



Ordine giuridico ed evoluzione tecnologica, a proposito del recente libro su “i dati personali nel diritto europeo”.^{* 1}

di Raffaella Messinetti e Giovanni Di Lorenzo²

SOMMARIO: 1. Scelta di metodo e criterio sistematico.- 2. Protezione della persona e circolazione dei dati personali.- 3. Interprete e diritto europeo.- 4. Per una lettura “patrimonialistica” del fenomeno.- 5. Persona e mercato dei dati.- 6. Persona e codice tecnologico della “società digitalizzata”. - 7. Principio di effettività. Neutralità della tecnica?

1. Scelta di metodo e criterio sistematico

Tutt’altro che agevole si rivela il tentativo di rintracciare la chiave di lettura di un’opera poderosa ascrivibile al sapiente contributo di Autori numerosi, ancor più se cultori di discipline non coincidenti.

Nessuna meraviglia desta, dunque, che l’indicata difficoltà possa essere avvertita dal lettore del volume “i dati personali nel diritto europeo”, curato da Vincenzo Cuffaro, Roberto D’Orazio, Vincenzo Ricciuto e dedicato allo studio della disciplina introdotta dal Regolamento UE 2016/679.

Si tratta, infatti, di una difficoltà che a me pare ineludibile, se solo si considera l’obiettivo ambizioso perseguito dai Curatori e dagli Autori dell’opera di fornire un quadro esauriente e approfondito dei numerosi problemi che vengono in rilievo nello studio della complessa recente disciplina della privacy. Di una difficoltà conseguente alla scelta di metodo professata di analizzare la recente disciplina attraverso, piuttosto che l’esegesi delle singole disposizioni introdotte dalla fonte europea, saggi dedicati alle principali questioni problematiche del diritto europeo

^{*} Contributo sottoposto a *peer review*

¹ I paragrafi da 1 a 3 sono riferibili a Giovanni Di Lorenzo; i paragrafi da 4 a 7 sono riferibili a Raffaella Messinetti.

² Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Privato, Sapienza- Università di Roma; Professore associato di Istituzioni di Diritto Privato, Sapienza-Università di Roma.

della privacy.

L'opera fornisce, infatti, l'approfondimento critico delle numerose questioni che vengono in rilievo nello studio del diritto della privacy; e si rivela, davvero, significativa, non soltanto per la comprensione delle implicazioni sistematiche che la recente disciplina europea ha prodotto sul regime preesistente, ma anche per la ricerca della soluzione dei numerosi problemi emersi in sede di applicazione delle regole giuridiche.

Nonostante l'indicata scelta di metodo l'opera parrebbe, comunque, segnata da una idea ricorrente in ciascuno dei saggi raccolti; e, segnatamente, dall'idea, accolta dal legislatore europeo, che l'evoluzione della tecnica digitale dischiuda sul piano del diritto il problema di contemperare la protezione della persona con l'indeclinabile esigenza di far circolare i dati personali. E, dunque, dalla consapevolezza che la globalizzazione della società e del mercato, lungi dall'assecondare la pretesa esistenziale di ciascuno alla "solitudine", nell'accezione espressa dalla formula del *right to be alone*³, renda sempre più urgente la soddisfazione del bisogno di fruire liberamente delle informazioni altrui.

Sul punto, l'opera in esame, traendo spunto da un dibattito risalente nella letteratura giuridica, accoglie la distinzione tra la protezione dei dati personali e il *right to be alone*.

Se quest'ultima situazione giuridica soggettiva mira ad assicurare l'intangibilità della sfera privata rispetto a qualunque interferenza operata da terzi soggetti, la protezione dei dati personali consente il controllo sulla circolazione delle "proprie" informazioni nelle relazioni sociali e, segnatamente, la selezione dei profili della propria identità personale che siano accessibili alla conoscenza altrui.

Tale nota distintiva della protezione dei dati personali, ricorrentemente evocata con l'espressione «autodeterminazione informativa»⁴, trae conforto negli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, in particolare, nella contrapposizione tra il «rispetto della vita privata e della vita familiare» e «la protezione dei dati di carattere personale»; ma anche in numerosi punti del regolamento UE n. 2016/679⁵, che sin dall'art. 1 accosta le «norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali» a quelle «relative alla libera circolazione di tali dati»; nonché richiama genericamente

³ Per l'elaborazione originaria del diritto alla *privacy* si rinvia al celebre saggio di WARREN - BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 1890, 193 ss. Una ricostruzione storica del tema è stata riproposta, in epoca più recente, da FARALLI, *La privacy dalle origini ad oggi. Profili storico-filosofici*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, Cedam - Wolters Kluwer, 2019, 6 ss.

⁴ La notazione di Rodotà - pubblicata, tra i numerosi scritti dedicati al tema in esame, nel volume *Il diritto di avere diritti*, Roma Bari, 2012, 79 ss. -, risuona proficuamente nelle pagine di R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 142.

⁵ Nel prosieguo sarà citato, per comodità d'esposizione, reg. UE.

l'esigenza di proteggere «i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche», omettendo qualunque puntuale riferimento al «rispetto della dignità umana» enunciato, invece, dall'art. 1 d.lg. 30 giugno 2003, n. 196⁶. E parrebbe trovare immediato riscontro, anche, nell'affermazione di principio secondo cui il diritto alla protezione dei dati personali, lungi dall'integrare «una prerogativa assoluta», va «contemperato» alla luce «della sua funzione sociale»⁷ con «altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità» (considerando n. 4, reg. UE); e ulteriore riscontro, dunque, nell'idea che la tutela dell'identità personale o della riservatezza, potendo condurre al sacrificio di altri «diritti fondamentali» come «la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa», non possa giustificare di per sé l'introduzione di limiti alla libera circolazione delle informazioni (considerando n. 4, reg. UE)⁸.

2. Protezione della persona e circolazione dei dati personali.

L'idea appena indicata, incline a tracciare una distinzione tra «autodeterminazione informativa» e right to be alone, è coerentemente sviluppata nell'esame del regime dei «diritti dell'interessato», ove è segnalata la centralità, più che del «consenso» dell'interessato, della trasparenza del trattamento dei dati personali.

A fronte dell'importanza assunta dalla libera circolazione delle informazioni, la volontà dell'interessato non funge da presupposto indeclinabile della liceità del trattamento, almeno quando quest'ultimo si riveli «necessario per il perseguimento di interessi legittimi» del titolare o del responsabile; e, in connessione con la perdita di centralità del consenso dell'interessato, l'ordine giuridico introduce un elenco dettagliato di obblighi informativi posti a carico del titolare/responsabile del trattamento dei dati.

⁶ Sul punto, ineludibili sono le pagine di S. RODOTA', *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 109; ID., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 201 ss.; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.; ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995. Significative, anche, le notazioni di ALPA-MARKESINIS, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 417 ss.

⁷ Sul tema, anche per la dettagliata ricostruzione della giurisprudenza europea e italiana in ordine ai limiti della protezione dei dati personali, v. A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, 2017, 609.

⁸ Tema, questo, indagato diffusamente nella letteratura civilistica. A tale riguardo, senza alcuna pretesa di completezza, ma anzi con la consapevolezza che una rassegna ordinata risulterebbe del tutto disagevole a fronte dei numerosi contributi offerti dalla dottrina, è opportuno il riferimento a E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 878; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Esi, 2015, 105; a F. DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché*, in *Corr. giur.*, 2018, 16; e a D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339.

Gli obblighi informativi sono ricollegati alla mera raccolta del dato personale, ovvero alla richiesta espressamente formulata dal soggetto interessato se «[...] sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano» (art. 15 reg. UE); e mirano a rendere edotto l'interessato, anzitutto, in ordine al contenuto della informazione veicolata a terzi soggetti, anche in vista del controllo sulla liceità e correttezza del trattamento⁹.

Sotto tale profilo, il regolamento europeo distingue, in linea di continuità con quanto stabilito dagli artt. 10 e 11 della dir. 46/95, a seconda che i dati personali siano o meno «raccolti presso l'interessato». E, rannodando all'accennata distinzione valore in vista della indicazione del contenuto dell'informativa¹⁰ nonché del termine di adempimento dell'obbligo d'informazione¹¹, reca implicitamente l'idea che la trasparenza prescindendo dalla base giuridica del trattamento. E infatti, qualora tale base coincidesse con il consenso, l'esauritiva comunicazione funge da presupposto della rilevanza giuridica della volontà dichiarata dall'interessato e della liceità del trattamento dei dati personali. La dichiarazione resa dall'interessato rende lecito il trattamento, solo se la volontà esternata sia «[...] libera, specifica, informata e inequivocabile». Sotto tale profilo, il consenso informato integra un presupposto di liceità del trattamento, al pari di quanto prescritto, rispettivamente, dall'art. 2, lett. h, dir. 46/95¹² e dall'art. 23 d.lg. 196/03¹³.

⁹ Sul significato e sulla funzione del riferimento alla correttezza v. F. D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI, A. BELLELLI, F. P. LUISO, E. NAVARRETTA, S. PATTI, P. M. VECCHI (a cura di), *Tutela della privacy*, Padova, Cedam, 1999, 228. L'autore osserva che «con la direttiva sul trattamento dei dati personali la correttezza spinge verso la responsabilità, ma il moto di base di questo indirizzo è lo stesso: il recupero di regole elastiche come quella della correttezza per far fronte agli odierni problemi di tutela dei soggetti deboli». Sia consentito di rinviare anche al mio contributo, *Spunti di riflessione su taluni «diritti dell'interessato»*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 240.

¹⁰ Nel caso in cui «i dati personali non siano stati ottenuti presso l'interessato» l'informativa deve indicare «la fonte da cui hanno origine i dati personali e, se del caso, l'eventualità che i dati provengano da fonti accessibili al pubblico» (art. 14, paragrafo 2, lett. f).

¹¹ Sul punto, cfr. gli artt. 13 e 14, paragrafo 3 reg. UE.

¹² Tale disposizione identificava il consenso in «[...] qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto di un trattamento».

¹³ L'indicata disposizione precisava che «il consenso è validamente prestato [...] se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13».

In riferimento alla natura giuridica del consenso, con riguardo alla disciplina dettata dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675, v. S. PATTI, *Art. 11. Consenso*, in C. M. Bianca, F. Busnelli, A. Bellelli, F. P. LUISO, E. NAVARRETTA, S. PATTI, P. M. VECCHI (a cura di), *Tutela della privacy*, cit., 359; V. ZENO ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, in *Corr. giur.*, 1997, 915.

In epoca più recente, con riferimento alla previgente disciplina dettata dal codice della *privacy*, v. S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera Circolazione e protezione dei dati personali*, t. I, Milano, 2006, 1016; A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, 188. E, in riferimento alla rilevanza che il consenso assume nel regolamento 2016/679 UE, v. F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 101 ss.

La circostanza che il titolare del trattamento previamente fornisca le informazioni non esclude, di per sé, che il consenso sia espresso inconsapevolmente, allorché l'interessato non legga o comprenda l'informativa. E che tale consenso integri cionondimeno una adeguata base giuridica del trattamento, almeno quando alla stregua delle circostanze concrete il titolare dimostri di aver prestato puntuale esecuzione al dovere di *clare loqui* e di fornire ciascuna delle comunicazioni elencate dagli artt. 13 e 14 reg. UE.

Nella indicata ipotesi parrebbe ragionevole imputare all'interessato, colpevolmente incurante della informativa, il rischio della inconsapevole circolazione dei propri dati personali.

Sebbene la Corte di Cassazione¹⁴ abbia rilevato che il consenso riceva dalla disciplina della privacy una protezione «rafforzata [...]» e sia «distinto» rispetto a quello «[...] in generale richiesto a fini negoziali»¹⁵, la soluzione incline ad affermare la liceità del trattamento nel caso in cui l'interessato ignori colpevolmente l'informativa sulla privacy, pare trovare conforto in talune disposizioni che pongono a carico dell'interessato un onere di autoresponsabilità, che attenua l'obbligo di trasparenza imposto al titolare del trattamento.

In particolare, l'indicato obbligo è adempiuto se l'informativa rende «intelleggibili» le comunicazioni prescritte dagli artt. 13 e 14 del regolamento e, dunque, suscettibili di essere comprese con l'ordinaria diligenza dall'interessato. Prova ne è la circostanza che il titolare del trattamento non è tenuto a fornire l'informativa allorché «l'interessato dispone già delle informazioni». E l'interessato «dispone» delle informazioni allorché abbia la possibilità di acquisirne la conoscenza, quand'anche non si sia dato cura di leggere l'informativa.

Di tal che, sul piano del diritto, l'acquisizione dell'informazione nella propria sfera di disponibilità tiene luogo della effettiva conoscenza. E, pertanto, preserva la liceità del trattamento la cui base giuridica sia fondata sul consenso preventivo.

Ulteriore indice parrebbe fornire l'art. 14, paragrafo 5 reg. UE, nella parte in cui solleva il titolare del trattamento dall'obbligo di rendere l'informativa allorché la comunicazione «[...] risulti impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato». E, sebbene l'indicata disposizione alluda espressamente alle informazioni da fornire qualora i dati personali «non siano stati ottenuti presso l'interessato», la

¹⁴ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Nuova giur. civ.*, 2018, I, 1775, con nota di F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, ove è contenuta, anche, una ordinata rassegna dei provvedimenti resi dal Garante *privacy* in tema di libertà del consenso.

¹⁵ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., 1777. In particolare, la Suprema Corte nega «[...] che il consenso considerato da tale disposizione sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali, ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli artt. 1428, 1435 e 1439 c.c.».

comunicazione parrebbe rivelarsi impossibile ogni qual volta il soggetto da ultimo indicato si sottragga negligenemente alla lettura dell'informativa.

3. Interprete e diritto europeo.

L'accennata distinzione tra «autodeterminazione informativa» e right to be alone dischiude un nodo centrale della disciplina europea della privacy, approfonditamente indagato nell'opera in esame e, in particolare, il problema del bilanciamento tra i diritti dell'interessato e le molteplici esigenze di ordine pubblico e privato connesse alla libera fruizione delle informazioni.

Ora, se solo si considerano le numerose regole dettate dal Regolamento UE in ordine al problema appena indicato, parrebbe possibile revocare in dubbio l'idea, autorevolmente esposta nel capitolo introduttivo dell'opera in esame, secondo cui il diritto europeo della privacy «[...] finisce per marginalizzare ancora una volta il ruolo dell'interprete»¹⁶.

Nonostante la mostrata consapevolezza che il diritto della privacy esiga scelte politiche precise che contemperino distinti «diritti fondamentali»⁽¹⁷⁾, il Regolamento UE non sempre offre una soluzione univoca all'indicato conflitto tra gli interessi che vengono in rilievo. In particolare, il legislatore europeo affida in talune ipotesi, a dispetto della natura giuridica della fonte prescelta e del connesso obiettivo di uniformare le discipline giuridiche nazionali, il bilanciamento tra le contrapposte esigenze del controllo e della libera circolazione dei dati personali al «diritto dello Stato membro», come per la precisazione dei casi in cui il trattamento non esige il consenso dell'interessato poiché «è necessario per adempiere un obbligo legale» oppure «è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri» art. 6, par. 1, lett. c) ed e).

In altre ipotesi, affida il bilanciamento alla valutazione dell'interprete il quale è chiamato a compiere, in assenza di una fattispecie astratta e di puntuali criteri di giudizio fissati da una norma giuridica, una scelta alla stregua delle circostanze concrete. Tale è l'ipotesi in cui «il trattamento [sia] necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore» (art. 6, par. 1, lett. f); oppure l'ipotesi in cui il titolare del trattamento possa astenersi dal comunicare all'interessato

¹⁶ V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, 19.

⁽¹⁷⁾ Segnalata chiaramente da S. RODO'TA', *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 3 ss.; ID., *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, 521 ss.

l'informativa privacy allorché «[...] comunicare tali informazioni risult[] impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato» (art. 14, par. 5, lett. b).

Ora, tali indici positivi da ultimo richiamati, nella misura in cui affidano il bilanciamento degli interessi all'accertamento delle circostanze concrete che vengono in rilievo rispetto allo specifico trattamento dei dati, sembrano enfatizzare - piuttosto che «marginalizzare» - il ruolo dell'interprete; e investire quest'ultimo del compito di amministrare gli interessi in conflitto, anche in assenza puntuali criteri di valutazione fissati da una norma giuridica.

4. Per una lettura “patrimonialistica” del fenomeno.

Tra gli spunti ermeneutici di maggiore originalità offerti dal volume, deve annoverarsi la «lettura patrimonialistica» del fenomeno del trattamento dei dati personali. Una lettura innovativa: per un verso, è diversa ma non alternativa rispetto a quella “personalistica”, consolidata dalla tradizione scientifica italiana¹⁸; per l'altro, è aggiornata all'evoluzione tecnologica ed economica che ha istituito nel mercato dei dati personali un contesto essenziale del capitalismo digitale della contemporaneità.

La lettura muove dalla ricognizione di un dato di realtà: il processo di patrimonializzazione dei dati personali e perciò il riconoscimento della loro natura (anche) di merce. Un processo compiutosi sul piano normativo, non meramente economico; nel capitalismo digitale, i dati personali sono beni in senso giuridico in virtù di un principio cardinale del diritto privato: quello di patrimonialità.

Il punto è di evidente rilevanza, rinviando al circolo comunicativo tra diritto e realtà vitale e all'autoreferenzialità quale connotato costitutivo del diritto formale della modernità¹⁹. Nella qualificazione dei dati personali come beni giuridici deve infatti rinvenirsi la funzione ordinatrice che il diritto privato moderno ha affidato al principio di patrimonialità: governare il collegamento tra diritto ed economia istituendo la logica del mercato quale logica normativa dei rapporti economici. È in virtù di questo collegamento che la transizione delle risorse dall'economico al giuridico viene affidata (dal diritto) al mercato; alla sua misura oggettiva costituita dalla scambiabilità. Di conseguenza, diviene bene giuridico «non ciò che è utile, limitato, scarso, ma tutto ciò che, utile o effimero, limitato o abbondante, è storicamente in grado di incontrare una domanda. In altri termini, non qualsiasi entità che abbia valore d'uso ma solo quei valori d'uso suscettivi di assumere la forma del valore di scambio»; persino «entità che

¹⁸ Sul punto, le acute osservazioni di N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 35 ss.

¹⁹ Riferimento scontato quanto fondamentale è M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, Giappichelli, 1996.

soddisfano bisogni di carattere non economico, purché assumano valore di scambio, forma di merce»²⁰.

La necessità di una lettura del fenomeno del trattamento dei dati personali diversa ed ulteriore rispetto a quella tradizionale risponde a una funzione “ortopedica” della comprensione del tema declinata in un doppio effetto. Il primo: restituire al discorso giuridico la complessità del fenomeno che sarebbe stata occultata da una “sovra” - attenzione ai profili personalistici ed esistenziali inerenti il soggetto cui i dati si riferiscono. A tal fine, occorre recuperare «l’ipotesi che quel soggetto ben potrebbe disporre dei propri dati ricavandone profitto, secondo i modelli e gli schemi giuridici propri dello scambio economico» e la dimensione della «attività economica di impresa che è alla base, nella prospettiva di chi acquista e compie operazioni economicamente valutabili, del trattamento dei dati personali».

Questo il secondo effetto: rimuovere gli ostacoli - sinora frapposti dal legislatore nazionale - al percorso di armonizzazione tracciato dal diritto europeo per il suo obiettivo fondamentale: lo sviluppo dei mercati e dell’economia digitale.

Sotto il primo profilo, la «lettura patrimonialistica» del trattamento e della protezione dei dati personali oltrepassa il confine sistemico della tutela della persona per declinare il fenomeno anche nel contesto delle relazioni cooperative e di scambio. La conseguenza è il potenziamento della strategia giuridica della protezione dei dati e la restituzione al titolare dei dati personali degli strumenti realizzativi della sua autonomia negoziale. Il ragionamento è lineare: se i dati personali sono beni economici e giuridici e se il trattamento è (anche) una operazione economica, la collocazione mercantile del fenomeno ha un effetto indiscutibile: il potere giuridico dell’individuo di disporre dei suoi dati personali nelle forme e con le tecniche giuridiche dei diritti patrimoniali. Come dire - in estrema sintesi - che il mercato dei dati ne implica la libera circolazione, la quale implica, a sua volta, la libertà di disporre.

Sotto il secondo profilo, si evidenzia come, anche dalla prospettiva del diritto europeo, la chiave per ricostruire appropriatamente il trattamento dei dati personali quale fenomeno giuridico sia fornita dal mercato e dalle relazioni cooperative che nel suo ambito ne realizzano la funzione strategica essenziale: la circolazione della ricchezza. Scopo del GDPR sarebbe, infatti, promuovere la circolazione giuridica della peculiare forma di ricchezza costituita dai dati personali secondo i criteri propri del mercato e - quindi - in virtù di un principio fondamentale delle attività economiche: la libera circolazione dei dati personali all’interno dell’Unione.

Non è un caso che il Regolamento, già nel suo primo articolo, identifichi nella libera circolazione dei dati personali un contenuto assiologico da garantire e sviluppare; una finalità normativa essenziale, posta - significativamente - accanto al “diritto alla

²⁰ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene, 1996, 328.

protezione dei dati personali” (protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali)²¹. La semplicità testuale dell’enunciato è proporzionale alla sua importanza: fornire indici chiari per individuare la prospettiva fondamentale assunta dal diritto europeo per governare «l’infosfera»²²: il nodo centrale è la relazione dialettica tra libera circolazione e protezione dei dati personali; il contesto principale è la regolazione del mercato.

Non deve trarre in inganno il fatto che nel discorso complessivo del GDPR la libera circolazione delle informazioni personali risulti funzionale alla realizzazione di una multiforme varietà di interessi dell’individuo e della collettività, di natura sia pubblicistica sia privatistica. Una pluralità che il sintagma «libera circolazione delle informazioni personali» riassume lasciando tipologicamente indistinta²³. Ciò - ben vedere - manifesta sia un connotato distintivo della libera circolazione dei dati quale obiettivo strategico del GDPR, sia un carattere comune a tutte le libertà costituenti i “pilastri” dell’Unione Europea: non essere un fine «ultimo» ma strumentale; un mezzo per produrre altri mezzi per l’unico fine: il mercato unico²⁴. Come la letteratura scientifica – non soltanto

²¹ La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea riconosce le istanze di tutela della persona umana sottese ad entrambe le «anime» che la *privacy* esprime nella contemporaneità: il *right to be let alone* e il *right to privacy*.

A ciascuna di queste due anime viene riservato un distinto articolo: l’art. 7 «Rispetto della vita privata e familiare» e l’art. 8 «Protezione dei dati di carattere personale». Secondo il primo: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni»; per la seconda disposizione: «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. 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. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un’autorità indipendente». Stefano RODOTÀ (*Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 397 - 398) ha conclusivamente chiarito che: «la distinzione non è solo di facciata. Nel rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell’escludere interferenze altrui: la tutela è statica, negativa. La protezione dei dati, invece, fissa regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri di intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione». Nella nuova dimensione vitale del *cyberspazio* non serve soltanto un «recinto in cui essere lasciati soli», protetto in virtù del potere di esclusione dell’alterità; serve soprattutto un potere dinamico: «entrare» nei circuiti della comunicazione seguendo il flusso dei propri dati personali e controllare la propria identità. Si tratta di un dispositivo giuridico di apertura che garantisce un controllo democratico sulle nuove forme di esercizio del potere sociale. Nella c.d. società dell’informazione il problema della *privacy* è naturalmente connesso al tema dell’organizzazione del potere in virtù del legame inscindibile e qualificante che in questa si istituisce tra esercizio del potere e uso delle informazioni. Se l’esercizio del potere implica l’uso strategico di informazioni personali, ciò in una organizzazione democratica ha una conseguenza necessaria: garantire all’individuo il controllo sull’uso dei propri dati personali da parte dei poteri. Si tratta, con evidenza, di un momento costitutivo del controllo democratico. Così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, 105 ss; ID. *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 164 ss.

²² Sull’origine di questa espressione e sulla sua significatività nella narrazione della società contemporanea, per tutti, L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell’età dell’informazione*, Torino, Giappichelli, 2009.

²³ Nel discorso prescrittivo del GDPR, il sintagma “libera circolazione dei dati personali” include indistintamente una multiforme pluralità di interessi eterogenei senza dire nulla né sulla natura dell’interesse giuridicamente rilevante espressivo dell’istanza circolatoria, né sulle ragioni della sua possibile prevalenza sulle istanze contrapposte.

²⁴ Infatti, «il mercato non è più strumento, mezzo, ma fine a sé stesso, giacché non c’è nessun oltre che si collochi fuori, nella sfera delle relazioni sociali o naturali fra gli uomini e fra gli uomini e le cose»: così P.

giuridica – ha conclusivamente spiegato, questa peculiare relazione funzionale è espressione del codice costitutivo della modernità e della sua perdurante validità: l’egemonia dell’economia e della sua ragione tecnica e strumentale. Con altre parole: il primato dei mezzi sui fini; «l’obiettivo di soddisfare il maggior numero possibile di bisogni economici della maggioranza possibile di cittadini tramite lo sviluppo della tecnica»²⁵ e l’illusione tecnologica che la «produzione per la produzione» porta con sé: che la crescita infinita e indefinita dei mezzi consenta la realizzazione di tutti gli scopi²⁶.

In questa prospettiva, la proposta ricostruttiva presentata nel volume valorizza il nesso strumentale che collega la libera circolazione dei dati personali alla libertà di disporre da parte del titolare (la persona fisica cui i dati si riferiscono). E’ chiaro che la libera circolazione dei dati personali rinvii *naturaliter* al mercato come luogo del libero scambio²⁷ e perciò al calcolo delle convenienze individuali come criterio dell’efficiente allocazione delle risorse. Sotto questo profilo, il contratto costituirebbe il medium cooperativo capace di restaurare un’asimmetria intrinseca alla circolazione dei dati personali come pura fattualità: l’appropriazione unilaterale del loro valore economico da parte del titolare del trattamento²⁸.

BARCELLONA, *Il capitale come puro spirito. Un fantasma si aggira per il mondo*, Editori Riuniti, Roma, 1990, 18. Per questa impostazione nel diritto europeo, conclusive le riflessioni di M. BARCELLONA - riassunte in - *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in C. SALVI, (a cura di) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, Giappichelli, 2012, 155 ss. In una prospettiva parzialmente diversa e più ampia, resta fondamentale M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione*, Torino, Einaudi, 1969, 91, secondo il quale rammenta che: «La completa trasformazione del mondo in un mondo di mezzi anziché di fini è essa stessa la conseguenza dello sviluppo storico dei metodi di produzione. Via via che la produzione materiale e l’organizzazione sociale diventano più complicate e reificate, sempre più difficile diventa riconoscere i mezzi come tali, in quanto essi assumono l’apparenza di entità autonome».

²⁵ P. BARCELLONA, *Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo, 1998, 195.

²⁶ Secondo K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 1974, 54, con la rivoluzione industriale si è diffuso un «credo completamente materialista»; l’idea che «tutti i problemi umani potessero essere risolti per mezzo di una quantità illimitata di beni materiali»; G. ANDERS, *L’uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell’epoca della terza rivoluzione industriale*, Torino, Bollati-Boringhieri, 1992, II, 338 ss. Sulla funzione totalizzante del mercato, decisiva e insuperata per il pensiero giuridico è l’opera di P. BARCELLONA, con particolare riferimento a: *L’individualismo proprietario*, Torino, Bollati Boringhieri, 1987; ID., *L’egoismo maturo e la follia del capitale*, Torino, Bollati-Boringhieri, 1988; ID., *Il capitale come puro spirito*, cit.; ID., *Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, cit.; ID., *L’individuo e la comunità*, Roma, Editori Riuniti, 2000.

²⁷ Precisa giustamente F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, Milano, Cedam - Wolters Kluwer, 2018, 57-58, che l’espressione «libera circolazione dei dati personali» non va intesa in senso letterale ma come sineddoche, comprensiva di tutte le operazioni di trattamento; il riferimento linguistico al momento circolatorio vuole sottolinearne «la dimensione ritenuta più significativa per il soddisfacimento degli obiettivi europei, in funzione sia del processo di integrazione affrontato dall’UE, sia della realizzazione del mercato unico».

²⁸ A. NOVOTNY - S. SPIECKERMANN, *Personal Information Market and Privacy: A New Model to Solve the Controversy*, in SSRN - Electronic Journal, 2012.

5. Persona e mercato dei dati.

La «lettura patrimonialistica» della fenomenologia giuridica del trattamento dei dati personali si propone di superare un altro limite della lettura tradizionale: ridurre alla conflittualità assiologica tra persona e mercato il nodo giuridico essenziale del trattamento. Si sostiene infatti che, rispetto alla complessità sistemica del trattamento e della protezione dei dati personali, l'alternativa persona - mercato porrebbe un «falso problema».

L'originalità della posizione è pari alla sua rilevanza teoretica, richiedendo un'attenta esplorazione delle possibili ragioni giustificatrici. A prima vista, potrebbero formularsi due diverse ipotesi esplicative del senso della “falsità” dell'alternativa persona-mercato. La prima: la impropria rimozione della dimensione patrimonialistica come lettura ulteriore e necessaria del fenomeno giuridico della protezione dei dati personali; la seconda: la impropria prospettazione del conflitto come significato nucleare e ineludibile del problema giuridico posto dal trattamento dei dati personali ²⁹.

Nel primo aspetto, l'alternativa persona-mercato prospetterebbe un falso problema nel senso che disconosce la maggiore complessità sistemica della protezione dei dati personali: una sintesi di prerogative e poteri non solo di natura esistenziale ma anche di natura patrimoniale. Come si è detto, la «lettura patrimonialistica» del fenomeno, valorizzando l'aspetto della regolamentazione del mercato dei dati personali, ripristina il ruolo dell'autonomia privata (anche) dell'individuo (cui i dati si riferiscono), restituendogli prerogative implicate dalla titolarità di beni economici di importanza centrale nella società digitale. Per tentare una sintesi: se la posizione del titolare dei dati è irriducibile alla (sola) ragione personalistica, dal suo punto di vista persona e mercato non denotano contesti alternativi (e contrapposti) bensì coniugati dalla strategia giuridica di protezione dei dati personali elaborata dal diritto europeo.

Sotto il secondo profilo, l'alternativa persona-mercato prospetterebbe un falso problema nella misura in cui supponga una polarità assiologica e una conflittualità che siano in realtà inesistenti. Potrebbe ipotizzarsi cioè che il segmento fenomenologico costituito dalla disposizione negoziale dei propri dati sul mercato digitale sia irriducibile non solo alla dialettica persona-mercato ma a nessun'altra forma di conflittualità: l'unica istanza in gioco, in questa situazione, sarebbe la libera circolazione dei dati, nella quale si realizzerebbe la perfetta coalescenza degli interessi sia del titolare dati personali che del titolare del trattamento.

²⁹ L'alternatività è condizione implicata *naturaliter* dal bilanciamento quale modello di soluzione del conflitto tra posizioni equivalenti: all'esito della ponderazione delle due posizioni collidenti secondo le circostanze del caso concreto, l'una prevale e l'altra soccombe.

Per mettere meglio a fuoco questa ipotesi, potrebbe dirsi - con le parole di un'autorevole dottrina - che la funzione regolativa propria del principio di patrimonialità, alle prese con la società della comunicazione digitale, abbia realizzato un mutamento sistemico: la transizione dei dati dal campo dell'essere a quello dell'avere.

Sarebbe - questo - un processo di differenziazione funzionale³⁰ sufficiente ad escludere dalla fattispecie della circolazione dei dati personali la rilevanza di qualunque problema di tutela della persona?

Le pagine del volume restituiscono una risposta negativa. Come si è visto, la «lettura patrimonialistica» non vuole essere alternativa, ma ulteriore e diversa da quella tradizionale per restituire al fenomeno del trattamento dei dati personali la complessità sistematica sinora negata. Da questa prospettiva, si osserva che, nonostante l'avvenuta patrimonializzazione, il dato personale costituisce una “merce” affatto peculiare per una ragione intrinseca e costitutiva: la funzione comunicativa “soggettivamente” riferita all'identità di una persona fisica. Detto altrimenti: il dato personale è un'entità giuridica complessa, capace di porre contestualmente in gioco due piani sistemici: quello personalistico - esistenziale e quello patrimoniale - mercantile. Il nesso tra i due piani è palese: il riferimento del dato alla persona (più precisamente: la sua capacità di informare sull'identità personale di un individuo) è la ragione del suo valore economico. Si comprende perciò che neppure la circolazione mercantile del dato informativo possa interrompere il legame tra il dato e la persona di cui questo “parla”; un legame che rinvia ai nuovi processi di costruzione dell'identità personale conati dalla società digitale.

Il punto è centrale: il carattere originale della società contemporanea quale società dell'informazione rende difficile eludere una corrispondenza: se nella società digitalizzata «tu sei le tue informazioni», «tutto ciò che è fatto alle tue informazioni è fatto a te e non a ciò che possiedi»³¹. Questa immagine, nel tempo della rivoluzione informatica, restituisce un fatto: la «natura informazionale» dell'identità personale, da un lato, manifesta il carattere «autofondativo» della privacy³² nella società della comunicazione digitalizzata; dall'altro, istituisce nel contesto sistemico della persona lo scenario invariabile della fenomenologia del trattamento dei dati personali.

Non a caso, quindi, per un verso, il conflitto tra valori e interessi contrapposti è il paradigma basilico mediante il quale il diritto europeo organizza e comprende la prassi della società dell'informazione digitale; per l'altro, il conflitto, nella sua forma tipica

³⁰ Riferimento scontato a N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978; ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990. Originali sviluppi in M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, cit.

³¹ L. FLORIDI, *Infosfera*, cit., 148.

³² L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina, 2017, 134.

prevalente, contrappone la persona al mercato³³. Su questo aspetto, già segnalato nelle pagine che precedono, occorre tornare a soffermarsi.

Indizi univoci per ricostruire in questo senso l'orizzonte ermeneutico del Regolamento si possono agevolmente rinvenire sin dalla trama normativa dei considerando. E' sufficiente uno sguardo alla pluralità degli obiettivi strategici identificati dal considerando n. 2 per prefigurarsi come la relazione tra tutela della persona, da un lato, e garanzia della libera circolazione dei dati, dall'altro, generi situazioni di conflitto non solo tra istanze omogenee (ad esempio: tra diritto alla privacy e diritto di cronaca) ma anche (e più frequentemente) tra istanze eterogenee, come diritti della personalità e libertà economiche. Nella prospettiva del conflitto, un altro dato risulta chiaro: le istanze confliggenti, proprio nella misura in cui vengono rinviate dal Regolamento alla necessità del bilanciamento, sono – per ciò stesso – considerate come equivalenti sul piano normativo³⁴.

Per sintetizzare il senso di questa qualificazione, nell'ipotesi di conflitto tra diritti della persona e libertà economiche, potremmo parlare di «equivalenza tra persona e mercato»³⁵. Una qualificazione – questa – che nel panorama sovranazionale europeo non costituisce certamente una novità, rinviando piuttosto ad un disallineamento evidente: quello tra la visione costituzionale europea (Carta dei diritti fondamentali UE e CEDU), nella quale anche le libertà economiche costituiscono diritti fondamentali, da un lato, e la visione costituzionale italiana, dall'altro, nella quale la libertà economiche risulterebbero invece de- fundamentalizzate³⁶.

Bisogna chiedersi, allora, quale sia, nel discorso normativo del GDPR, la reale funzione comunicativa affidata a informazioni che risultano in apparenza scontate. La risposta – a mio avviso – è che l'equivalenza tra persona e mercato rifletta sia una finalità sia la sua strategia di attuazione. La prima: assecondare il mutamento della prassi innescato dall'evoluzione delle ICT; la seconda: «data l'importanza di creare il clima di fiducia» necessario allo «sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno» (considerando n. 7) riposizionare il punto di equilibrio tra persona e mercato mediante un paradigma di normalizzazione dei conflitti: l'affidamento a modelli di bilanciamento

³³ G. DI LORENZO, *Spunti di riflessione su taluni "diritti dell'interessato"*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., 237 ss.

³⁴ L'eguaglianza di rango dei valori collidenti è la condizione necessaria del bilanciamento; così, conclusivamente, R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, in particolare, 110 ss.

³⁵ F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà «fondamentali» tra mercato e persona: nuovi assetti dell'ordinamento europeo?*, in *Contr. e impr.*, 2018, 190 ss.

³⁶ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1981, 273 ss.; F. GALGANO, *Art. 41 Cost.*, in F. GALGANO - S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, tomo II, in G. BRANCA (a cura) *Commentario alla Costituzione*, artt. 41 - 44, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 724 ss; in particolare, per la distinzione tra proprietà come diritto reale e proprietà come diritto civile fondamentale, 767; C. SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile*, cit., 14.

aperti (anche) a *rationes* economicistiche e non pre-orientati dalla primazia del valore della persona umana ³⁷.

In questa prospettiva, risalta la comunicazione affidata al considerando n. 4, secondo cui «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, (ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità)». La precisazione appare a prima vista ingiustificata, trattandosi di un dato ritenuto scontato dalla cultura giuridica: nell'ordinamento costituzionale – democratico di una società pluralista la tavola dei valori fondamentali non contiene posizioni assolute; capaci cioè di prevalere le une sulle altre astrattamente – prima e al di fuori di ponderazioni misurate sulle peculiari circostanze dei casi concreti ³⁸.

Lo scopo comunicativo dell'enunciato del considerando n. 4 deve, allora, essere ragionevolmente un altro: rammentare agli Stati membri «recalcitranti» che pure le libertà

³⁷ Su questa primazia, tanto scontato quanto fondamentale il riferimento a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 1972; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, Esi, 2006; ID. *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Esi, 2005. Nel temperamento proporzionale tra diritti e libertà fondamentali in reciproca collisione, ai sensi del considerando n. 4. GDPR e dell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la primazia assiologica della persona umana risulta salvaguardata nella originale ricostruzione di F. BRAVO, «*Il diritto» a trattare dati personali*, cit. 199 ss.

³⁸ Il profilo attiene al significato del principio pluralista quale espressione essenziale dello Stato costituzionale-democratico: i diritti fondamentali, proprio perché tali, godono tutti di eguale garanzia giuridica. Detto altrimenti: l'ordinamento assicura la coesistenza di valori e di principi che, dal suo punto di vista, sono tendenzialmente dotati di eguale «dignità». È questo il modo in cui la Costituzione realizza quella funzione inclusiva che identifica la ragione della sua forza sociale, prima che giuridica: tutelare tutti gli individui allo stesso modo. Questa funzione implica la rinuncia ad ordinare (i valori ultimi e quindi i principi) e i diritti fondamentali in una gerarchia, precludendo la possibilità di stabilire che un principio prevalga su un altro *a priori*: facendo –cioè- astrazione dalle condizioni concrete di un conflitto che, contrapponendo l'agire libero dei soggetti, imponga la scelta tra due possibilità alternative: tutelare l'uno sacrificando l'altro o viceversa (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 112 ss.; G. ZAGRELBESKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 283 ss; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU-F.MESSINEO-L.MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004, 246 ss.; M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006). Chiaramente questa condizione attiene al piano in cui il principio si pone come proposizione comunicativa astratta (ad esempio: «i diritti fondamentali della persona sono inviolabili»). È in questa dimensione che nessun principio ha la capacità di limitarne nessun altro. Solo qui, perciò, può parlarsi di «assolutezza» dei principi fondamentali, e in una accezione semantica definita: sul piano normativo i valori non esprimono di per sé ragioni capaci di relativizzazione reciproca (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 119 ss.). È proprio questa caratteristica della comunicazione tra i principi fondamentali a fare del c.d. bilanciamento la tecnica della soluzione dei conflitti che insorgono nella prassi (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133). Infatti, è unicamente il problema concreto della vita, per le caratteristiche peculiari con cui «interroga» il diritto, ciò che rende possibile bilanciare i principi; «soppesarli» rispetto alle esigenze del caso concreto. Con altre parole: la ponderazione in cui il bilanciamento consiste è giuridicamente pensabile soltanto nel riferimento al caso concreto; la eventuale prevalenza di un valore fondamentale su un altro valore fondamentale è comprensibile non come questione di absolutezza bensì come *posterius* del singolo giudizio di bilanciamento; è un fatto occasionale, dipendente dalle circostanze del caso concreto (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 106 ss.). Dunque, se il principio del pluralismo democratico include, normalizzandola, la possibilità del conflitto tra i valori ultimi (tra i principi fondamentali) senza precludere a priori alcuna ipotesi risolutiva, allora fa anche in modo che ciascun diritto possa essere occasionalmente recessivo rispetto ad ogni altro interesse costituzionalmente rilevante - anche quando quest'ultimo non sia incorporato nella forma di una libertà individuale o di un diritto soggettivo.

economiche sono fondamentali³⁹ e conseguentemente che i diritti e le libertà fondamentali della persona – come esistenza – debbono essere bilanciati con l’ordine pubblico economico europeo e le sue libertà costitutive, potendo perciò risultare occasionalmente (e ragionevolmente) sacrificati anche per le esigenze di realizzazione dell’economia digitale.

È – questo – un orizzonte semantico in cui trova spiegazione coerente anche il riferimento alla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali: un medium linguistico per veicolare nel discorso ermeneutico la presenza di limiti particolarmente forti alle prerogative del titolare del diritto alla protezione dei dati personali, limiti di natura in primo luogo super-individuale, quali, appunto: la sicurezza, lo sviluppo dei mercati e dell’economia digitale, ecc.

Dobbiamo, in conclusione, riformulare il quesito così: il nuovo ordine giuridico del conflitto tra persona e mercato lascia desumere indizi di “falsità” della lettura alternativa sintetizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali?

La riconfigurazione della dialettica persona e mercato effettuata dal GDPR sembra prestarsi ad una doppia, opposta lettura. Da un lato, potrebbe argomentarsi che l’equivalenza tendenziale tra le due polarità depotenzi di per sé il tono del conflitto. Come si è detto, governarlo in virtù del bilanciamento significa, in certo senso, normalizzarlo. Dall’altro lato, però, non parrebbe azzardato sostenere l’idea che sia proprio la normalizzazione del conflitto a renderlo più acuto; è un fatto matematico, correlato all’incremento delle ipotesi di bilanciamento. La conclusione dipende - in definitiva - dal punto di vista.

La complessità giuridica dell’entità - dato personale ha una conseguenza - invece certa: la possibile coesistenza di tipi di problemi normativi e funzionalità sistemiche diversi all’interno di uno stesso concreto fenomeno di trattamento dei dati personali. Con altre parole: la razionalità del *neminem ledere*, correlata alla tutela della personalità può trovarsi a convivere con quelle dello scambio, correlate all’esplicazione dell’autonomia privata.

6. Persona e codice tecnologico della “società digitalizzata”

Il tentativo di declinare il senso in cui l’alternativa persona - mercato ingabbierebbe la comprensione del trattamento dei dati personali in un «falso problema» deve misurarsi con un’ultima ipotesi: che la contrapposizione persona-mercato riduca impropriamente la maggiore complessità della questione occultando che vi è sempre un conflitto, anche quando a collidere siano interessi patrimoniali (omogenei) ricomposti nel paradigma dello scambio. Da questa prospettiva, emergono due aspetti rilevanti. Il primo - generale

³⁹ La pluralità degli usi dell’espressione diritti fondamentali nel linguaggio della giurisprudenza costituzionale europea è attentamente ricostruita e decostruita da E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentale dell’U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, cit., 878 ss.

- rinvia al binomio naturale e inscindibile tra contratto e conflitto: al ruolo sistemico del contratto quale strumento di soluzione dei conflitti relativi alla circolazione della ricchezza. Detto altrimenti: l'assetto di interessi sanzionato dal contratto è sempre il *posterius* di una dinamica conflittuale: il calcolo individuale degli interessi e il loro confronto sul mercato. Il secondo - specifico - riguarda il contesto costruito dal GDPR: il conflitto di interessi riconducibili a valori di eguale rango gerarchico è la prospettiva assunta dal Regolamento affidando al modello del bilanciamento la soluzione dei vari problemi implicati dalla strategia della libera circolazione dei dati personali. Ponendo lo sguardo all'art. 6, è chiaro che, sebbene neppure la libera circolazione dei dati incorpori valori assoluti (né potrebbe incorporarli - come si è detto), essa appare dotata di una forza peculiare, spiegabile per una sola ragione: la libera circolazione dei dati è la condizione naturale dell'infosfera; la condizione necessaria al funzionamento e alla riproduzione della società dell'informazione digitale.

Questo aspetto non è affatto secondario per comprenderne la formalizzazione giuridica. Infatti, sebbene - come si è visto - la libera circolazione dei dati rinvii quasi *naturaliter* alla dimensione del mercato, non sembra riducibile alla mera garanzia del libero scambio delle informazioni personali per denotare invece situazioni in cui, in virtù di bilanciamenti e contemperamenti già effettuati o prefigurati dal legislatore europeo, il potere di trattare i dati altrui prescinde dal consenso della persona cui i dati si riferiscono per radicarsi altrove (art. 6 GDPR)⁴⁰. Ciò accade anche nel contesto dei rapporti interprivati.

In tutte queste ipotesi, è evidente che, all'esito del bilanciamento, gli interessi del titolare dei dati personali risultano soccombenti rispetto alle istanze della libera circolazione dei dati sia quando siano riconducibili alla persona come esistenza sia quando appartengano all'individuo come *homo oeconomicus*. Con altre parole: in quelle situazioni, la libera circolazione dei dati personali non tollera "privative" da parte del titolare dei dati personali né di natura esistenziale né di natura patrimoniale.

Sotto questo profilo, a ben vedere, la disciplina giuridica del trattamento dei dati personali riproduce un'asimmetria nella distribuzione del «potere digitale» che persiste, a svantaggio del titolare dei dati personali, oltre la restituzione al titolare medesimo del potere contrattuale sui "suoi" dati. Ciò avviene in modo tipico e palese nella relazione con l'attività di impresa: in quest'ambito, il diritto al trattamento dei dati personali⁴¹ –

⁴⁰ G. DI LORENZO, *Spunti di riflessione su taluni "diritti dell'interessato"*, in N. ZORZI GALGANI (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., 237 ss.

⁴¹ Sul punto, l'attenta e approfondita analisi di F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., ha colmato una lacuna nella letteratura giuridica. Secondo questa ricostruzione, una posizione logicamente implicata dal diritto fondamentale alla protezione dei propri dati personali avrebbe ora conseguito, in virtù del GDPR, una configurazione puntuale e definita nella grammatica delle forme giuridiche della protezione degli interessi. Sarebbe – questa – la risposta del diritto europeo alle domande di tutela che provengono dalla "nuova" prassi del mondo vitale profondamente modificata per effetto delle ICT. Il diritto europeo avrebbe, da un lato, assecondato una innovazione tecnologica della prassi economica: l'inserimento delle

quale potere di trarre profitto dai dati – appare una declinazione “naturale” delle libertà economiche nell’infosfera e dell’aggiornamento del principio di autonomia privata alla stregua dei caratteri propri della società digitale.

In questo nuovo ambiente vitale (l’infosfera), le libertà economiche vengono riconfigurate secondo il codice della rivoluzione informatica (l’informazione) e del suo principio organizzativo fondamentale: la libera circolazione dei dati. Il potere “digitale” riconosciuto all’impresa ne costituisce un esito fondamentale. Ciò rivela, da un lato, una scelta precisa del diritto europeo: il *favor* per l’impresa; dall’altro, l’asimmetria sistemica che ne è conseguenza: la subordinazione dell’individuo al potere dell’impresa nella circolazione giuridica dei dati personali.

Questa subordinazione, a ben vedere, non è un dato nuovo, ma radicato negli ordinamenti privatistici della moderna tradizione occidentale che trova nel diritto europeo uno sviluppo tanto coerente quanto potente, inscritto nell’obiettivo fondamentale dell’Unione: il mercato unico liberalizzato; un obiettivo sanzionato sul piano assiologico dall’iscrizione della libertà dell’iniziativa economica nel cuore dell’ordinamento europeo. Il soggetto primario (protagonista) di questo contesto è *naturaliter* l’impresa (l’organizzazione tecnica della produzione); è l’impresa, con la sua logica, il valore assunto dal diritto europeo come misura a partire dalla quale regolare il mercato garantendo l’autonomia dell’economico⁴². È in questa prospettiva, infatti, che il diritto europeo ha riconosciuto all’impresa il potere di governare il mercato: dapprima quello di determinare (con le condizioni generali di contratto) «le forme della circolazione delle risorse e di distribuzione dei rischi dell’investimento a prescindere e oltre il controllo dei legislatori nazionali»⁴³, ora quello di trarre profitto dai dati personali altrui⁴⁴.

Questo è un aspetto rilevante nella prospettiva sviluppata dal volume. Il processo di riconoscimento e formalizzazione giuridica del potere dell’impresa presuppone - come si è detto - una differenziazione funzionale: la rilevanza dei dati personali non come elementi costitutivi della persona ma come informazioni strumentali al successo e all’efficienza del processo produttivo. In questo senso, il dato informativo costituisce il

informazioni costituite dai dati personali all’interno dell’organizzazione produttiva; dall’altro lato, avrebbe fatto proprio un obiettivo essenziale all’economia di mercato nel tempo della globalizzazione: favorire lo sviluppo dell’economia digitale.

⁴² Anche per questo aspetto è d’obbligo il riferimento a K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit. Fondamentali per la riflessione giusprivatistica: P. BARCELLONA, *L’individualismo proprietario*, cit., in particolare, 78 ss e F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., in particolare, p. 108 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, 43 ss.

⁴³ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 478; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 221 ss., 239 ss.

⁴⁴ F. BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali*, cit., 42 ss.; V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO – V. RICCIUTO – V. ZENO ZENCOVICH, Milano, Giuffrè, 1998, 117 ss.

punto di riferimento oggettivo di interessi che fanno capo non soltanto all'impresa ma anche al sistema, garantendo la riproduzione dell'economia di mercato nel tempo della rivoluzione informatica. Con altre parole: il diritto riconosce e garantisce tanto il valore del dato per l'organizzazione dell'efficienza produttiva, quanto il potere dell'impresa di appropriarsene. Sul piano formale questa operazione include un doppio passaggio; il primo: un processo di "oggettivazione" dell'identità individuale funzionale ad una modalità di appropriazione compatibile con la natura essenzialmente comunicativa del dato⁴⁵; il secondo: il riconoscimento e la protezione giuridica di una peculiare capacità "creativa" dell'organizzazione tecnica dell'impresa: intercettare e dispiegare le potenzialità comunicative del dato personale; con altre parole: estrarre dai dati personali informazioni funzionali al successo del mercato e allo sviluppo dell'economia digitale.

In questa prospettiva, la libera circolazione dei dati si manifesta funzionale allo sviluppo dell'economia digitale; una condizione necessaria al funzionamento e alla riproduzione del mercato nella società dell'informazione contemporanea. A ben vedere, la sua formalizzazione giuridica è presa d'atto di un nuovo dato della realtà: la natura «informazionale» dell'identità individuale⁴⁶. La scienza giuridica ha rilevato da tempo la complessità dei processi di costruzione della identità personale nella società della comunicazione digitale; processi «separati dall'individuo», consegnati alla potenza computazionale dell'apparato tecnologico e al suo codice statistico - informatico: è la macchina che ricomponete l'identità della persona «frantumata» nella molteplicità dei suoi dati reperibili nei vari luoghi della comunicazione sociale. In questa stessa prospettiva, la natura informazionale dell'individuo presuppone chiaramente un fenomeno di "oggettivazione informatica" dell'identità funzionale alla inclusione dell'individuo nell'apparato tecnologico che «avvolge» il mondo: la riduzione dell'uomo a dati operazionali/input per la macchina. Con altre parole: la "processabilità" informatica dell'uomo è condizione necessaria sia del suo riconoscimento da parte del sistema sia del funzionamento del sistema: neppure la persona può infatti sottrarsi al condizionamento sistemico imposto dal codice tecnologico della società digitalizzata. La rivoluzione antropologica ed epistemologica che le ICT avrebbero realizzato svelando la natura informazionale dell'identità dell'uomo, ridimensionandone, di conseguenza, la posizione nell'universo digitale⁴⁷, sembra così definire così, nell'attualità, l'approdo di un processo storico radicato nella modernità: l'istituzione della tecnica quale soggetto forte

⁴⁵ È il noto problema dell'informazione come bene giuridico; riferimenti scontati a P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Inf. dir.*, 1983, 15 ss.; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., 339 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 485 ss. Per un aggiornamento al tempo della digitalizzazione, FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 55 ss.

⁴⁶ L. FLORIDI, *Infosfera*, cit., 185 ss.

⁴⁷ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 99 ss.

dell'ordine sociale contemporaneo e la riduzione dell'uomo a «materia prima del processo tecnologico»⁴⁸.

Occorre, allora, prendere conclusivamente atto della dissoluzione della persona nelle pratiche tecnologiche della società digitale?

In questo scenario distopico, sarebbe la scomparsa della persona a privare di senso l'alternativa in cui la tradizione scientifica italiana ha sintetizzato la dialettica tra diritto e tecnica nella società dell'informazione e della comunicazione contemporanea.

7. Principio di effettività. Neutralità della tecnica?

Nell'introduzione alla seconda edizione del volume "Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione", Stefano Rodotà ci consegna, tra i suoi molteplici insegnamenti, un'indicazione decisiva: «Le trasformazioni determinate dalla tecnologia possono essere comprese, e governate, solo se si è capaci di mettere a punto strumenti prospettici e se questo avviene ridefinendo i principi fondamentali delle libertà individuali e collettive». In quella stessa pagina, il Maestro ci avverte che la posta in gioco è alta: «Se non si segue questa strada, la promessa tecnologica rischia di trasformarsi nel più pesante dei vincoli, dando evidenza sociale alla tesi che vuole ormai la tecnica portatrice di una potenza irresistibile, destinata ad imporre ovunque la propria logica».

Raccogliendo questo insegnamento, il controllo giuridico delle tecniche dell'informazione e della comunicazione identifica uno dei grandi nodi tematici intorno ai quali si stringono i molteplici percorsi analitici del volume, interpellando una pluralità non solo di prospettive giuridiche ma anche di saperi e linguaggi scientifici tra loro differenziati. Atteso che il dominio della tecnica è una delle forme con cui la contemporaneità presenta il proprio carattere originale, il problema giuridico fondamentale del nostro tempo è verificare se, ed eventualmente in virtù di quali condizioni, sia possibile per il diritto stabilire un controllo sulla tecnica.

E' - quest'ultimo - un passaggio decisivo per l'attuazione del fenomeno giuridico ed il successo della sua funzione sociale: capire le trasformazioni della società dell'informazione è indispensabile sia per intercettare correttamente i problemi normativi posti dalle sue prassi, sia per elaborare nella trama logica e assiologica del discorso giuridico risposte adeguate al nuovo ambiente digitale della vita e agli scenari mutevoli della sua evoluzione. In questa prospettiva, il volume mostra di voler coniugare la ricca elaborazione dalla tradizione giuridica italiana all'attenzione ai principi di realtà ed effettività. Un orientamento indispensabile alla comprensione di contesti che sono non solo profondamente innervati dall'evoluzione tecnologica ma anche "plasmati" dalla sua autonoma funzione regolatrice. Proprio la tecnica avrebbe coniato la caratteristica

⁴⁸ G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, cit., in particolare, 99 ss.

essenziale - e inedita - della società dell'informazione della contemporaneità: la corrispondenza per cui «ciò che è reale è informazionale e ciò che è informazionale è reale».

Secondo una rappresentazione di peculiare efficacia, questa corrispondenza definirebbe un connotato fondamentale della contemporaneità; l'effetto di una nuova «rivoluzione scientifica» (la quarta) nella storia dell'umanità⁴⁹. In questa narrazione, l'espressione «rivoluzione» risalta in una doppia comunicazione: segnalare, da un lato, che per la prima volta nella storia «il progresso e il benessere dell'umanità sono non soltanto collegati a, ma soprattutto dipendenti dall'efficace ed efficiente gestione del ciclo di vita dell'informazione»⁵⁰; dall'altro, che è in atto una radicale trasformazione del modo in cui gli esseri umani vedono e pensano se stessi e il mondo in cui vivono, a partire da una nuova dimensione della vita: il world wide web.

L'artefice di questa «grande trasformazione» è la tecnica⁵¹: le ICT, specificamente, starebbero operando come agenti capaci di ri-creare e re-interpretare la realtà in modo autoreferenziale. Con altre parole: le ICT sarebbero non meri strumenti di comunicazione ma agenti di ri-concettualizzazione della nostra ontologia in termini conformi al loro codice: quello informazionale⁵². «Inforg» e «infosfera» sono le nuove parole coniate per adeguare la comunicazione alla nuova realtà e denotare la natura informazionale sia dell'essere umano sia dell'ambiente digitale; un ambiente che l'uomo abita insieme ad altri “agenti informazionali”, senza occuparne il centro⁵³.

Con le parole usate nel volume: «Le tecniche digitali e l'ICT sono tecniche dell'umano: ne simulano la mente, interagiscono con essa e la modificano». Si comprende perciò che il cambiamento innescato dalla tecnica stia coinvolgendo fin dalle sue basi antropologiche e filosofiche il nucleo dello Stato di diritto⁵⁴.

A fronte di questa inedita complessità, il volume individua nella trama del GDPR le tracce di una nuova strategia: il criterio di effettività diviene principio normativo e riscrive, conseguentemente, la regola della responsabilità implicata dal trattamento dei dati personali. E' - questo - il senso dell'art. 25 (Protezione dei dati fin dalla progettazione

⁴⁹ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 45 ss.

⁵⁰ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 3.

⁵¹ La letteratura sul tema è sterminata: in relazione ai profili accolti per questa riflessione, d'obbligo il rinvio a E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, Adelphi, 2008; N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

⁵² L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, cit., 185 ss.

⁵³ Nella costruzione di Luciano Floridi è questo il senso nucleare della «IV rivoluzione» come rivoluzione della percezione che l'uomo ha di sé.

⁵⁴ Riferimento ineludibile per il discorso giuridico è il pensiero di RODOTA' (in particolare in: *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995; ID., *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 721 ss.; ID., *Tecnopolitica, la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma - Bari, Laterza, 2004, 164 ss.; ID., *Of machines and men: the road to identity. Scenes for a discussion*, in HILDEBRANDT E ROUVEROY (a cura di), *Law, Human Agency and Autonomic Computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London - New York, 2011, 179 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., 2012.

e protezione dei dati per impostazione predefinita), interpretato alla stregua dei considerando n. 74 (efficacia delle misure) e n. 78 (c.d. *privacy by design*).

Accogliendo questa prospettiva, il volume riarticola il problema dell'effettività, assumendolo anche come criterio interpretativo della nuova disciplina. La mappa degli scenari evolutivi, disegnata nella parte VI, è centrale in questa strategia, restituendo alcune tecnologie ermeneutiche decisive per rispondere al quesito fondamentale: gli strumenti di protezione dei dati personali aggiornati o conati *ex novo* dal Regolamento sono adeguati al nuovo ambiente digitale che avvolge il mondo?

Per esemplificare: il test dei c.d. *big data* e dell'intelligenza artificiale smaschera conclusivamente la mitologia del consenso del titolare dei dati, rivelandone l'insensatezza di fronte alle infinite e indefinite modalità e possibilità di trattamento "immaginate" dall'intelligenza artificiale e funzionali al suo obiettivo finale: il governo statistico della realtà.

Ancora, quella prova disvela i limiti della trasparenza: un paradigma che sarebbe stato impropriamente trasposto in un contesto – l'ambiente digitale – connotato da caratteristiche strutturali che condannano il paradigma medesimo alla fallacia, e a generare nuove opacità⁽⁵⁵⁾. Il punto è cruciale: la trasparenza è un principio centrale nel sistema del GDPR ed è il fulcro della strategia di tutela della persona in una condizione di peculiare vulnerabilità: la soggezione ad un processo decisionale interamente automatizzato, basato sulla profilazione (art. 22); l'esito del procedimento è ciò che lo qualifica: una decisione che - secondo la definizione normativa - produce «effetti giuridici» riguardanti la persona o «incide in modo analogo significativamente sulla persona» medesima.

Il principio si ritrova alla radice del diritto di essere informato di cui agli artt. 13 e 14 e del diritto di accesso di cui all'art. 15, richiedendo, nel caso dell'art. 22, che la relazione comunicativa tra titolare dei dati personali e titolare del trattamento includa in particolare: «informazioni significative sulla logica utilizzata nel trattamento, sull'importanza ("significance") e le conseguenze previste per la persona». Il contenuto dell'informazione garantita si precisa alla stregua dei poteri più specifici attribuiti alla persona di fronte al potere decisionale dell'apparato tecnologico: per contestare efficacemente la decisione e ottenere sensatamente l'intervento umano nel procedimento, la trasparenza deve rivelare la logica funzionale applicata nel trattamento e le razionalità che conseguentemente ne giustificano gli output⁵⁶:

⁽⁵⁵⁾ C. STOHL, M. STOHL e LEONARDI, *Managing Opacity: Information Visibility and the Paradox of Transparency in the Digital Age*, in *Int'l J. of Communication*, 2016, 123 ss.; M. ANNANY - K. CRAWFORD, *Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New Media & Society*, 2016, 1 ss.

⁵⁶La ricostruzione del contenuto precettivo di queste disposizioni ha acceso un dibattito assai vivace, incentrato, in particolare, su un aspetto: se il GDPR garantisca o non all'individuo la possibilità di conoscere le ragioni della decisione che costituisca l'*output* finale di un processo automatizzato. È un quesito importante: proprio l'esistenza, sul piano del diritto positivo, di un diritto della persona di conoscere le ragioni della decisione

È palese, infatti, che questa informazione funzioni come condizione necessaria per l'effettività sia delle garanzie particolari individuate nell'art. 22, par. 3, sia degli altri poteri, previsti nella parte generale del GDPR, in cui viene declinato il contenuto del diritto alla protezione dei dati personali come sintesi comunicativa dei diritti e libertà fondamentali posti in gioco dalla fenomenologia del trattamento. Dal profilo delle garanzie stabilite dall'art. 22, par. 3, reg., è intuitivo che «The data subject will only be able to challenge a decision or express their view if they fully understand how it has been made and on what basis». Dal profilo delle tutele di carattere generale, è parimenti chiaro che: «The rights to rectification and erasure apply to both the input personal data (the personal data used to create at the profile) and the output data (the profile itself or “score” assigned to the person)». ⁽⁵⁷⁾.

Anche dal punto di vista normativo della tutela della persona, rispetto a una decisione costituente l'output di un processo automatizzato, un diritto di conoscere la logica del sistema che non includa le ragioni della decisione appare tanto inefficiente quanto insensato: conoscere le ragioni della decisione significa infatti conoscere come è stata ricostruita l'identità personale dell'interessato e in che modo tale configurazione dell'identità giustifica la decisione finale (quale decisione – appunto – sull'identità personale). Con altre parole: si tratta di conoscere quanto strettamente necessario per tutelare la persona in un processo di etero-determinazione tecnologica della sua identità.

che la riguarda individua un nodo interpretativo che appare capace di condizionare la tenuta complessiva della strategia di tutela della persona umana, nella società digitalizzata, fondata sul principio della trasparenza. Nel *considerando* n. 71 si afferma esplicitamente: «In ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione. Tale misura non dovrebbe riguardare un minore».

Sebbene negli enunciati linguistici degli articoli del GDPR non vi sia nessun riferimento esplicito a un diritto di conoscere le ragioni di una specifica decisione, il WP art. 29 afferma che: «*The controller should find simple ways to tell the data subject about the rationale behind, or the criteria relied on in reaching the decision. The GDPR requires the controller to provide meaningful information about the logic involved, not necessary a complex explanation of the algorithms used or disclosure of the full algorithm. The information provided should, however, be sufficiently comprehensive for the data subject to understand the reasons for the decision.* Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of regulation 2016/679*, 25. Per una puntuale disamina critica dell'attività interpretativa del WP art. 29 v. M. VEALE - L. EDWARDS, *Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2018, 398 ss. Gli autori rilevano non soltanto mancanza di chiarezza del discorso interpretativo ma persino ampi sconfinamenti nell'attività di creazione di diritto.

⁽⁵⁷⁾ «*Profiling can involve an element of prediction, which increases the risk of inaccuracy. The input data may be inaccurate or irrelevant, or taken out of context. There may be something wrong with the algorithm used to identify correlations. The article 16 right to rectification might apply where, for example, an individual is placed into a category that says something about their ability to perform a task, and that profile is based on incorrect information. Individuals may wish to challenge the accuracy of the data used and any grouping or category that has been applied to him*: Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 17.

In questo profilo, il diritto di conoscere le ragioni della decisione appare incluso nel diritto all'identità; «autofondato» nella natura informazionale e computazionale dell'identità personale nella società digitalizzata⁽⁵⁸⁾.

Tuttavia, questo diritto sarebbe nato già morto; reso ineffettivo da un vincolo tecnologico ancora insuperato: l'inaccessibilità cognitiva degli *innards* dei sistemi di IA ad apprendimento autonomo. Detto altrimenti: la logica funzionale dell'*autonomic computing* sarebbe inconoscibile proprio nella fase in cui governa la produzione degli output – quella cruciale nella prospettiva normativa del GDPR. Le *Computer Sciences* hanno infatti spiegato che è il processo di c.d. Machine Learning - in virtù del quale si realizza l'apprendimento autonomo dell'IA - a lasciare ignoto "l'algoritmo in azione",⁵⁹ precludendo perciò la possibilità di isolare e comprendere le ragioni giustificatrici della decisione automatizzata⁶⁰.

A ben vedere, la spiegazione richiesta dal GDPR sarebbe impossibile non già in assoluto, bensì alla stregua dei modelli informativi sinora elaborati dall'informatica; modelli progettati non per fornire spiegazioni nel senso atteso dal GDPR ma per finalità affatto diverse: assicurare, con l'efficienza statistica dei sistemi, l'affidabilità del calcolo predittivo. Come dire: il costo della trasparenza della persona umana è l'opacità della macchina e dei suoi processi. Ciò individua un aspetto importante per intercettare il senso dei mutamenti della prassi implicati dal governo statistico della realtà ed elaborare, di conseguenza, la risposta giuridica per governarli. Si sostiene infatti - da più voci - che un'elevata affidabilità del calcolo predittivo offrirebbe un vantaggio capace di compensare gli inconvenienti legati alla sostanziale inaccessibilità cognitiva degli *innards* del sistema e delle sue decisioni. Se questo scambio fosse accettato, la relazione tra intelligenza umana e intelligenza artificiale ne deriverebbe una singolare asimmetria: da un lato, la macchina comprenderebbe l'uomo fino a prevederne il comportamento; dall'altro, l'uomo non riuscirebbe a prevedere né a comprendere la macchina che ne ricostruisce la personalità.

La conclusione è scontata: l'identità personale nella sua nuova forma computazionale sarebbe inconoscibile dal suo stesso titolare; una conclusione normativamente inaccettabile, alla stregua del principio sistematico della tutela della persona umana.

⁽⁵⁸⁾ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 136 ss.

⁵⁹ Resterebbe incognito, perciò, il funzionamento degli algoritmi nell'atto del processare i dati e della messa a punto delle risposte da restituire all'ambiente esterno. Chiarissimi riferimenti in J. BURRELL, *How the Machine «Thinks»: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, www.journals.sagepub.com; L. EDWARDS - M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a Right to an Explanation is Probably Not the Remedy You are Looking for*, in *Duke Law & Technology Rev.*, 2017, 18 ss.

⁶⁰ Siffatta impossibilità di conoscenza avrebbe la sua ragione nel *proprium* dei sistemi di ML applicati all'IA: l'apprendimento autonomo. Si osserva, in particolare, che la logica del processo non è stabilita *ex ante* ma, in qualche modo, viene coniata *in itinere*, nelle dinamiche dell'apprendimento del sistema; ciò che per definizione avviene secondo modalità che non sono predeterminate per effetto della programmazione e quindi non risultano incluse «visibilmente» nei suoi codici.

Dalla prospettiva tradizionale della tutela giuridica della persona umana, la rilevanza fondamentale di un potere soggettivo di controllare, con l'uso altrui dei propri dati personali, i processi decisionali che la riguardano è evidente ⁽⁶¹⁾: esso intercetta immediatamente la plurale varietà delle istanze sottese alle premesse antropologiche dello Stato costituzionale – democratico: il principio di autodeterminazione individuale e quello della dignità della persona umana ⁽⁶²⁾.

Dalla più moderna prospettiva che guarda alle capacità di tenuta dei diritti umani nelle trasformazioni della società dell'informazione e teme nuove oppressioni dell'individuo correlate all'oscurità del «potere digitale», il diritto di “comprendere la macchina” appare ancora più importante: uno strumento capace di aprire la scatola nera degli algoritmi e «salvare l'umanità dalla schiavitù» dell'intelligenza artificiale ⁽⁶³⁾.

In questo scenario, il nuovo paradigma dell'effettività manifesta chiaramente la sua funzione: “prendere sul serio” ⁶⁴ i diritti della persona. Per questo deve stringere il dialogo tra diritto e tecnica in una mutua influenza “genetica”: del diritto sulla tecnica e della tecnica sul diritto. Nel primo aspetto, la tecnica deve essere sviluppata incorporando le regole giuridiche; nel secondo le regole giuridiche devono essere costruite «direttamente sulla loro possibile effettività», traducendo «i requisiti e le esigenze legali» in «requisito tecnico o operativo».

Quello dell'effettività è un paradigma coniato sulla realtà, riflettendone un dato importante: la complessità tecnologica dell'infosfera avrebbe decretato il declino della logica tradizionale della tutela della persona incentrata sull'attribuzione di poteri individuali. Il discorso giuridico europeo ne avrebbe preso atto, rideterminando la strategia della tutela della persona umana in forme adeguate al nuovo ambiente digitale: non quelle soggettive, ma forme oggettive. Dai diritti individuali al procedimento è lo slittamento intrapreso dal GDPR.

Il diritto europeo della società digitalizzata sembra dare tardiva ragione a una tesi tanto lucida quanto isolata nella letteratura scientifica italiana: la forma giuridica della tutela della persona è essenzialmente oggettiva, esprimendo una logica sistemica diversa e

⁽⁶¹⁾ S. RODOTA', *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, cit., 746 ss.

⁽⁶²⁾ D'obbligo i riferimenti a P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; ID., *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, 1 ss.; S. RODOTA', *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1, 21 ss.; ID., *Dignità usi giurisprudenziali e confini concettuali* in *Nuova giur. civ.*, 1997, 415 ss.; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.

⁽⁶³⁾ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard, 2015.

⁶⁴ Il riferimento è - palesemente - al noto volume di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982.

irriducibile a quella dell'avere tanto sotto il profilo delle *rationes*, quanto sotto quello delle tecnologie attuative⁶⁵.

⁶⁵ D. MESSINETTI, voce *Personalità* (diritti della), in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 359 ss. ID., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 173 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.