suoi dati. Sebbene l'opinione pubblica percepisca generalmente che la sorveglianza sulle abitudini di ciascun individuo non sia una pratica con effetti prevalentemente positivi, essa non comprende però il motivo della criticità di detta sorveglianza¹⁰³¹. Dunque, ai sensi di quanto sostenuto altresì da Richards, gli individui sanno di essere sorvegliati sotto il profilo delle proprie abitudini, comprendono che non sia per loro proficuo, ma non capiscono la ragione per cui tale supervisione sia inopportuna, perciò non reagiscono e si rassegnano ad essere fonte inesauribile di informazioni¹⁰³². In verità, ad avviso di Richards, la sorveglianza in merito ai comportamenti individuali non giova agli utenti perché, di fatto, riduce il potere commerciale dei medesimi, identificando i loro momenti di “debolezza” commerciale ed orientandoli, attraverso il *behavioural targeted advertising*, a determinati consumi, piuttosto che ad altri¹⁰³³.

Pertanto, se come accennato, l'invasione della riservatezza si determina quando vengano realizzate raccolte di dati senza il – reale – consenso dell'interessato, bisognerebbe essere in grado di costruire strutture di mercato in cui siffatto consenso venga richiesto per qualsiasi informazione. A tale riguardo, Laudon ritiene tuttavia che al momento il mercato interessato dai traffici di dati personali non sia ancora pronto per essere organizzato per garantire costantemente la trasparenza informativa ed il conseguente assenso della persona in questione¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ V., in particolare, cap. III.III. *supra*.

¹⁰³¹ Come sostenuto nel primo capitolo, si osserva che a causa della raccolta di dati personali a legittimi fini di pubblica sicurezza, gli individui siano da anni quasi assuefatti ad una raccolta di dati riguardanti le proprie abitudini e, in un certo senso, percepiscano l'inevitabilità di tale raccolta, anche a fini diversi da quelli pubblici.

¹⁰³² V., in tal senso, N.M. Richards, *The dangers of surveillance*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, pag. 1945.

¹⁰³³ *Ibidem*, pag. 1940.

¹⁰³⁴ K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, in *Communications of the ACM*, September 1996, 39, 9, pag. 99.

Ad ogni modo, non perciò si potrebbe sostenere che la riservatezza dei dati non esista più, come affermano molti¹⁰³⁵. Certamente, la sua tutela presenta qualche criticità, ma non si tratta di ostacoli insormontabili. Peraltro, Focarelli ritiene che la tutela dei dati personali sia, essa stessa, una questione prevalentemente economica, connessa alle esigenze dello sviluppo delle tecnologie e della sicurezza delle informazioni, che non può essere completamente trascurata¹⁰³⁶. Invero, sarebbe necessario per tale autore individuare il compromesso di volta in volta più adeguato tra le esigenze di tutela personale e quelle di stampo economico¹⁰³⁷. In tal senso, si ritiene che il diritto possa fungere da strumento idoneo a governare i rapporti dei tre settori oggetto di esame di tale ricerca¹⁰³⁸, individuando nel consenso quel fattore che consente il raggiungimento del compromesso, base di partenza per continuare a salvaguardare l'individuo congiuntamente alle esigenze del mercato e della tecnologia¹⁰³⁹.

Difatti, tra gli eminenti studiosi in tema di privacy, Rodotà ha affermato che essa non rappresenta un ostacolo, ma è in realtà lo strumento attraverso il quale le innovazioni scientifiche e tecnologie possono divenire parte della società senza sollevare questioni di presunta illegittimità¹⁰⁴⁰. Secondo questa tesi, la regolarità dello sviluppo tecnologico si baserebbe sulla possibilità per gli individui di sviluppare la propria identità personale attraverso l'esercizio della loro autonomia nell'utilizzo delle tecnologie per partecipare alla vita sociale, politica ed economica, senza essere necessariamente condizionati nelle proprie scelte, e rimanendo dunque liberi di agire e di gestire i propri comportamenti¹⁰⁴¹. A tale riguardo, alcuni studi hanno rilevato come la suddetta sorveglianza – se compiuta in modo illegittimo – dei comportamenti degli individui non sia in grado di influenzare solo le scelte degli

¹⁰³⁵ D. Solove, *The Digital Person and the Future of Privacy*, in M.V. Pérez Asinari, P. Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant 2008, pag. 364.

¹⁰³⁶ Si v. i riferimenti all'economia della privacy, cap. III.IV. *supra*.

¹⁰³⁷ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 179.

¹⁰³⁸ D. Solove, *The Digital Person and the Future of Privacy*, in M.V. Pérez Asinari, P. Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant 2008, pag. 364.

¹⁰³⁹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 179.

¹⁰⁴⁰ Intervento di S. Rodotà in occasione de 26° *International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity*, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*.

stessi¹⁰⁴², bensì anche i loro pensieri¹⁰⁴³. Di conseguenza, sempre in modo illegittimo, la profilazione cambierebbe gli equilibri di potere tra i consumatori e le imprese¹⁰⁴⁴, ma ciò non accadrebbe ove il trattamento legittimo delle loro informazioni avvenisse in modo lecito, trasparente, informato e, infine, acconsentito.

Per un esempio di un siffatto squilibrio di potere, basti pensare che, già dal 2009, Google (e successivamente altri motori di ricerca) ha iniziato a filtrare i risultati delle ricerche degli utenti, indicizzando ai primi posti i risultati più in sintonia con il profilo dell'utente considerato¹⁰⁴⁵. Secondo Pariser, i risultati al vertice (che sono quelli visualizzati per primi e, spesso, maggiormente cliccati per comodità e velocità) non sarebbero i risultati effettivi, bensì il prodotto di un'operazione algoritmica che combina i termini di ricerca insieme alle informazioni disponibili del ricercatore facendogli credere che sono quelli "più facilmente accessibili" per una serie indeterminata di motivi¹⁰⁴⁶. Questa è la ragione per cui, ad esempio, immettendo il termine "ristorante" nella barra di ricerca, il motore di ricerca tenderà ad inserire innanzitutto quelli geograficamente più vicini all'utente e, se precedentemente si erano potuti carpire certi dettagli comportamentali, saranno presenti, ad esempio, anche i ristoranti etnici o vegetariani. Tale fenomeno è stato altresì denominato «*bubble filter*», probabilmente alla luce dell'effetto equivocante che esso crea, facendo credere all'utente che i risultati ottenuti ai primi posti siano i più idonei a soddisfarne le esigenze¹⁰⁴⁷. È evidente che un siffatto processo è in grado di influenzare le scelte comportamentali dell'utente.

Dunque, il fine per cui vengono raccolti ed elaborati dati personali e, in seguito, vengono offerti con priorità determinati risultati di ricerca piuttosto che altri (come nell'esempio citato), o vengono inviati materiali pubblicitari mirati nella casella di posta di un utente o, ancora, per uno stesso prodotto a certi utenti vengono offerti prezzi diversi che ad altri utenti, è essenzialmente di natura economica. Nello specifico, è un fine legato al profitto di quelle imprese che, attraverso la previa

¹⁰⁴² M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del web. Casi e materiali*, Cedam, 2015, pag. 35.

¹⁰⁴³ F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer, 2014, pag. 111.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*, pag. 122.

¹⁰⁴⁵ F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer, 2014, pag. 77.

¹⁰⁴⁶ E. Pariser, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, Il Saggiatore, 2014.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*.

“identificazione” digitale di un utente, sono in grado di calibrare le offerte sulle esigenze di quest’ultimo¹⁰⁴⁸, ma talvolta anche sulla sua disponibilità a spendere più denaro per un determinato prodotto rispetto ad un altro utente¹⁰⁴⁹.

È naturale che a questo punto della ricerca sia stato necessario introdurre alcune considerazioni in materia di diritto della concorrenza per due ordini di motivi. In primo luogo, come anticipato sopra, perché l’obiettivo principale di quest’ultima branca del diritto resta la tutela del consumatore, il quale in Internet assume altresì le vesti di “utente”. In secondo luogo – come corollario del primo motivo – perché, in linea generale, in una situazione di mercato in perfetta concorrenza non si dovrebbero verificare situazioni discriminatorie quanto ai prezzi, a tutela del medesimo consumatore¹⁰⁵⁰.

I dati personali e le regole della concorrenza sono strettamente collegati nell’ambiente del mercato digitale, dal momento che le informazioni costituiscono ormai la chiave ed il presupposto dell’economia, facendo sì che le grandi imprese che operano nel (o grazie al) settore digitale, effettuando raccolte di massa di dati personali e, a propria volta, elaborandoli, acquisiscono posizioni di potere, le quali sono certamente sproporzionate nei confronti degli utenti e lo sono, potenzialmente, nei confronti delle imprese concorrenti¹⁰⁵¹.

Da una parte, infatti, lo squilibrio informativo esistente tra le imprese che raccolgono ed elaborano dati ed i consumatori, è tale da implicare conseguenze svantaggiose per questi ultimi che, nell’ignoranza di molti dettagli, contrattano a condizioni più sfavorevoli di quelle che avrebbero potuto altrimenti pretendere o

¹⁰⁴⁸ A. Acquisti, *The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy, Draft Paper*, 2010, disponibile al sito <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti-privacy-OECD-22-11-10.pdf>, pag. 7.

¹⁰⁴⁹ In passato si è riscontrato, ad esempio, che gli utenti di dispositivi Apple, in particolare, di Mac, venivano discriminati rispetto agli utenti che utilizzavano Windows, con riguardo ai prezzi delle camere di hotel prenotate su specifici motori di ricerca. Ciò è accaduto poiché, attraverso la raccolta dei dati personali degli utenti Mac, nonché mediante studi statistici e psicologici, si era compreso che gli utenti che utilizzavano dispositivi Apple, in media, erano disposti a pagare di più per uno stesso prodotto. Si v., in tal senso, D. Mattioli, *On Orbitz, Mac Users Steered to Pricier Hotels*, in *Wall Street Journal*, 23 agosto 2012. Sul tema, si v. F.J. Zuiderveen Borgegius, J. Poort, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, disponibile al sito <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-017-9354-z>.

¹⁰⁵⁰ L.J. Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 7, pag. 2027.

¹⁰⁵¹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, cit., pag. 69.

proporre¹⁰⁵². Questa problematica riguarda, innanzitutto, la branca del diritto che si occupa di proteggere i consumatori.

D'altra parte, invece, interviene il diritto della concorrenza che mira a regolamentare il comportamento delle imprese, al fine di evitare che alcune poche società condizionino il corretto funzionamento del mercato, implicando dunque condizioni sfavorevoli per il consumatore finale.

A tal proposito, si è potuto osservare nel terzo capitolo che, effettivamente, i dati personali rappresentano il motore dell'economia digitale e, nel quarto, come le imprese che offrono servizi in forma digitale possano realmente assumere posizioni sul mercato discutibili nel contesto del diritto della concorrenza.

Segnatamente, si è riscontrato che, finora, le fattispecie più critiche in questo settore sono rappresentate dalle posizioni dominanti, rispetto alle quali determinate imprese possono porsi in una situazione di abuso¹⁰⁵³, e dalle concentrazioni di imprese diverse che fondendosi sommano i rispettivi potenziali di mercato¹⁰⁵⁴. In siffatte circostanze, già sono intervenute indagini e decisioni delle autorità garanti per la concorrenza e per il mercato, le quali stanno a dimostrare che, in effetti, la disponibilità di dati personali da parte delle imprese rappresenta un parametro concorrenziale ineludibile nel settore del mercato digitale¹⁰⁵⁵, proprio perché materializza un vantaggio concorrenziale¹⁰⁵⁶.

Nonostante l'Unione europea non abbia approntato normative che prevedono espressamente la possibilità di utilizzare i dati personali come parametro nell'analisi di una situazione concorrenziale di un'impresa per stabilire se la stessa violi o meno il diritto antitrust, e nonostante i giudici di Lussemburgo abbiano indirettamente escluso tale possibilità indicando che le questioni attinenti alla riservatezza dei dati non rientrino nel diritto della concorrenza¹⁰⁵⁷, il più recente

¹⁰⁵² K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, cit., pag. 98; F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pag. 188; P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2000, 17, 2, pag. 162; v. altresì cap. III.III., cap. III.IV., cap. III.IX. *supra*.

¹⁰⁵³ V. cap. IV.II. e cap. IV.V. *supra*.

¹⁰⁵⁴ V. cap. IV.II. e cap. IV.VI. *supra*.

¹⁰⁵⁵ F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, cit., pagg. 31 segg., P.R. Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, cit., pagg. 5-6.

¹⁰⁵⁶ P. Jones Harbour, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 226.

¹⁰⁵⁷ V. sentenza della Corte di giustizia, del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax SL contro Asociación de Usuarios de Servicios Bancario*, C-238/05 (ECLI:EU:C:2006:734), punto 63 e cap. IV.IV. *supra*.

orientamento dottrinale, tra i cui fautori si annoverano Costa-Cabral e Lynskey, tenta di sostenere che l'ostacolo in questione possa essere scavalcato attribuendo un più ampio margine di discrezionalità alle autorità garanti per la concorrenza, grazie ad un'interpretazione ragionata dell'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali. Così facendo, le istituzioni e gli Stati membri dell'Unione (nonché le rispettive autorità garanti) tenuti al rispetto e all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali (ciascuno secondo le rispettive competenze) dovranno poter tenere conto dell'articolo 8 della Carta – la tutela dei dati a carattere personale – anche nelle indagini amministrative svolte e nelle successive decisioni adottate nei confronti di imprese che detengano posizioni dubbie sul mercato in presunta violazione del diritto della concorrenza e per presunta raccolta ed elaborazione di dati personali, oltre i limiti consentiti dalla medesima Carta¹⁰⁵⁸.

Tale approccio sarebbe altresì stato confermato dalla più recente prassi amministrativa della Commissione europea nel caso della concentrazione *Facebook/WhatsApp*¹⁰⁵⁹. Tuttavia, nonostante qualche passo in tale direzione sia stato compiuto, molta strada pare ancora da percorrere.

Alla luce di quanto sopra e degli sviluppi della presente ricerca, una prima soluzione alla problematica attinente l'asimmetria informativa riguardante sia le imprese concorrenti, sia queste stesse imprese ed i consumatori, nell'ottica di fornire una maggiore tutela a questi ultimi, parrebbe derivare proprio dalla corretta applicazione del diritto antitrust¹⁰⁶⁰ nella repressione di condotte aziendali che producono vantaggi solo per le stesse aziende, senza però beneficiare i consumatori e, al contempo, mettono in difficoltà i concorrenti. Altrettanto utile nella fase precedente la vigilanza delle imprese in materia antitrust, sarebbe una maggiore concorrenza tra le stesse sul fronte delle tutele garantite circa la riservatezza dei dati dei consumatori¹⁰⁶¹. Così, alcune aziende già tentano di competere sulle condizioni di privacy offerte agli utenti. Ad esempio, qualche motore di ricerca ha provato a

¹⁰⁵⁸ V. cap. IV.IV. e cap. IV.VII. *supra*.

¹⁰⁵⁹ Per approfondimenti, si v. cap. IV.VI. *supra*.

¹⁰⁶⁰ L'EDPS nell'Opinion n. 4/2015 ha dichiarato che «*Competition and the possibility to change the service one is using is the single most effective power of a consumer to influence the market of services available to them*»; F. Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pagg. 30 segg.

¹⁰⁶¹ In tal senso, si v. . Costa Cabral, O. Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, *cit.*, pagg. 30 segg.

pubblicizzare le proprie favorevoli condizioni di trattamento dei dati¹⁰⁶², ma la diffusione di tali pratiche non ha riscontrato molto successo perché, di fatto, pare che gli utenti lamentino una mancanza di riservatezza, ma non siano disposti ad investire più energie del dovuto per abituarsi ad utilizzare strumenti differenti, così non agendo in modo razionale¹⁰⁶³. O, probabilmente, manca ancora una sufficiente educazione sulla tutela dei propri dati personali e sui diritti che ogni individuo può esercitare in proposito. Attraverso un'approfondita attività di informazione in tema di privacy, è possibile gli individui siano più consapevoli delle proprie azioni e, forse, siano anche più motivati a cercare servizi che offrano *privacy policies* più vantaggiose. In un certo senso, per effettuare una scelta consapevole circa la divulgazione dei propri dati, l'individuo deve essere cosciente, prima di tutto, di effettuare una scelta¹⁰⁶⁴. Non è scontato infatti che l'utente se ne renda conto, poiché contrariamente si è riscontrato come egli comprenderebbe piuttosto di essere vincolato ad acconsentire al trattamento dei propri dati a condizione di poter utilizzare un servizio¹⁰⁶⁵.

Nell'effettuare una scelta in merito alla diffusione di informazioni personali, l'individuo esercita la propria autonomia, che è riconducibile al più ampio diritto di dignità. Pertanto, l'educazione (nel senso di conoscenza) sulla facoltà di mantenere i dati riservati e la trasparenza a tale riguardo, da parte di chi li raccoglie, li elabora e li trasmette eventualmente a terzi, è fondamentale perché l'individuo si senta libero di effettuare una scelta con un certo livello di consapevolezza. Di tal sorta, gli si consentirebbe, se del caso, anche di scegliere di diffondere più dati perché, nell'ottica di un personale bilanciamento, tale opzione potrebbe convenirgli di più. In tal senso, Carolan e Spina hanno parlato di «*architettura della scelta*»¹⁰⁶⁶;

¹⁰⁶² Ci si riferisce a www.duckduckgo.com e www.startpage.com. Si v. F.J. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pag. 190.

¹⁰⁶³ A. Acquisti, *The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy, Draft Paper*, 2010, disponibile al sito <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti-privacy-OECD-22-11-10.pdf>, pag. 37.

¹⁰⁶⁴ F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, *cit.*, pag. 189.

¹⁰⁶⁵ In tal senso, v. i sistemi di *opt-out* descritti *supra* al cap. III.VII.

¹⁰⁶⁶ E. Carolan, A. Spina, *Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities*, in A. Alemanno, A. Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015, pagg. 162 segg.

scelta, questa, che non deve essere scevra da qualsiasi influenza esterna, ma che deve semplicemente essere il più cosciente possibile¹⁰⁶⁷.

Se a questi fini l'assetto normativo precedente l'entrata in vigore del GDPR sulla privacy risultava piuttosto carente (a causa del fatto che ometteva di creare le condizioni per l'esercizio dell'autonomia del soggetto¹⁰⁶⁸), la riforma in materia del 2016 sembra aver posto le basi per un più ampio margine di esercizio dei diritti dell'interessato ai fini della tutela dei propri dati personali.

Al momento non si può che trattare di una visione preliminare, poiché il GDPR non ha ancora trovato concreta attuazione e, in ogni caso, ci vorrà qualche tempo per valutare l'adeguatezza concreta delle sue disposizioni. Inoltre, si deve tenere presente che, a breve, una nuova riforma potrebbe intervenire a tutela delle comunicazioni e della vita elettronica del cittadino UE e che, in caso di adozione, essa dovrebbe integrare ed implementare quella del 2016¹⁰⁶⁹.

Ciò nondimeno, in ragione del fatto che i diritti e le libertà esistono nella misura in cui si disponga di rimedi efficaci per salvaguardarli laddove siano violati¹⁰⁷⁰, nel quadro dell'UE, la riforma del 2016 rappresenta il rimedio più praticabile poiché è maggiormente in grado di soddisfare le esigenze dei cittadini, tutela i loro diritti fondamentali ed al contempo rafforza le facoltà loro attribuite¹⁰⁷¹, imponendo obblighi più mirati ai soggetti coinvolti nel trattamento dei dati¹⁰⁷². Tutto ciò, pone altresì le basi per la promozione della concorrenza delle imprese circa le rispettive *privacy policies*, conferendo dunque all'individuo, qui anche consumatore, la facoltà aggiuntiva di scegliere l'impresa cui rivolgersi. Di tal che verrebbe maggiormente salvaguardata la sua dignità, giacché vengono tutelate la sua autonomia¹⁰⁷³ e parallelamente l'autodeterminazione informativa (che dell'autonomia è un'accezione). Oltre a ciò, le imprese potrebbero o dovrebbero ugualmente concedere la possibilità all'utente di determinare le finalità di trattamento dei propri dati, attraverso sistemi di *opt-in*¹⁰⁷⁴, o, in alternativa,

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, pagg. 170 segg.

¹⁰⁶⁹ V. cap. II.VII. *supra*.

¹⁰⁷⁰ A. Tsoutsanis, *Privacy and piracy in cyberspace: justice for all*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, vol. 8, n. 12, pag. 952.

¹⁰⁷¹ F. Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, pagg. 149 segg.

¹⁰⁷² A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2015, 1, pag. 226.

¹⁰⁷³ *Ibidem*, pag. 228.

¹⁰⁷⁴ V. cap. III.VII. *supra*.

attraverso sistemi di *opt-out*¹⁰⁷⁵ che abbiano già preimpostato le opzioni che un utente ben informato avrebbe opzionato (il cosiddetto “*would have wanted standard*”)¹⁰⁷⁶. Orbene, poiché tale ultima ipotesi rappresenta comunque una soluzione piuttosto complessa da attuare, per ovvie ragioni, il sistema migliore resta al momento la formulazione di *privacy policies* comprensibili ed intelligibili, dunque in linea con la normativa a tutela del consumatore, mediante la richiesta di un consenso – secondo alcuni, realmente – informato, al trattamento dei dati personali per i fini e con le modalità espressamente e distintamente individuabili¹⁰⁷⁷.

Il problema del bilanciamento tra la condivisione e la riservatezza delle informazioni personali su Internet non è legato al singolo interessato, bensì coinvolge la società intera¹⁰⁷⁸ e non è risolvibile attraverso le leggi che governano Internet, prima di tutto perché Internet è uno spazio indefinito ed indefinibile che non può, al momento, godere di un ordinamento giuridico di riferimento, né tantomeno dell'applicabilità di una normativa dedicata. In tal senso, tra gli altri, Frosini ha sostenuto che si tratterebbe di un ambiente in cui tendono a svilupparsi meccanismi di autoregolamentazione che si creano spontaneamente, paragonabili alla *lex mercatoria* medievale e pertanto identificabili, a suo dire, in una sorta di «*lex informatica*»¹⁰⁷⁹.

Per l'effetto, in mancanza di un vero e proprio assetto normativo informatico, saranno le norme del mondo reale a doversi applicare in fattispecie il cui emergere è consentito grazie a, o a causa di, mezzi digitali¹⁰⁸⁰, anche per far fronte a emergenze giuridiche derivanti dallo sviluppo di sempre nuovi strumenti tecnologici. A supporto di quest'ultima affermazione, va aggiunta la convinzione

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁶ A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2015, 1, pag. 202.

¹⁰⁷⁷ F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, *cit.*, pag. 412.

¹⁰⁷⁸ A. Acquisti, *The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy, Draft Paper*, 2010, disponibile al sito <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti-privacy-OECD-22-11-10.pdf>, pag. 42.

¹⁰⁷⁹ T.E. Frosini, *Costituzionalismo 2.0*, *cit.*, pag. 691.

¹⁰⁸⁰ Come affermato dal Consiglio per i diritti umani in una Risoluzione del 2012, ed altresì ripreso da altre organizzazioni internazionali, i diritti degli individui nell'ambiente offline, devono essere protetti allo stesso modo nell'ambiente online. V. Risoluzione del 29 giugno 2012 su *promozione, protezione e godimenti dei diritti umani su internet*, disponibile al sito http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=20280 e C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, pag. 151.

dell'attività giurisdizionale dell'UE, per cui le categorie giuridiche esistenti richiedono un adattamento affinché se ne ridefiniscano i limiti del concetto e, dunque, l'applicabilità a fenomeni prima sconosciuti al diritto¹⁰⁸¹.

Nell'ordinamento dell'Unione europea (principale oggetto di esame nella presente ricerca), si dovranno dunque applicare le norme analizzate in materia di diritti fondamentali, di tutela dei consumatori e di antitrust.

Ora, nonostante il *web* non sia uno spazio facilmente confinabile e riconducibile ad uno Stato piuttosto che ad un altro, attraverso il sistema dei nomi a dominio e di chi li registra è possibile risalire a chi gestisce un sito *web* e, dunque, sarà responsabile del trattamento dei dati raccolti tramite esso. Dunque, è ben possibile che una società americana (ad esempio, Facebook) registri un nome a dominio europeo (ad esempio, www.facebook.it – che comunque rimanderà al nome a dominio facebook.com) e che molti degli utenti di tale sito siano cittadini UE. Così com'è possibile il contrario.

Orbene, il presente studio ha tentato di adottare un approccio comparato proprio tra i sistemi dell'Unione europea e degli Stati Uniti, poiché la loro economia si sviluppa anche attraverso reciproci scambi commerciali. Tale approccio di confronto si giustificerebbe anche in ragione del fatto che sussiste un legame di ordine genetico tra Internet e l'ordinamento statunitense¹⁰⁸². Inoltre, nel corso dell'analisi si è potuto brevemente osservare come gli Stati Uniti riconoscano e tutelino la dignità¹⁰⁸³, prevedano garanzie a favore della riservatezza dei cittadini¹⁰⁸⁴ e tutelino il mercato attraverso l'applicazione della normativa antitrust, e si è generalmente notato che, almeno nel settore della privacy, l'ordinamento statunitense tende a prendere espressamente in considerazione i soli cittadini americani¹⁰⁸⁵. Diversamente accade nell'Unione europea, dove le garanzie previste in materia di diritti fondamentali sono offerte a tutti gli esseri umani in quanto tali, a prescindere

¹⁰⁸¹ V. Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 29 marzo 2010, *eDate Advertising GmbH v. X e Martinez c. MGN Limited*, cause riunite C-509/09 e C-161/10, ECLI:EU:C:2011:192, paragrafo 31. Sul tema dell'applicabilità di norme giuridiche esistenti ai nuovi contesti tecnologici e sull'applicabilità di norme extragiuridiche al contesto informatico, si v., altresì, F. Fontanelli, *The Court of Justice of the European Union and the illusion of balancing in internet-related disputes*, in O. Pollicino, G. Romeo (cur.), *The Internet and Constitutional Law*, Routledge, 2016, pagg. 93-94.

¹⁰⁸² U. Pagallo, M. Durante, *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, cit., pag. 51.

¹⁰⁸³ Cap. I.II. e cap. I.XI. *supra*.

¹⁰⁸⁴ Da cap. II.XI. a cap. II.XII. *supra*.

¹⁰⁸⁵ M. Milanovic, *Human rights treaties and foreign surveillance: Privacy in the digital Age*, cit., pag. 89. V. cap. II.XI *supra*.

dalla loro cittadinanza, e così anche i diritti previsti dal GDPR¹⁰⁸⁶, con una sorta di efficacia extraterritoriale delle proprie prescrizioni.

Negli innumerevoli traffici commerciali digitali che quotidianamente si realizzano mediante Internet, i dati personali sono raccolti in quantità smisurate. Tuttavia, non tutti vengono sottoposti al medesimo regime (e livello¹⁰⁸⁷) di garanzia. Invero, secondo molti autori, il sistema UE e quello USA non sarebbero allineati, poiché quello americano tenderebbe a far prevalere la protezione del consumatore, essendo dunque di stampo piuttosto contrattualistico ed orientato a fini economici¹⁰⁸⁸, mentre quello europeo ha preferito adottare un approccio maggiormente personalista, dando priorità alle esigenze dell'individuo.

Orbene, si rammenta che la migliore delle soluzioni in grado di ovviare alla problematica della tutela dei dati personali su Internet (e, in generale, nei rapporti interstatali) a livello globale, sarebbe l'adozione di un trattato internazionale sulla raccolta, il trattamento ed il trasferimento di informazioni personali¹⁰⁸⁹. Tuttavia, non essendo questo possibile (almeno nel breve periodo) sarebbe opportuno che vi fosse una concreta collaborazione, almeno, tra i due ordinamenti considerati, affinché l'ordinamento UE non resti irragionevolmente isolato dai traffici commerciali con gli Stati Uniti, a beneficio finale dei suoi stessi cittadini¹⁰⁹⁰. In tal senso, v'è da segnalare che, in effetti, essi hanno stipulato un accordo per il trattamento dei dati personali dei cittadini europei da parte degli Stati Uniti, che dovrebbe tutelare quantomeno le ipotesi di trasferimento di dati di cittadini UE

¹⁰⁸⁶ V. articolo 4, GDPR.

¹⁰⁸⁷ V. cap. II.IX. e cap. II.XI. *supra*. Si v. anche il commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, *cit.*, pag. 158.

¹⁰⁸⁸ *Inter alia*, si v. anche M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del web. Casi e materiali*, *cit.*, pag. 327.

¹⁰⁸⁹ A.E. Wade, *A New Age of Privacy Protection: a Proposal for an International Personal data Privacy Treaty*, in *The George Washington International Law Review*, 2010, 3, vol. 42, pag. 676. Cap. II.V. *supra*. Ed inoltre, in tal senso, la tutela giuridica della privacy dovrebbe essere basata su valori quanto più possibile universali, circoscrivendo perciò le limitazioni in base alla cittadinanza. C. Kuner, *Foreign Nationals and Data Protection Law: A Transatlantic Analysis*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 223.

¹⁰⁹⁰ Si v. commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *cit.*, pag. 158, in cui i due autori utilizzano la calzante metafora dei "ponti levatoi" che dovrebbero consentire al nucleo concettuale della privacy europea di raggiungere compromessi con e, per quanto possibile, di rimanere flessibile rispetto ai livelli di garanzia previsti al di là dell'Atlantico, affinché il mercato dell'UE non si privi (o non limiti) una parte importante dei propri scambi commerciali che, proprio sulla base dell'espansione proporzionale dei traffici di dati sono destinati ad aumentare. In tal senso, si v. altresì, D. Cole, F. Fabbrini, *Bridging the Transatlantic Divide? The United States, the European Union, and the Protection of Privacy Across Borders*, in *iCourts Working Paper Series*, 2015, n. 33, pag. 17.

verso il territorio americano¹⁰⁹¹. Tuttavia, detto accordo non prevede garanzie sufficienti a proteggere gli individui nella propria autodeterminazione informativa. Probabilmente, dunque, la soluzione più adeguata sarebbe quella già adottata dall'UE in merito al riconoscimento di un effetto extraterritoriale, sebbene parziale, della normativa sulla privacy UE.

Nonostante la direttiva 95/46 prevedesse, ma ancora non concretizzasse un simile effetto, in seguito alle sentenze della Corte di giustizia *Google Spain* e *Schrems*, il legislatore dell'Unione ha ritenuto opportuno offrire alcune precisazioni che, di fatto, assicurano un sostanziale effetto delle disposizioni del GDPR anche oltre i suoi confini geografici, purché l'interessato cui i dati si riferiscono sia situato fisicamente o "virtualmente" nel territorio UE o, sebbene il trattamento sia effettuato al di fuori di esso, purché il titolare o il responsabile del trattamento sia situato nell'Unione¹⁰⁹². Si tratta dunque di un'efficacia extraterritoriale più consolidata rispetto a quella precedentemente prevista dalla suddetta direttiva¹⁰⁹³. Naturalmente, bisognerà attendere qualche anno per valutare se il GDPR sotto questo profilo sia uno strumento effettivamente idoneo a soddisfare le esigenze di tutela dei dati personali.

Come anticipato, nell'ambito del mercato digitale, un'altra soluzione potrebbe emergere dal diritto antitrust, che ben potrebbe supportare la tutela dell'autodeterminazione informativa dell'utente-consumatore. Infatti, da un lato, lo stesso promuoverebbe la competitività tra imprese in ordine alle rispettive *privacy policies* (garantendo dunque condizioni maggiormente a tutela dei consumatori, che avrebbero quindi più opzioni da poter scegliere), e, d'altro lato, tenderebbe a diminuire il potere di mercato in mano a poche grandi aziende, così diminuendo automaticamente i dati personali raccolti, elaborati, combinati e riutilizzati, talvolta, a svantaggio degli utenti.

¹⁰⁹¹ Si rinvia a quanto illustrato circa il *Privacy Shield*, cap. II.IX *supra*.

¹⁰⁹² C. Ogriseg, *Il Regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche*, in *Labour&Law Issues*, 2016, 2, 2, pag. 38. V., altresì, J.P. Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pagg. 122 segg.; C. Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2013, pagg. 129 segg.

¹⁰⁹³ Si v. commento all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali di M. Bassini e O. Pollicino, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit.*, pag. 159.

Peraltro, nell'ambito dell'UE, anche il diritto della concorrenza già spiega un'efficacia extraterritoriale poiché sanziona, se del caso, le imprese che operano nel mercato dell'Unione indipendentemente dallo Stato in cui sono costituite¹⁰⁹⁴. Tale effetto, abbinato al menzionato effetto di extraterritorialità della normativa privacy UE, determinerebbe una situazione di minore potenziale distorsione della concorrenza rispetto al passato. Invero, a tal riguardo si rammenta che in vigenza della direttiva 95/46 le imprese indirettamente avrebbero potuto scegliere di essere assoggettate alla legge di uno Stato con una normativa a loro più favorevole (si ricorda che nella stessa UE vigevano normative parzialmente diverse, poiché lo strumento utilizzato a livello sovranazionale era una direttiva, anziché un regolamento)¹⁰⁹⁵. Ora, tutto questo non sarebbe più possibile grazie all'adozione del regolamento GDPR.

Nell'UE, per la verità, oltre all'effetto di extraterritorialità, varie caratteristiche della disciplina sulla tutela dei dati personali sembrano essere state mutate dal diritto antitrust. Invero, il legislatore UE nella riforma del 2016, ha previsto un doppio binario di ipotesi sanzionatorie, così come avviene nel settore antitrust in cui, oltre alle sanzioni amministrative imposte dalle autorità garanti, gli individui o le imprese concorrenti lesi da un comportamento pregiudizievole di un'impresa che ha tenuto una condotta irregolare, possono adire l'autorità giurisdizionale competente al fine di ottenere il risarcimento del corrispondente danno¹⁰⁹⁶. Parallelamente, il GDPR consente sia il rimedio individuale del risarcimento del danno attraverso il sindacato giurisdizionale (articolo 82), sia il rimedio sanzionatorio amministrativo imposto dalle autorità amministrative competenti (vale a dire i garanti privacy a livello nazionale o centrale) che possono cumularsi con le prime (articoli 83 e 84).

Orbene, a livello transnazionale, considerando specificamente gli scambi commerciali con gli Stati Uniti, la caratteristica dell'extraterritorialità del diritto sulla privacy potrà sanzionarne le relative violazioni, indipendentemente dal fatto che i responsabili del trattamento siano situati al di fuori del territorio UE, così come dimostra il fatto che alcune società americane già sono state sanzionate per

¹⁰⁹⁴ Cap. IV. *supra*.

¹⁰⁹⁵ J.P. Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*, cit., pag. 121, cap. II.VI. *supra*.

¹⁰⁹⁶ Questo rimedio è stato reso possibile dalla direttiva 2014/104/UE menzionata al cap. IV.III. *supra*.

aver infranto il diritto della concorrenza e distorto il funzionamento del mercato nell'UE¹⁰⁹⁷.

Inoltre, al fine della salvaguardia dell'autodeterminazione informativa degli utenti (e, dunque, della loro dignità) sarebbe certamente utile un approccio comune o, almeno, collaborativo tra le autorità garanti dei due ordinamenti.

Un siffatto approccio difficilmente potrebbe diventare realtà sotto il profilo specifico della privacy, poiché gli Stati Uniti non sono dotati di un'autorità garante specificamente competente in materia¹⁰⁹⁸. D'altra parte, per il diritto della concorrenza, un simile metodo collaborativo ben si potrebbe materializzare per due ragioni. In primo luogo, l'Unione e gli Stati Uniti beneficiano dell'attività di sorveglianza, rispettivamente, della Commissione europea e della *Federal Trade Commission*. Peraltro, mentre nell'Unione vi sono garanti diversi per la sorveglianza della privacy e della concorrenza, la *Federal Trade Commission* si occupa di entrambe, seppure limitatamente alla riservatezza dei consumatori (e non di tutti gli individui – proprio perché la stessa è incaricata della sorveglianza del mercato). In secondo luogo, poiché la normativa UE in materia antitrust è sostanzialmente mutuata da quella americana e, in particolare, dallo *Sherman Act* (che l'Unione imita sotto molti aspetti), nell'uno e nell'altro ordinamento si è determinata una sostanziale sovrapposizione di fattispecie di violazione del diritto antitrust¹⁰⁹⁹, tanto che è capitato che gli Stati Uniti e l'UE abbiano contemporaneamente condotto indagini sui medesimi casi e che gli esiti siano stati pressoché analoghi¹¹⁰⁰.

Nonostante tutto, permangono sostanziali differenze tra i due ordinamenti dovute al fatto che gli Stati Uniti sembrano adottare un approccio più utilitarista rispetto all'Unione, nel senso che viene generalmente data priorità alle esigenze del mercato, anziché a quelle dei singoli¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁷ Si v. cap. IV.V. e cap. IV.VI. *supra*.

¹⁰⁹⁸ La *FTC*, come anticipato, si occupa della tutela del mercato e, dunque, della tutela della concorrenza e dei (soli) consumatori, eventualmente per quanto concerne violazioni della privacy.

¹⁰⁹⁹ J. Klein, P.M. Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, 20th ITS Biennial conference, Rio de Janeiro, Brasile, 2014: *The Net and the Internet – Emerging Markets and Policies*, pag. 4.

¹¹⁰⁰ Si v. cap. IV.VI. *supra*.

¹¹⁰¹ C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, *cit.*, pag. 59; v., altresì M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del web. Casi e materiali*, *cit.*, pag. 327. Probabilmente ciò avviene perché gli Stati Uniti mirano a tutelare prettamente libertà negative, mentre nell'Unione si cerca di salvaguardare l'esercizio di libertà negative e positive. In merito a tale argomento, specificamente

La dottrina prevalente stima che un orientamento più personalista da parte dell'ordinamento statunitense gioverebbe ad una migliore tutela sia del consumatore, sia dell'individuo in quanto essere umano (e non in quanto cittadino americano).

Del resto, anche l'Unione europea è sorta sulla base di ambizioni meramente economiche e, inizialmente, il suo sistema giuridico non si basava certo sul cosiddetto «*human rights gold standard*»¹¹⁰². Ciò accadeva nonostante, al tempo del Trattato di Roma, già fosse stata adottata la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e fosse stata stipulata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, dunque, esistesse già una certa attenzione per il tema dei diritti fondamentali. Peraltro, giacché taluni diritti (come la *privacy*¹¹⁰³) o regolamentazioni settoriali (come quella in materia antitrust) hanno chiaramente origini statunitensi, si potrebbe essere fiduciosi sul fatto che la politica statunitense possa seguire la successiva evoluzione europea, cambiando approccio nei confronti dell'individuo. Un simile cambio di rotta da parte delle autorità USA favorirebbe la collaborazione tra gli ordinamenti USA e UE e, infine, ne promuoverebbe gli scambi economici e commerciali, dal momento che l'Unione forse inizierebbe a riporre maggior fiducia nelle tutele offerte dagli Stati Uniti ai propri cittadini.

Orbene, alla luce delle suesposte osservazioni, non si può affermare che un ordinamento sia migliore dell'altro nella tutela delle persone fisiche, poiché questo richiederebbe valutazioni soggettive effettuate con parametri variabili ed una siffatta considerazione eccederebbe gli scopi di questo studio.

È però possibile affermare che, almeno sotto il profilo applicativo del diritto, allo stato attuale, l'ordinamento UE pare agevolato nell'offrire certi livelli di tutela agli individui, e non solo ai cittadini, grazie al tipo di struttura giuridica di cui è costituito. Invero, la frammentazione legislativa che caratterizza gli Stati Uniti e, probabilmente, la scarsa presenza di codificazioni centrali, non contribuisce a creare un ambiente di certezza del diritto per l'individuo, il quale percepisce che la propria dignità è stata pregiudicata dal mancato rispetto della propria volontà con

declinato nel settore della dignità, si v. G. Resta, *Dignità, persone e mercati*, Giappichelli, 2012, pagg. 16-22.

¹¹⁰² J. Grimhelden, G.N. Toggenburg, *Human Rights Protection in the European Union: a 'Tale of Seven Cities'*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2011, 16, pag. 102.

¹¹⁰³ Nello specifico, i precursori della *privacy* sembrano essere stati proprio Warren e Brandeis (cap. II.II. *supra*), mentre il diritto alla tutela dei dati personali, secondo alcuni, avrebbe una matrice di *civil law* (cap. II.II. *supra*, nota 455).

riguardo al trattamento dei propri dati personali nell'ambito di un rapporto commerciale. In questo senso, dunque, l'Unione europea parrebbe dimostrare un valore aggiunto rispetto agli Stati Uniti¹¹⁰⁴.

Ora, poiché in materia di privacy le legislazioni dei due ordinamenti non sembrano avere effetti allineati, al fine di salvaguardare, per quanto possibile, gli utenti che visitano siti tenuti da gestori americani, si ritiene che esistano due ulteriori strumenti (oltre a quelli di cui già si è fatto testé cenno).

Innanzitutto, si crede che un supporto fondamentale possa essere fornito dalle cosiddette *Privacy Enhanced Technologies* o *PET* e dalla *privacy by design*. Sebbene le une e l'altra siano spesso assimilabili sotto diversi profili, esse si distinguono sotto il profilo tecnologico¹¹⁰⁵. Difatti, le prime vengono definite dal punto di vista ingegneristico come quegli strumenti tecnologici che consentono di aumentare il livello di riservatezza, ad esempio di un *software* o di un sito Internet, supportandone la protezione attraverso l'applicazione dei principi di minimizzazione dei dati, anonimizzazione e pseudonimizzazione¹¹⁰⁶. D'altro canto, il concetto di *privacy by design* viene definito in modo più ampio (che può comprendere anche le *PET*) e, secondo Cavoukian, mirerebbe ad individuare il fenomeno per cui la riservatezza dovrebbe essere tenuta in considerazione (e tutelata per quanto possibile) nel corso di tutto il processo ingegneristico di un prodotto tecnologico, dalle prime fasi progettuali sino alla sua produzione¹¹⁰⁷.

Grazie a siffatte particolari tecnologie, le impostazioni di prodotti o servizi digitali possono essere determinate individualmente in base alle scelte di ogni singolo utente e, dunque, consentirebbero così di esercitare una previa autodeterminazione. Un secondo strumento, utile e ancora poco diffuso, a disposizione delle società che gestiscono servizi digitali è rappresentato dai codici di condotta di cui le imprese possono dotarsi autonomamente in via di autoregolamentazione. Tali codici non hanno valore vincolante, neppure per le stesse società che li emettono, ma potrebbero evolvere sino a creare una sorta di obbligo giuridico da parte delle imprese nei confronti degli utenti, al fine di promuovere la protezione dei dati e

¹¹⁰⁴ Per approfondimenti sul tema del "valore aggiunto" offerto dall'UE, si v., in particolare, cap. I.VIII. *supra*.

¹¹⁰⁵ S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, *La nuova disciplina europea della privacy*, cit., pagg. 102 segg.

¹¹⁰⁶ Si v. al proposito il sito di ENISA – European Union Agency for Network and Information Security - <https://www.enisa.europa.eu/topics/data-protection/privacy-enhancing-technologies>.

¹¹⁰⁷ ENISA, *Privacy and Data Protection by Design – from policy to engineering*, 2015, pag. 2.

creare determinate responsabilità in capo alle società che li adottano, se non altro in termini di reputazione sul mercato¹¹⁰⁸. In realtà, si tratterebbe di un fenomeno molto simile a quello che si è cercato di creare per le imprese americane in vigenza del *Safe Harbor Agreement*¹¹⁰⁹, con il vaglio della Commissione europea, la quale ha ritenuto che i trasferimenti di dati verso le imprese degli Stati Uniti sarebbero stati adeguati (e dunque consentiti), qualora dette imprese avessero aderito al suddetto accordo poiché lo stesso prevedeva che queste si dovessero dotare di politiche aziendali obbligatorie circa il rispetto dei dati personali dei rispettivi consumatori¹¹¹⁰. Tutto ciò doveva servire ad implementare quello che, da Brill, è stato chiamato «*consenso collaborativo*», ossia un assenso al trattamento delle informazioni personali degli utenti, accordato in una sorta di dialogo costruttivo tra essi stessi e l'impresa¹¹¹¹. Evidentemente, anche il tema dei suddetti codici di condotta meriterebbe un'ampia separata analisi, soprattutto in virtù del fatto che tratta di strumenti di *soft law*, dunque limitatamente vincolanti; ma occorre ugualmente farvi un cenno, perché avrebbe un effetto, non trascurabile, di miglioramento della protezione dei dati e della concorrenza tra imprese.

Ciò premesso, si nota sempre più che la linea conduttrice che ha segnato le pagine di questa ricerca è, di fondo, il noto bilanciamento tra le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali e quelle, prettamente collettive e sociali, dello sviluppo del mercato, nello specifico, digitale.

Come spesso accade, risulta complesso soddisfare completamente le une, senza diminuire l'adempimento delle altre. Peraltro, non si ritiene né possibile, né proficuo, ostacolare l'evoluzione delle tecnologie e del mercato digitale. Difatti, il settore digitale, pur comportando noti e molteplici rischi, implica vantaggi innumerevoli nella diffusione della conoscenza e nella gestione della quotidianità. Frenare l'evoluzione tecnologica per evitare potenziali rischi per l'individuo sarebbe quindi controproducente.

Al contrario, sarebbe necessario trovare un giusto equilibrio tra le necessità dettate dall'avanzamento della scienza, dal funzionamento del mercato e, non ultimi, dai

¹¹⁰⁸ C. Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, cit., pagg. 130-131.

¹¹⁰⁹ Cap. II.IX. *supra*.

¹¹¹⁰ P.M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7, pagg. 1983 segg.

¹¹¹¹ J. Brill, *The Intersection of Consumer Protection and Competition in the New World of Privacy*, in *Competition Policy International*, 2011, 7, 1, pag. 288.

diritti dell'individuo. Inoltre, spesso tali settori vengono in contatto l'un l'altro per svilupparsi ed integrarsi a vicenda. Invero, l'autonomia dell'individuo può soddisfarsi anche grazie all'uso delle tecnologie per trarne conoscenza o per soddisfare una necessità in modo più funzionale (si pensi, ad esempio, all'acquisto di un libro online senza spostarsi da casa e con spese inferiori che recandosi in libreria). Proprio in questo senso, alla luce di quanto illustrato nel terzo capitolo, il mercato digitale è strettamente collegato alla circolazione dei dati ed il suo sviluppo è proporzionalmente connesso alla rapidità con cui si riescono ad eliminare le barriere poste al traffico delle medesime informazioni.

Premesse le necessità di incremento dell'economia digitale, ben chiarite dalla Commissione europea mediante l'Agenda Digitale europea che costituisce uno dei sette pilastri della strategia Europa 2020¹¹¹² e mediante l'implementazione del *Digital Single Market*¹¹¹³ (ad imitazione del Mercato Unico Europeo che ha caratterizzato l'Unione europea dagli albori sino ad oggi), non è concepibile un impedimento totale alla divulgazione e al trasferimento delle informazioni. Anzi, come auspicato da alcuni esponenti della politica, sarebbe piuttosto desiderabile che i dati potessero circolare in modo ancor più libero, alla stregua della libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei capitali o dei servizi, dando origine ad una sorta di quinta libertà di circolazione e ad un suo riconoscimento formale¹¹¹⁴. Naturalmente, ciò non può verificarsi se a soccombere sia un diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione europea. A maggior ragione se tale diritto – la protezione dei dati personali – sia ricompreso in un diritto ancor più “elevato”, a fondamento di tutti gli altri: la dignità.

In conclusione, per fornire un modesto spunto di risposta al quesito riguardante l'individuazione di un compromesso tra esigenze di tutela individuale e logiche mercantilistiche, si ritiene che in tal senso potrebbe essere opportuno riconoscere quell'equo punto di stabilità ed armonia tra esigenze collettive e sviluppo del mercato, da una parte, e diritti individuali fondamentali, dall'altra, giungendo così ad una sorta di “sostenibilità umana” dell'ambiente tecnologico digitale¹¹¹⁵.

¹¹¹² V. sito della Commissione europea sull'Agenda Digitale <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy>.

¹¹¹³ Per approfondimenti sugli obiettivi del Digital Single Market, v. il sito ufficiale della Commissione europea https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en.

¹¹¹⁴ V. cap. III.IV. *supra*.

¹¹¹⁵ Il concetto di sostenibilità dello sviluppo tecnologico è stato affermato dalla dottrina, anche grazie al riferimento contenuto nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali al fatto che «*essa*

Tale concetto si potrebbe forgiare intorno all'applicazione degli esistenti strumenti per la tutela dei dati personali su Internet, il cui effetto migliorerebbe se essi fossero altresì integrati dalla maggiore trasparenza circa le condizioni di trattamento delle informazioni. La considerazione della sostenibilità umana della tecnologia non eliminerebbe però la necessità di utilizzare quest'ultima in modo funzionale allo sviluppo dell'integrità personale.

In ragione delle questioni affrontate dal presente studio e dalle proposte di reazione alle problematiche ivi esaminate, si ritiene che, in sintesi, affinché la dignità di un individuo sia affermata anche nell'ambiente digitale, di cui egli si serve quotidianamente, potrebbe risultare opportuno innanzitutto offrire allo stesso il diritto di scegliere se usare la tecnologia ed in che misura farlo, magari attraverso il pacifico riconoscimento del diritto di accesso a Internet come diritto fondamentale.

In secondo luogo, per far sì che gli individui non vengano pregiudicati dall'uso delle tecnologie, si crede che i loro diritti fondamentali (che alla dignità vengono ricondotti) non dovrebbero essere tutelati nell'ambiente virtuale ad un livello inferiore rispetto a quello vigente nell'ambiente reale.

Di conseguenza, anche nella realtà virtuale che l'individuo vive e di cui egli si serve per sviluppare i propri rapporti sociali e commerciali, dovrebbe essere riconosciuto quel diritto fondamentale alla dignità che, come illustrato nel primo capitolo del presente studio, si concretizza nel vedere garantiti e nell'"esercitare" altri diritti fondamentali.

*cerc[hi] di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile». Si v. G. Carducci, *Quale privacy nella società tecnologica*, pag. 140, e G. Rasi, *Progresso tecnologico e sviluppo civile: la tutela dei dati personali*, pag. 9 (per il quale «il concetto di sviluppo sostenibile che fa riferimento non solo alla crescita economica che soddisfa i bisogni delle generazioni presenti, ma che non comprometta la possibilità – per le generazioni future – di vivere ad un livello non inferiore a quello precedente»), entrambi in G. Rasi (cur.), *Innovazioni tecnologiche e privacy. Sviluppo economico e progresso civile*, 2004.*

*«A pessimist sees the difficulty in every opportunity;
an optimist sees the opportunity in every difficulty»
W. Churchill¹¹¹⁶*

¹¹¹⁶ Citato da J. Brill in merito al divario di tutele previste dagli Stati Uniti e dall'Unione europea con riguardo alla riservatezza degli individui. J. Brill, *Bridging the Divide: a Perspective on U.S.-EU Commercial Privacy Issues and Transatlantic Enforcement Cooperation*, in H. Hijamns, H. Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014, pag. 190.

Indice Analitico

* * *

Normativa

§§§

Diritto internazionale

2016

Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, C/2016/4176

2013

Linee guida sulla Protezione della Privacy e sui Flussi Transfrontalieri di Dati a Carattere Personale dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) del 2013
http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

1989

Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, firmata originariamente da 40 Stati firmatari il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990 - disponibile al sito
<http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>

1981

Convenzione europea per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale o Convenzione 108/1981,
<http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/108.htm>, entrata in vigore nel 1985

1980

Linee guida sulla Protezione della Privacy e sui Flussi Transfrontalieri di Dati a Carattere Personale dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) del 1980
Testo disponibile al sito
<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

1966

International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 Dicembre 1966, Testo disponibile al sito <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

1950

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950

1948

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, New York, 10 dicembre 1948, disponibile al sito
http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf

1945

Statuto delle Nazioni Unite, San Francisco, 26 giugno 1945, disponibile al sito <http://www.un.org/en/charter-united-nations/>

§§§

Diritto dell'Unione europea

2017

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM/2017/010 final - 2017/03 (COD). Per il testo completo della proposta si v. il sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1494075484845&uri=CELEX:52017PC0010>

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European data economy*, 10 gennaio 2017, COM(2017) 9 final

2016

Trattato sull'Unione europea, (GU 2016 C 202) – versione consolidata disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (GU 2016, C 202) – versione consolidata disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2016, C 202) – versione consolidata disponibile al sito http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0389.01.ITA&toc=OJ:C:2016:202:TOC

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), GU L 119 del 4.5.2016, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015729123&uri=CELEX:32016R0679>

Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, GU L 119 del 4.5.2016, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015815340&uri=CELEX:32016L0680>

2014

Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU 2014 L 349, pagg. 1–19, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015711860&uri=CELEX:32014L0104>

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una florida economia basata sui dati*, 2 luglio

2014, COM(2014) 442 final, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=EN>

2010

Decisione 2010/16/PESC/GAI del 30 novembre 2009 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e il trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:008:0009:0010:IT:PDF>, il testo completo è invece disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:008:0011:0016:EN:PDF>

2009

Direttiva 2009/136/CE recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. Essa modifica alcune precedenti disposizioni, tra cui gli artt. 1, 2, 3 e ne inserisce altre di nuove, come gli artt. 14 bis e 15 bis, sulle procedure di gestione del Comitato e sull'attuazione della Direttiva ed i controlli sulla stessa, GU L 337 del 18.12.2009, p. 11–36. Testo disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1493842850002&uri=CELEX:32009L0136>

Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, GU 2009 C 45, p. 7–20, disponibile al sito [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1499785566408&uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1499785566408&uri=CELEX:52009XC0224(01))

2008

Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU 2008 C 265, p. 6-25, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:IT:PDF>

2006

Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, GU L 105 del 13.4.2006, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015673127&uri=CELEX:32006L0024>

2004

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (“Regolamento comunitario sulle concentrazioni”), GU 2004 L 24, pagg. 1–22, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015587351&uri=CELEX:32004R0139>

Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (2004/C 101/08), GU 2004 C 101, pagg. 97-118, disponibile al sito [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015577858&uri=CELEX:52004XC0427\(07\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015577858&uri=CELEX:52004XC0427(07))

2003

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU 2003 L 1, pagg. 1-25, disponibile al sito http://eur-lex.europa.eu/search.html?DTN=0001&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_DOM=ALL&CASE_LAW_SUMMARY=false&type=advanced&DTS_SUBDOM=ALL_ALL&excConsLeg=true&typeOfActStatus=REGULATION&qid=1499938163193&DB_TYPE_OF_ACT=regulation&DTA=2003&locale=it

2002

Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GU L 190 del 18.7.2002, pagg. 1-20, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015282185&uri=CELEX:32002F0584>

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), GU L 201 del 31.7.2002, pagg. 37-47, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015368453&uri=CELEX:32002L0058>

2000

Decisione della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti

1995

Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015442430&uri=CELEX:31995L0046>

1993

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, GU 1993, L 95, pagg. 29-34, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1513015510181&uri=CELEX:31993L0013>

1992

Trattato di Maastricht, GU 1992, C 191, disponibile al sito http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1992.191.01.0001.01.ITA&toc=OJ:C:1992:191:TOC

§§§

Diritto nazionale

Francia

Costituzione francese, 1946
www.legifrance.gouv.fr

Germania

Legge fondamentale tedesca - *Grundgesetz*, 1494
disponibile al sito <https://www.bundestag.de/grundgesetz>

Italia

Costituzione italiana, 1948
www.normattiva.it

Decreto legislativo 19 gennaio 2017, attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU n. 15/2017

Stati Uniti d'America

Freedom of Information Act, 1996, 5 U.S.C. § 552, come modificato dalla legge n. 104-231, 110 Stat. 3048, disponibile al sito <https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-freedom-information-act-5-usc-sect-552-amended-public-law-no-104-231-110-stat>

Computer Matching and Privacy Protection Act, 1988, 5 U.S.C. § 552a

Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 1974, 15 U.S.C. § 18a, disponibile al sito <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section18a&edition=prelim>

Privacy Act, 1974, 5 U.S.C. § 552a, disponibile al sito <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974>

Clayton Antitrust Act, 1914, 15 U.S. Code §18, disponibile al sito <http://gwcllc.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>

Federal Trade Commission Act, 1914, 15 U.S.C. §§ 14-18, versione consolidata disponibile al sito https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf

Sherman Act, 1890, disponibile al sito http://www.linfo.org/sherman_txt.html

* * *

Prassi Amministrativa

§§§

Unione europea – Commissione europea

2017

Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf, pagg. 13-14

2014

Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217, *Facebook /Whatsapp*, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf.

2011

Decisione della Commissione europea del 7 ottobre 2011, caso COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf

2010

Decisione della Commissione europea del 19 febbraio 2010, caso COMP/M.5727, *Microsoft / Yahoo! Search Business*, disponibile in inglese al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf.

2008

Decisione della Commissione europea dell'11 marzo 2008, caso COMP/M.4731, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf

§§§

Italia - Autorità garante della concorrenza

Delibera dell'11 maggio 2017, disponibile al sito http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10601_scorsanz_omi.pdf/download.html

* * *

Giurisprudenza

§§§

Diritto internazionale

Corte europea dei diritti dell'uomo

2012

Sentenza del 13 novembre 2012, *M.M.*, ricorso n. 24029/07

2010

Sentenza del 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, ricorso n. 35623/05,

2008

Sentenza del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorso n. 30562/04

Sentenza del 2 dicembre 2008, *K.U. c. Finlandia*, ricorso n.°2872/02

Sentenza del 3 aprile 2008, *Copland c. Regno Unito*, ricorso n. 62617/00

2003

Sentenza del 17 luglio 2003, *I. c. Finlandia*, ricorso n. 20511/03

2002

Sentenza del 29 aprile 2002, caso *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02

2000

Sentenza del 4 aprile 2000, *Rotaru c. Romania*, ricorso n. 28341/95

Sentenza del 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95

1985

Sentenza dell'11 luglio 1985, *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81

1984

Sentenza del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, ricorso n. 8691/79

1978

Sentenza del 6 settembre 1978, *Klass e a. c. Germania*, ricorso n. 5029/71

1973

Sentenza del 15 dicembre 1973, *East Africans Asians c. UK*, ricorso n. 4403/70

§§§

Diritto dell'Unione europea

Corte di giustizia dell'Unione europea

2017

Conclusioni dell'avvocato generale Bobek, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, C-498/16, ECLI:EU:2017:863

Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e a. c. Svensk Handel AB*, C-196/14, ECLI:EU:2017:766

2015

Sentenza del 6 ottobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650

2014

Sentenza dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/1, ECLI:EU:C:2014:238

Sentenza dell'11 luglio 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione europea*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204

Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, n. 2/2013, ECLI:EU:C:2014:2454

2013

Sentenza del 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e a. c. Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160

2012

Sentenza del 27 marzo 2012 *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172

2010

Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 29 marzo 2010, *eDate Advertising GmbH v. X e Martinez c. MGN Limited*, cause riunite C-509/09 e C-161/10, ECLI:EU:C:2011:192

Sentenza del 9 marzo 2010, *Commissione c. Germania*, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125

2009

Sentenza del 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610

Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94

2008

Sentenza del 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:T:2005:332

2007

Sentenza del 28 giugno 2007, *Dell'Orto*, C-467/05, ECLI:EU:C:2007:395

2006

Sentenza del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancario*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734

2004

Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614

2001

Sentenza del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Consiglio e Parlamento*, C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523

2000

Sentenza del 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333

1987

Sentenza del 30 settembre 1987, *Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, causa 12/86, ECLI:EU:C:1987:400

1977

Sentenza del 25 ottobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione delle Comunità europee*, causa 26/76, ECLI:EU:C:1977:167

1974

Sentenza del 14 maggio 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51

1972

Sentenza del 14 luglio 1972, *BASF c. Commissione delle Comunità europee*, causa 49/69, ECLI:EU:C:1972:71

1970

Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70 (ECLI:EU:C:1970:114)

1969

Sentenza del 12 novembre 1969, *Stauder c. Stadt Ulm*, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57

Tribunale dell'Unione europea

2010

Sentenza del 25 giugno 2010, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Commissione europea*, T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255

2005

Sentenza del 21 settembre 2005, *Kadi c. Commissione e Consiglio*, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332

§§§

Diritto nazionale

Francia – Conseil Constitutionnel

Decisione n. 2013-674 DC del *Conseil constitutionnel* del 1° agosto 2013

Decisione n. 94-343/344 del *Conseil constitutionnel* del 27 luglio 1994

Germania – Bundesverfassungsgericht

Sentenza del 15 dicembre 1983, *1 BvR 209/83 and others - Census*, BVerfG 65, 1

Stati Uniti d'America – Corte Suprema

2003

Lawrence c. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

1992

Planned Parenthood c. Casey, 505 U.S. 833 (1992),

1989

U.S. Department of Justice c. Reporters Commission for Freedom of Press, 489 U.S. 749, 763 (1989)

1977

Whalen c. Roe, 429 U.S. 589, 598-600 (1977)

1974

Gertz c. Welch Inc., 418 US 323 (1974)

1973

Roe c. Wade, 410 U.S., 113 (1973)

1970

Goldberg c. Kelly, 397 US 254 (1970),

1967

Katz c. Stati Uniti, 389, U.S. 347, 360 (1967)

1965

Griswold c. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965),

1948

Price c. Johnston, 334 US 266 (1948),

1942

Skinner c. Oklahoma, 316 US 535 (1942)

1834

Wheaton vs. Peters, 33 U.S. 591 (1834).

* * *

Indice Bibliografico

26° International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia

AA.VV., *Dictionary of contemporary English*, Longman, 2003

AA.VV., *RFID and the Internet of Things: Technology, Applications, and Security Challenges*, Hannover, 2011

Abbamonte, *The Protection of Computer Privacy Under EU Law*, in *European Journal of European Law*, 2014, vol. 21, n. 1

Acquisti, J. Grossklags, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, in *Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices*, Taylor and Francis Group, 2007

Adam, *L'échange de données à caractère personnel entre l'Union Européenne et les Etats-Unis*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, vol. 42, 4

Adam, Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010

Adinolfi (cur.), *Diritti Umani: realtà e utopia*, Città Nuova, 2004

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, *Manuale sul diritto europeo alla tutela dei dati*, disponibile al sito http://www.echr.coe.int/documents/handbook_data_protection_ita.pdf

Akman, "Consumer welfare" and Article 82EC: Practice and rhetoric, CCP Working Paper 08-25, July 2008

Albrecht, *Uniform Protection by the EU – The EU Data Protection Regulation Salvages Informational Self-determination*

Ali, *I diritti della personalità nell'Unione europea tra tutela della vita privata e rispetto del valore della dignità umana*, in De Cesari (cur.), *Persona e famiglia*, Giappichelli, 2008

Allegrezza, Mastroianni, Pappalardo, Pollicino, Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017

Allen, *Remembering and Forgetting – Protecting Privacy Rights in the Digital Age*, in *European Data Protection Law Review*, 2015, 3

Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in L. Moccia, *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione europea*, FrancoAngeli, 2010

Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, 1963. Disponibile in traduzione italiana H. Arendt, *La banalità del male: Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, 2001

Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit. in Arana, *Libertà religiosa e reciprocità*, Giuffrè, 2009

Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition law and data*, Relazione congiunta del 10 maggio 2016, disponibile al sito www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf

Baer, *Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, 59

- Bamberger, Mulligan, *Privacy on the books and on the ground*, in *Stanford Law Review*, 2011, 63, 187
- Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, in McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, OUP/British Academy, 2013
- Barber, *Consumati. Da cittadini a clienti*, Einaudi, 2010
- Barengi, *Diritto dei consumatori*, Wolters Kluwer, 2017
- Barocas, Nissenbaum, *Computing Ethics. Big Data's End Run Around Procedural Privacy Protections*, in *Communications of the ACM*, 2014, 57, 11
- Bassini, Pollicino (cur.), *Verso un Internet Bill of Rights*, Aracne Ed., 2015
- Batuecas Caletrio, *Intimidación Personal, Protección de Datos Personales y Geolocalización*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2015
- Becchi, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009, 11, in C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1
- Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, in *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 2014, 15, 3
- Bender, *EU or US: which has more actual privacy?*, in *Computer & Telecommunications Law Review*, 2015, 1
- Bernal, *Collaborative consent: Harnessing the strengths of the Internet for consent in the online environment*, in *International Review of Law, Computer and Technology*, 2010, 24, 3
- Bernal, *Internet Privacy Rights*, Cambridge University Press, 2014
- Birch, *Identity is the new money*, Laterza, 2016
- Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Review*, 1964, 39
- Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in G. Nolte (cur.), *European and US Constitutionalism*, Council of Europe, 2005
- Bok, *Secrets: on the Ethics of Concealment and Revelation*, 1983
- Bouckaert, Degryse, *Default Options and Social Welfare: Opt In versus Opt out*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2013, 169
- Brenner, Koops, *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*, in *Journal of High Technology Law*, 2004,
- Brill, *Bridging the Divide: a Perspective on U.S.-EU Commercial Privacy Issues and Transatlantic Enforcement Cooperation*, in Hijamns, Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014
- Brill, *The Intersection of Consumer Protection and Competition in the New World of Privacy*, in *Competition Policy International*, 2011, 7, 1
- Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße*, comunicato stampa del 2 marzo 2016, disponibile al sito https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html

- Burkert, *Dualities of privacy – An Introduction to ‘Personal Data Protection and Fundamental Rights’*, in Perez Asinari, Palazzi, *Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant, Bruxelles, 2008
- Burnside, *No Such Thing as a Free Search: Antitrust and the Pursuit of Privacy Goals*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2015, 2
- Bygrave, *Data privacy law and the Internet: policy challenges*, in Witzleb, Lindsay, Paterson, Rodrick (cur.), *Emerging challenges in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2014
- Capps, *Human dignity and the foundations of international law*, Hart Publishing, 2009
- Carbone, Luzzatto, Santa Maria (cur.), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Giappichelli, 2006
- Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2010
- Carducci, *Quale privacy nella società tecnologica*, in Rasi (cur.), *Innovazioni tecnologiche e privacy. Sviluppo economico e progresso civile*, 2004
- Carolan, Spina, *Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities*, in Alemanno, Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015
- Charlesworth, *Clash of Data Titans? US and Eu Data Privacy Regulation*, in *European Public Law*, 2000, vol. 6, 2
- Chieffi, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rassegna di diritto europeo*, 2013, 1,
- Clarke, *The digital Persona and its Application to Data Surveillance*, in *The information society*, 1994, 10, 2
- Cohen, *What privacy is for*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7
- Cole, Fabbrini, *Bridging the Transatlantic Divide? The United States, the European Union, and the Protection of Privacy Across Borders*, in *iCourts Working Paper Series*, 2015, n. 33
- Commissione europea, *Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento, Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf
- Conforti, *Diritto Internazionale*, ottava edizione, Editoriale Scientifica, 2010
- Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which Arise Independent of Contract*, Callaghan & Company, 1888
- Cooper, *Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the first amendment, and subjectivity*, in *George Mason Law Review*, 2013, 20
- Cortese (cur.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, 2013
- Cortese, Ferraro, Manzini, *Il Diritto antitrust dell’Unione europea*, Giappichelli, 2014
- Costa-Cabral, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law*, in *Maastricht Journal*, 2016, 23
- Costa Cabral, Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54

Crespi, *La nouvelle décision d'adéquation (Privacy Shield) pour les transferts des données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis*, in *Journal du droit européen*, 2016, 132

D'Acquisto, Naldi, *Big Data e Privacy by Design*, Giappichelli, 2017

Dal Ferro, *Una corte costituzionale o una corte suprema?*, in Gattinara, Pappalardo, *L'Europa dei diritti*, Roma, 2014

De Sanctis, *Tra felicità e dignità: diritti e compiti fondamentali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, 2014, 4

DG Competition, Commissione europea, comunicato stampa del 15 aprile 2015, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android*, disponibile al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm

DG Competition, Commissione europea, comunicato stampa del 27 giugno 2016, *Antitrust: multa di 2,42 miliardi di EUR a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi*, disponibile al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm

Díaz Revorio, *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2009

Dubuot, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in Burguoguel-Larsen (cur.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant, 2010

Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006

Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011

Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, in *European Public Law*, 2013, 19

Dupré, *The Age of Dignity*, Hart Publishing, 2015

Durand, *Dignité humaine et libertés économiques dans l'Union européenne*, in *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris Ouest, 2011

Durante, Pagallo, *Manuale di diritto dell'informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, UTET, Milano, 2012

Düwell, *Human dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives*, in Düwell, Braarvig, Brownsword, Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, 2014

Eberle, *Human dignity, privacy and personality in German and American constitutional law* http://docs.rwu.edu/law_fac_fs/68/

EDPS, Opinion n. 4/2015, *Towards a new digital ethics, Data, dignity and technology*, disponibile al sito https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf

EDPS, parere n. 8/2016, *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, disponibile al sito https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf

EDPS, Preliminary opinion on *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, disponibile al sito https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf

Emerson, *The System of Freedom of Expression*, Random House, 1970

EPIC, comunicato stampa del 25 agosto 2016, *Facebook to Collect WhatsApp User Data, Violating FTC Order and Privacy Promises*, disponibile al sito <https://epic.org/2016/08/facebook-to-collect-whatsapp-u.html>

EPIC, *Privacy and Human Rights – International Surveys of Privacy Laws and Developments*, London and Washington DC, 2004

ENISA, *Privacy and Data Protection by Design – from policy to engineering*, 2015

Ernst&Young, Rapporto del 2016, disponibile al sito [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore/\\$FILE/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore/$FILE/ey-can-privacy-really-be-protected-anymore.pdf)

Esteban, Hernandez, *Direct Advertising and opt-in provisions: Policy and market implications*, in *Information Economics and Policy*, 2017

Fabbrini, *Privacy and National Security in the Digital Age*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1

Falletti, *La privacy: fra sfide alle tutele e bilanciamento dei diritti*, in E. Falletti (cur.), *L'integrazione attraverso i diritti*, Aracne Ed., 2010

Federal Trade Commission, *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*, maggio 2014, disponibile al sito <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>

Federal Trade Commission, *Statement of the Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, disponibile al sito https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf

Finn, Wright, Friedewald, *Seven Types of Privacy*, in Gutwirth, Leenes, de Hert, Pouillet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013

Floridi, *Four challenges for a theory of informational privacy*, in *Ethics and Information Technology*, 2006, 8

Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, 2015

Frosini, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare, Estratto*, 2016, 4

Gable, *Cyber-Apocalypse Now: Securing the Internet Against Cyberterrorism and Using a Universal Jurisdiction as a Deterrent*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, 43, 1

Galvin, Todres, *Dignity as honour-wound: an experiential and relational view*, in *Journal of Evaluation in Clinical Practice*, 2015, pagg. 410-418

Gebicka, Heinemann, *Social media & competition law*, in *World Competition*, 2014

Gerstein, *Intimacy and Privacy*, in *Ethics*, 1978, 89

Ghezzi, Olivieri, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2013

Gilbert, Pepper, *Privacy considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole*, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 2015, 2

- Glénard, *Les 20 ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge*, in *Revue française de droit administratif*, colloque 2015
- Goos, *Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany*, in McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, OUP/British Academy, 2013
- Grimhelden, Toggenburg, *Human Rights Protection in the European Union: a 'Tale of Seven Cities'*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2011, 16
- Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Siclari (cur.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, 2003
- Gunasekara, *The "Final" Privacy Frontier? Regulating Transborder Data Flows*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2007, 17, 2
- Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, 2003
- Häberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, 2003
- Habermas, *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*, in *The crisis of the European Union: A Response*, Polity Press, 2012
- Harris, *The European Perspective – is Data Protection Value for Money?*, in atti della 26° *International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity*, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia
- Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, seconda edizione, Oxford University Press, 2009
- Hirshleifer, *Privacy: Its Origin, Function and Future*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, 9
- Hondius, *A quarter century of international data protection*, in *Hague Yearbook of International Law*, 2005
- Hoofnagle e a., *Behavioural Advertising: the offer you cannot refuse*, in *Harvard Law and Political Review*, 2012
- Hustinx, *The reform of EU data protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*, in Witzleb, Lindsay, Paterson, Rodrick (cur.), *Emerging challenges in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2014
- Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza e dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Giuffrè, 2015
- Jacob, *La gouvernance de l'Internet du point de vue du droit international public*, in *Annuaire français de droit international*, 2011, LVI
- Jarvis Thomson, *The Right to Privacy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1975, 4
- Jingchun, *Protecting the Right to Privacy in China*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2005, 36
- Jones Harbour, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in Hijamns, Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014
- Kant, *La metafisica (2. Principi metafisici della dottrina della virtù)*, trad. it. Bari, 1970, 296, in Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1,

- Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2770479>
- King, *Fundamental Human Right Principle Inspires U.S. Data Law, but protections are less fundamental*, in Pérez Asinari, Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant 2008
- Kintner, *4: The Clayton act: section 3; section 7: mergers and markets*, Anderson publishing, 1984
- Kirchner, *Protection of Privacy Rights of Internet Users Against Cross-Border Government Interference*, in *International Journal of Legal Information*, 2014, 42, 3
- Klein, Rao, *Competition and consumer protection in the cyberspace marketplace*, 20th ITS Biennial conference, Rio de Janeiro, Brasile, 2014: *The Net and the Internet – Emerging Markets and Policies*
- Kokott, Sobotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in Hijamns, Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014
- Kuner, *Foreign Nationals and Data Protection Law: A Transatlantic Analysis*, in Hijamns, Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014
- Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2013
- Lachana, *Elements of convergence in the historical origins and ideological foundations of the US and European privacy law: the nexus between the “right to be let alone” and continental jurisdictions*, in Bottis (cur.), *Privacy and Surveillance, Current aspects and future perspectives*, Nomiki Bibliothiki, 2013
- Lachmayer, *Rethinking privacy beyond borders*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1
- Lasson, *The History of Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution*, n. 5, Johns Hopkins Press, 1937
- Laudon, *Markets and Privacy*, in *Communications of the ACM*, September 1996, 39, 9
- Lawson, *Privacy*, in *Encyclopedia of Human Rights*, Taylor and Francis Inc., 1989
- Lieto, *Dignità e “valore” tra etica, economia e diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2013, 12, 1
- Lohr, 3 aprile 2017, *Trump Completes Repeal of Online Privacy Protections From Obama Era*, *NY Times*
- Lucchetta, *Is the Google Platform a two-sided market?*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2048683>
- Lugaresi, *Internet, Privacy e Pubblici Poteri negli Stati Uniti*, Giuffrè Editore, 2000
- Luzak, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, in *European Review Private Law*, 2013, 21, n. 1
- Lynskey, *From Market-Marketing Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection’s Identity Crisis*, in Gutwirth, Leenes, de Hert, Pouillet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013
- Malvestiti, *La dignità umana dopo la “Carta di Nizza”. Un’analisi concettuale*, Ortothes, 2015

- Mantelero, *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 3, 4
- Mantelero, *From Safe Harbour to privacy shield: the "medieval" sovereignty on personal data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 1
- Maritain, *Dei diritti dell'uomo. Testi raccolti dall'UNESCO*, Milano, 1952
- Marotta-Wurgler, *Self-Regulation and Competition in Privacy Policies*, in *Journal of Legal Studies*, 2016, 45
- Marks, Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, 2005
- Mattioli, *On Orbitz, Mac Users Steered to Pricier Hotels*, in *Wall Street Journal*, 23 agosto 2012
- Mendez, Mendez, *Comparing Privacy Regimes: Federal Theory and the Politics of Privacy Regulation in the European Union and the United States*, in *The Journal of Federalism*, 2009, 40, 4
- Menke, *Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt*, in Düwell, Braarvig, Brownsword, Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, 2014
- Mensi, Falletta, *Il diritto del web. Casi e materiali*, Cedam, 2015
- Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense*, Edizioni scientifiche italiane, 2014
- Milanovic, *Human rights treaties and foreign surveillance: Privacy in the digital Age*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, 56, 1
- Mills, *Privacy the lost right*, Oxford University Press, 2008
- Mitsilegas, *The transformation of Privacy in an Era of Pre-emptive Surveillance*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1
- Morijn, *Balancing fundamental rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schimdbberger and Omega in the Light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, 2006, 15
- Nefh, *The FTC's proposed framework for privacy protection online: a move towards substantive controls or just more notice and choice*, in *William Mitchell Law Review*, 2010-2011, 37
- Norman, Pepall, Richards, Tan, *Competition and consumer data: The good, the bad, and the ugly*, in *Research in Economics*, 2016, 70
- OCSE, *Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by «Big Data»*, 18 giugno 2013, disponibile al sito <http://goo.gl/nUgixe>
- OCSE, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, disponibile al sito <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>
- Ogriseq, *Il Regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche*, in *Labour&Law Issues*, 2016, 2, 2
- Ohlhausen, Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and The Right [Approach] to Privacy*, in *Antitrust Law Journal*, 2015, 80, 1
- Olaizola, *Human Dignity: a Normative Justification for Human Rights*, 27 giugno 2012 (*e-International Relations*, disponibile al sito <http://www.e-ir.info/2012/06/27/human-dignity-a-normative-justification-for-human-rights/>).

- Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Giuffrè, 2008
- Palmer, *Three Milestones in the History of Privacy in the United States*, in *The Tulane European and Civil Law Forum*, 2011, 26
- Panagopoulou-Koutnatzi, *Facebook as a challenge to privacy*, in Bottis (cur.), *Privacy and Surveillance, Current aspects and future perspectives*, Nomiki Bibliothiki, 2013
- Papisca, *Dichiarazione universale dei diritti umani, lievito umanocentrico della civiltà del diritto*, in *La comunità scientifica internazionale*, 2008, 4
- Parent, *Privacy, Morality and the Law*, in *Philosophy of Public Affairs*, 1983, 12
- Pariser, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, Il Saggiatore, 2014
- Peers, Hervey, Kenner, Ward (cur.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, Hart Publishing, 2014
- Pele, de Asis Roig, *Dignité humaine et identité européenne*, facente parte del progetto *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI: Retos y Desafíos del Estado de Derecho Global* (Spagna), pubblicato in *Romanian Journal of Comparative Law*, 2012, 2
- Pin, *The Arab Road to Dignity: The Goal of the "Arab Spring"*, in *Kellogg Institute for International Studies Working Paper Series*, 2016, 408
- Pisani, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, Cedam, 2015
- Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2016
- Podszun, *The Digital Economy. Three Chances for Competition Law*, in *Maastricht Journal*, 2016, 5
- Polakiewicz, *Profiling – the Council of Europe's Contribution*, in Gutwirth, Leenes, de Hert, Pouillet (cur.), *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, 2013
- Pollicino, Romeo (cur.), *The Internet and Constitutional Law*, Routledge, 2016
- Post, *Three Concepts of Privacy*, in *Faculty Scholarship Series*, 2001, Paper 185, disponibile al sito http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/185
- Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2015, 1
- Pocar, *Dignità - Giustizia* in Rossi (cur.), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, 2002
- Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in Mangiameli (cur.), *L'ordinamento europeo – i principi dell'Unione*, Giuffrè, 2006
- Porcedda, *Data protection and the prevention of cybercrime: the EU as an area of security?*, EUI Working Papers, European University Institute, Department of Law, Florence, 2012
- Posner, *The Right of Privacy*, in *Georgia Law Review*, 1977, 393, 12
- Prabhaker, *Who owns the online consumer?*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2000, 17, 2
- Ragazzini, *Dizionario Inglese Italiano*, Zanichelli, 2001
- Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, 14

- Rasi, *Progresso tecnologico e sviluppo civile: la tutela dei dati personali*, in Rasi (cur.), *Innovazioni tecnologiche e privacy. Sviluppo economico e progresso civile*, 2004.
- Raul, McNicholas, Jillson, *Reconciling European Data Privacy Concerns with US Discovery Rules: Conflict and Comity*, in *Global Competition Litigation Review*, Sweet & Maxwell, 2009
- Rengel, *Privacy in the 21st Century*, Studies in Intercultural Human Rights, Nijhoff, 2013
- Remain, *Privacy, Intimacy and Personhood*, in *Philosophical Dimensions of Privacy*, 2007
- Resta, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, 2014
- Richards, *The dangers of surveillance*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7
- Richardson, Kenyon, *Privacy online: reform beyond law reform*, in Witzleb, Lindsay, Paterson, Rodrick (cur.), *Emerging challenges in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2014
- Rodotà, in *26° International Conference on Privacy and Personal Data Protection – The Right to Privacy – The Right to Dignity*, 14-16 settembre 2004, Polonia, Varsavia
- Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012
- Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma, 2015
- Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013
- Rodotà, *Some Remarks on Surveillance Today*, in *European Journal of Law and Technology*, 2013, 4, 2
- Rosen, *The Unwanted Gaze: the destruction of Privacy in America*, Vintage, 2000
- Rossi, *Il diritto alla privacy nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2014, 3
- Rotenberg, *The Defense of Privacy: the U.S. Supreme Court and the Need for Institutional Advocacy*, in Hijamns, Kranenborg (cur.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, Intersentia, 2014
- Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, disponibile al sito http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0056_ruggeri.pdf
- Ruggeri, Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Politica e Diritto*, 1991
- Rule, Greenleaf, *Global Privacy protection: The First Generation*, Edward Elgar, Cheltenham UK, Northampton USA, 2008
- Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2008, 6
- Sartor, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati"*, in *Informatica e diritto*, XII, 1986, 3
- Scandamis, Sugalas, Stratakis, *Rival Freedoms in terms of Security: The Case of Data Protection and the Criterion of Connexity*, CEPS Challenge Research Paper N. 7, Centre for European Policy Studies, Brussels, December 2007

- Scaramella, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 2
- Scarchillo, *Dal Safe Harbor al Privacy Shield il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti dopo la sentenza Schrems*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, 30, 4
- Schepp, Wambach, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7, 2
- Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, in *Harvard Law Review*, 2013, 126, 7
- Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1
- Sereni, *Studi di diritto comparato: Diritto degli Stati Uniti*, vol. 1, Giuffrè, 1956
- Shulziner, Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers in The American Journal of Comparative Law*, 2014, 62
- Skourtis, *Is consumer welfare the (only) way forward? A re-appreciation of competition law objectives ante portas in both US and EU*, University of Reading, Centre for Commercial Law and Financial Regulation, 2012
- Smith, Fetzer, *The uncertain limits of the European Court of Justice's Authority: economic freedom versus human dignity*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2004, 10, 3
- Snead, *Human dignity in US law*, in Düwell, Braarvig, Brownsword, Mieth (cur.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, 2014
- Sole24Ore, 14 giugno 2013, *Big data: tre profili a confronto sul valore dei dati personali*, disponibile al sito <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2013-06-14/data-profilo-confronto-012622.shtml?uuiid=AbTdmq4H>
- Solove, *Nothing to Hide – the False Tradeoff between Privacy and Security*, Yale University Press, 2011
- Solove, *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York University press, 2004
- Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008
- Solove, Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, in *Columbia Law Review*, 2014, 114
- Solove, Rotenberg, Schwartz, *Information Privacy Law*, Aspen Publishers, New York, 2006
- Stajano, Oliver, Lepri, de Oliveira, Caraviello, Sebe, *Money Walks: A Human-Centric Study on the Economics of Personal Mobile Data*, <http://arxiv.org/abs/1407.0566>
- Standler, *Privacy Law in the U.S.A.*, 1997
- Strahilevitz, *Toward a positive theory of privacy law*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 7
- Stucke, *Reconsidering Competition*, in *Mississippi Law Journal*, 2011, 81
- Stucke, Grunes, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2015, 2
- Swanson, *The Public and Private in Aristotle's Political Philosophy*, 1992, 207

- Tasioulas, *Human Dignity and the Foundations of Human Rights*, in McCrudden (cur.), *Understanding Human Dignity*, OUP/British Academy, 2013
- Tene, *Reforming data protection in Europe and beyond: a critical assessment of the second wave of global privacy laws*, in Rallo Lombarte, García Mahamut, *Hacia un Nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, 2015
- Terrasi, *Swift Program e tutela della riservatezza: ancora sul trasferimento di dati dall'Unione Europea agli Stati Uniti*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, vol. 2, 3
- Terrasi, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: L'Accordo tra UE e Stati Uniti del 2007*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, vol. 91, 2
- Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2014
- Treves, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, 2005
- Tucker, *The economics of advertising and privacy*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2012, 30
- Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: the Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, in *Northern Illinois University Law Review*, 1990, 10(3)
- Ufficio esecutivo del presidente degli Stati Uniti, *Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, rapporto di maggio 2014, inizialmente disponibile al sito www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf, ora disponibile al sito https://bigdatawg.nist.gov/pdf/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf
- Van Gyseghem, *Introduction. L'opposition entre la protection de la Vie Privée et les intérêts économiques: dans quelle pièce joue-t-on?*, in Pérez Asinari, Palazzi (cur.), *Cahiers du CRID*, n. 31, *Défis du Droit à la Protection de la Vie Privée – Challenges of Privacy and Data Protection Law*, Bruylant 2008
- Vedaschi, Lubello, *Data retention and its implications for the Fundamental Right to Privacy*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, 20, 1
- Victor, *The EU general data protection regulation: toward a property regime for protecting data privacy*, in *The Yale Law Journal*, 2013, 123, 2
- Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci, 2015
- Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Bari-Roma, 2009, in Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1
- Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, nella traduzione di Bianchi, Feltrinelli, 1995
- Wade, *A New Age of Privacy Protection: a Proposal for an International Personal data Privacy Treaty*, in *The George Washington International Law Review*, 2010, 3, vol. 42
- Waldron, *Dignity and Rank*, in *European Journal of Sociology*, 2007
- Waldron, *How Law protects Dignity*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 317, 2012
- Waller, *Antitrust and Social Networking*, in *North Carolina Law Review*, 2011, 90, 1771
- Warren, Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 14

Weil, *La personne et le sacré*, 1957

Westin, *Privacy and Freedom*, in *Washington and Lee Law Review*, 1968, 166

Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, 1967

Whitman, "Human dignity" in *Europe and the United States: the social foundations*, in Nolte (cur.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Council of Europe, 2005

Xu, Luo, Carroll, Rosson, *The personalization privacy paradox: An exploratory study of decision making process for location-aware marketing*, in *Decision Support Systems*, 2011, 51

Zeno Zencovich, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*, in *Il Corriere giuridico*, 1997

Ziegler, *Introduction: Human Rights and Private Law – Privacy as Autonomy*, in Ziegler (cur.), *Human Rights and Private Law, Privacy as Autonomy*, Hart, 2007

Zuiderveen Borgesius, *Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet*, in Alemanno, Siboni (cur.), *Nudge and the Law*, Hart Publishing, 2015

Zuiderveen Borgesius, *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer, 2014

* * *

Principali Siti web

Autorità garante della concorrenza italiana – www.agcm.it

Autorità garante della concorrenza tedesca – www.bundeskartellamt.de

CERN – <https://home.cern/topics/birth-web>

Consiglio d'Europa – www.coe.int

Corte di giustizia dell'Unione europea – www.curia.europa.eu

DG Competition – European Commission – http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html

ENISA – <https://www.enisa.europa.eu/topics/data-protection/privacy-enhancing-technologies>

EPIC – <https://www.epic.org/epic/about.html>

EUR-LEX – www.eur-lex.eu

Eur-lex – Glossary – http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html

European Commission – *Digital Agenda* – https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en

European Commission – *Digital Single Market* – <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy>

European Data Protection Supervisor – www.edps.europa.eu

Garante privacy italiano – www.garanteprivacy.it

Federal Trade Commission – <https://www.ftc.gov>

Légifrance – www.legifrance.gouv.fr

New York Times – www.nytimes.com

Normattiva – legislazione italiana – www.normattiva.it

Parlamento europeo – <http://www.europarl.europa.eu>

Privacy Shield – Unione europea – http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/eu-us-privacy-shield/index_en.htm

Privacy Shield – USA – <https://www.privacyshield.gov/welcome>

United Nations – www.un.org

Wikileaks – www.wikileaks.org