

# LA PROSPETTIVA STATUNITENSE DEI “DATA AS PROPERTY”, LA FUNZIONE REGOLATIVA DEI MODELLI PROPRIETARI E LO SCENARIO EUROPEO.

**Antonio Las Casas**

*Abstract:* il saggio esamina criticamente il dibattito statunitense che ricostruisce in termini proprietari la relazione giuridica tra soggetto e dati personali digitali. L’analisi illustra un modello giuridico dottrinale per la disciplina dell’accesso ai dati e della loro circolazione, tipico del sistema statunitense e capace di influenzare anche il dibattito europeo. Questo esame critico consente di chiarire il senso, le implicazioni e gli obiettivi regolativi dell’idea dei “personal data as property” nel contesto statunitense e di valutarne l’eventuale rilievo e utilità rispetto allo scenario giuridico europeo.

*Abstract:* this paper critically investigates the US scholarly debate on “proportization” of personal digital data. This analysis describes a doctrinal legal model that is distinctive of the US approach to the regulation of access and circulation of personal digital data and that has also influenced the European legal debate. Such critical survey illustrates the basic meaning, the implications and the regulatory objectives of the idea of “personal data as property” in the US context and assesses its possible relevance and usefulness within the EU legal landscape.

**SOMMARIO:** 1. Datificazione della persona e nuova ricchezza – 2. Il contesto statunitense – 3. La proposta dei “data as property” quale modello tipicamente statunitense – 4. Diritti proprietari e mercato dell’informazione personale – 5. Diritti proprietari e inalienabilità – 6. *Liability rules, property rules* e fallimenti del mercato – 7. La funzione regolativa dei modelli proprietari – 8. La prospettiva proprietaria e i modelli europei.

## **1. Datificazione della persona e nuova ricchezza**

È ormai acquisito che i dati – quali rappresentazioni digitali del mondo e delle persone dalle quali si trae informazione e quindi, mediante sofisticati processi di analisi e rielaborazione, conoscenza – rivestano un valore economico determinante nel quadro degli attuali modelli di produzione e consumo, che la transizione digitale ha organizzato attorno al modello della “piattaforma”<sup>1</sup>. In definitiva, cioè, gran parte di ciò che esiste e accade nel

---

<sup>1</sup> Cfr. N. SRNICEK, *Capitalismo digitale*, LUISS University Press, Roma 2017, p. 37 ss.; J. E. COHEN, *Between truth and power*, OUP, New York, 2019 p. 37 ss.; lo schema della piattaforma, come modello aziendale tipico del capitalismo digitale che al tempo stesso dà nuova forma al mercato, indica essenzialmente una funzione di intermediazione, svolta da una infrastruttura digitale, tra diversi gruppi di utenti, tipicamente interessati all’offerta e/o fruizione di servizi (fisici o digitali). Tale struttura, non solo consente di estrarre e immagazzinare dati dalle interazioni (nell’ambiente digitale) tra i diversi utenti, ma costituisce anche un meccanismo fondamentale per la appropriazione dei dati così generati ed estrazione da essi di valore economico (ad esempio,

mondo – proprio in forza della sua rappresentabilità in forma digitale – si presta ad essere destinato, sotto forma di “dati”, a processi di sfruttamento economico ed estrazione di valore da parte dei soggetti (tipicamente: le “piattaforme”) che di tali dati riescano ad acquisire la conoscenza e il controllo<sup>2</sup>.

Proprio in ragione di tale loro valore, pertanto, i dati, quale nuova “ricchezza” distintiva dell’epoca del capitalismo dell’informazione, sono esposti alle pretese appropriate degli attori economici il cui esito è tipicamente descritto nei termini un processo globale di “recinzione” e appropriazione, paragonato, almeno dal punto di vista della rappresentazione simbolica, alla appropriazione e trasformazione in merce dei tradizionali fattori della produzione, secondo la logica originaria del capitalismo<sup>3</sup>. L’impresa organizzata secondo il modello della piattaforma, in questo quadro, agisce sistematicamente quale collettore dei dati, che acquistano tale peculiare valore (in particolare se latori di informazione di carattere “personale”), destinandoli a ulteriori processi di produzione e scambio e appropriandosi, così, della ricchezza da questi rappresentata<sup>4</sup>.

Questo scenario interpella quindi, naturalmente, (anche) le funzioni fondamentali del diritto privato – quale sistema tipicamente deputato a far operare dispositivi di attribuzione, conservazione e circolazione della ricchezza nei rapporti tra privati – per trarne i modelli giuridici destinati al governo di tale nuova ricchezza, tipica del capitalismo informazionale.

Più in particolare, il modello di organizzazione dei rapporti di produzione e consumo tipicamente riassunto nelle formule del «capitalismo della sorveglianza» o del «capitalismo informazionale»<sup>5</sup> si dimostra specificamente vocato ad estrarre valore dalla apprensione, aggregazione e rielaborazione, per via della rappresentazione mediante dati digitali, di informazione di tipo “personale” (relativa cioè a caratteristiche, comportamenti delle persone fisiche o eventi relativi a queste)<sup>6</sup>.

---

nel caso più semplice e più noto ma che rappresenta soltanto una delle molteplici attività per l’estrazione di valore economico dai dati, attraverso la vendita di spazi pubblicitari con contenuti mirati e calibrati sulle preferenze dell’utente); per un quadro sintetico sul valore dei dati nel contesto dell’*informational capitalism* v. di recente S. VILJOEN, *A relational theory of data governance*, in *Yale L. J.*, 2021, p. 573 s. (in part. p. 586 ss.).

2 Sul potere che (anche) questa conoscenza e controllo dei dati attribuisce alle «piattaforme», sulle questioni che esso pone alla regolazione e sugli interventi normativi europei recenti, v. P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino 2022, p. 1 ss.

3 K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Torino 2000, p. 57 ss. Sulla appropriazione dei dati quale «nuova enclosure», v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, LUISS University Press, Roma 2019, p. 109 ss.; J. E. COHEN, *Between truth and power*, cit., p. 15 ss.; l’idea è alla base anche del libro di J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, Il Saggiatore, Milano 2013, *passim* e del modello di sistematica «riappropriazione» dei dati in favore degli utenti ivi immaginato.

4 V. S. SICA-V. D’ANTONIO, *La commodification dei dati personali nella data driven society*, in P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati*, cit., p. 129 ss.; ma sulla trasfigurazione dei dati, in particolare quelli risultanti da «informazioni trattate elettronicamente», in termini di «merce», v. quanto già prefigurato da S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995 (ora 2021, ed. digit.), cap. II, p. 31 ss.

5 V. Rispettivamente, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., *passim* e J. E. COHEN, *Between truth and power*, cit., *passim*.

6 Cfr. ad es. C.M. DALTON-L. TAYLOR-J. THATCHER, *Critical data studies: a dialog on data and space*, in *Big data and society*, 2016, p. 2 s.: «Big data [is] human subjects data, since it mainly (though not universally) consists of data about, and produced by, people. Even environmental sensor data is often collected because of what it can tell us about human movement, activities or behavior»; sull’esperienza umana come oggetto del processo di trasformazione in dati («renderizzazione») v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 247 ss.; in termini più generali J. E. COHEN, *Between truth and power*, cit., p. 37 ss.; sulla datificazione della

Una volta assunta l'informazione personale quale specifica "ricchezza" tipica del capitalismo della sorveglianza, pertanto, i modelli giuridici che governano l'accesso all'informazione personale sotto forma di dati e il suo utilizzo definiscono le prerogative e attribuzioni del soggetto che produce l'informazione e al quale essa si riferisca nei confronti degli altri soggetti interessati a conseguire il controllo in ragione del suo valore economico e assumono rilievo determinante ai fini della costruzione del regime giuridico di attribuzione delle relative utilità patrimoniali.

## 2. Il contesto statunitense

Sul piano della disciplina dell'accesso, appropriazione e circolazione dell'informazione personale, l'analisi dei modelli giuridici occidentali tipicamente distingue e contrappone l'impostazione e la *ratio* di disciplina del sistema europeo (di provenienza unionale) rispetto a quelle espresse dal sistema statunitense. Il sistema statunitense si presenta infatti improntato a tecniche di disciplina e logiche peculiari, il cui confronto con quelle espresse dal modello europeo ha alimentato l'alternativa tra *marketplace discourse* e *rights talk* quali "semantiche" rispettivamente esplicative dell'impostazione regolativa dei due sistemi<sup>7</sup>.

Il sistema statunitense appare in linea generale esplicitamente propenso a consentire la piena cessione delle prerogative di controllo sulla "*personally identifiable information*"<sup>8</sup> (e quindi l'appropriazione egualmente piena della relativa ricchezza), limitandosi a richiedere che tale cessione risponda agli standard di "conoscibilità" e "volontarietà" che integrano il modello c.d. *notice and choice*, tipicamente evocato quale suo tratto distintivo. Tale modello di disciplina richiede essenzialmente che la raccolta e l'utilizzo dell'informazione personale siano assistiti da adeguata *disclosure*, mediante l'emissione di *privacy policies* conformi ai requisiti legali previsti da discipline legislative di carattere settoriale e con ambito di applicazione limitato o agli standard regolativi di carattere generale elaborati dalla FTC<sup>9</sup>. A tali documenti si accredita il ruolo di comunicare (assolvendo così alla funzione del "*notice*") l'oggetto e la finalità della raccolta e sostenere, in questo modo, la formazione di un consenso dell'interessato ("*choice*") rispetto alla cessione dei dati<sup>10</sup>. L'adeguata informazione consente di rappresentare tali prassi come legittimate dall'esercizio di una libera scelta dell'utente, che

---

persona quale scenario che richiede nuove concettualizzazioni della *privacy* v. O. J. GSTREIN-A. BEAULIEU, *How to protect privacy in a datafied society? A presentation of multiple legal and conceptual approaches*, in *Philosophy and technology*, 2022, p. 1 s.

<sup>7</sup> così P. M. SCHWARTZ-K. N. PEIFER, *Transatlantic Data Privacy Law*, in *The Georgetown L. J.*, 2017, p. 122 ss.

<sup>8</sup> Il concetto statunitense di *personally identifiable information* evoca l'informazione in qualche modo riferibile ad un soggetto determinato. Esso non ha una definizione legislativa unitaria e generale e viene comunemente utilizzato, sia nel linguaggio legislativo che nel *case law*, per indicare le categorie di informazioni rispetto alle quali, in ragione del loro carattere personale, si può porre il problema della restrizione dell'accesso o della divulgazione. V. indicativamente la definizione contenuta in Executive Office of the President, Office of Management and Budget, *Memorandum For Heads of Executive Departments and Agencies: preparing for and responding to a breach of personally identifiable information*, Washington D.C., 2017, (in [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2017/m-17-12\\_0.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2017/m-17-12_0.pdf))

<sup>9</sup> Sul ruolo di «*de facto data protection authority*» della FTC v. W. SOLOVE-D. HARTZOG, *The FTC and the new common law of privacy*, in *Columbia L. Rev.*, 2014, p. 583 s.; C. J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission privacy law and policy*, Cambridge University Press, New York, 2016, p. 145 ss.; in termini critici, J. HURWITZ, *Data security and the FTC's UnCommon Law*, in *Iowa L. Rev.*, 2016, p. 955 ss..

<sup>10</sup> v. A. W. HAYNES, *Online Privacy Policies: Contracting Away Control Over Personal Information?*, in *Dickinson L. Rev.*, 2007, p. 587 ss.

si esplicherebbe nella fruizione stessa del servizio (in occasione del quale è effettuata la raccolta) o, in certi casi, nella manifestazione di un consenso (secondo paradigmi variabili, che talvolta possono essere soddisfatti dalla mera possibilità di *opt-out*) al trattamento di alcuni dati. La scelta e il consenso dell'utente, sorretti da tali salvaguardie essenzialmente procedurali, sono così capaci di trasferire legittimamente ai collettori di dati la disponibilità tendenzialmente piena dell'informazione raccolta e del relativo valore, senza particolari limiti rispetto al tipo di informazione né rispetto al suo utilizzo o alla cessione a terzi.

L'enfasi che il modello statunitense pone sulla funzione legittimante del consenso richiama così un paradigma che evoca poteri di interdizione e di disposizione del titolare di una risorsa in qualche modo giuridicamente attribuita e sembrerebbe rinviare quindi sia ad una qualche appartenenza esclusiva, sia all'appropriazione di un valore di scambio che dalla risorsa si possa trarre mediante atti di disposizione.

In definitiva, entro il sistema statunitense, a differenza che nel diritto europeo, rispetto al problema della circolazione dell'informazione personale e della distribuzione del relativo valore patrimoniale, operano concetti e modelli di tipo essenzialmente privatistico che, almeno sul piano declamatorio, affidano al potere di autonomia (assistita da informazione) dell'utente dei processi digitali il governo della circolazione dell'informazione datificata quale ricchezza patrimoniale e delineano un meccanismo che sembrerebbe mimare logiche e modalità di funzionamento di un "mercato" retto dal calcolo utilitaristico e da conseguenti atti dispositivi dei soggetti dei dati.

### **3. La proposta dei "data as property" quale modello tipicamente statunitense**

Il rapporto che l'articolazione di un regime di titolarità sui dati può intrattenere con il modello del mercato può essere indagato attraverso l'analisi di quella parte del dibattito dottrinale statunitense che ha provato a razionalizzare in termini proprietari il rapporto tra soggetto e dati, proponendo una configurazione giuridica di tale titolarità in termini di "property right".

L'esame di tale proposta, peraltro, consente di dare conto di un modello giuridico dottrinale statunitense tipico e influente entro quel contesto e rivelatosi capace di incidere anche sul dibattito europeo<sup>11</sup>, mostrandone il senso e le implicazioni complessivi in relazione all'ambiente entro il quale esso è stato avanzato e valutandone così l'eventuale rilievo e significato rispetto al differente scenario europeo.

Tale prospettiva, che in astratto potrebbe pensarsi funzionale – secondo i caratteri tipici del paradigma proprietario – essenzialmente alla piena attribuzione del valore patrimoniale dei dati al soggetto mediante la loro volontaria destinazione a processi di negoziazione di mercato, fornisce in realtà risposte più articolate e meno univoche e consente così di individuare un catalogo di questioni ulteriori sottostanti al problema del controllo sull'informazione personale, rispetto alle quali il modello proprietario si caratterizza (sul piano delle proposte dottrinali) quale peculiare strumento di "private governance" specificamente condizionato da alcuni caratteri del sistema statunitense.

La prospettazione della relazione tra soggetto e dati in termini di *property right* ha caratterizzato in particolare una parte del dibattito dottrinale statunitense in materia di

---

<sup>11</sup> Cfr. N. PURTOVA, *Property Rights in Personal Data. A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, 2012, *passim*.

*privacy*, soprattutto nei primi anni 2000<sup>12</sup>. La comprensione di tale dibattito e delle sue implicazioni richiede di prendere le mosse da tre considerazioni preliminari – che in prospettiva comparatistica contribuiscono a spiegarne le ragioni e il senso – relative al contesto entro il quale la proposta proprietaria si colloca, e in particolare: alle ritenute carenze strutturali del «sistema» della tutela della *privacy* nel medesimo contesto statunitense; alla peculiare flessibilità e latitudine della nozione di *property* dal punto di vista del *common law*; e, infine, al rilievo ideologico e persuasivo che la ricostruzione di una questione in termini proprietari assume entro il discorso giuridico statunitense.

La prospettiva della «*propertization*» dei dati, in primo luogo, è stata avanzata tipicamente quale reazione ai ritenuti limiti del regime di disciplina dell'informazione personale sotto forma di dati digitali<sup>13</sup>. Tale regime, all'epoca nella quale il dibattito principalmente si sviluppa, era infatti caratterizzato da un'incidenza ancora limitata dell'attività regolativa della *FTC* e improntato essenzialmente sulla legislazione settoriale che lasciava molte ipotesi di raccolta di dati digitali non coperte da alcuna disciplina<sup>14</sup>. Esso veniva pertanto tipicamente ritenuto non attrezzato a garantire un adeguato potere di controllo del soggetto rispetto ai processi di apprensione e circolazione della informazione digitale sulla persona e tale da determinare, al contempo, processi di trasferimento di valore patrimoniale sostanzialmente orientati dal potere tecnologico dei collettori di dati. Alla base delle proposte di riconcettualizzazione in termini proprietari della relazione tra soggetto e dati si scorge quindi generalmente l'esigenza di incrementare il controllo sulla circolazione dell'informazione personale sotto forma di dati digitali in funzione di tutela della sfera personale (sul piano cioè della «*privacy*»), ponendo però al contempo i presupposti per processi di negoziazione capaci di generare un qualche «ritorno» economico in favore del cedente che dia conto del valore acquisito dal cessionario.

In secondo luogo, il ricorso alle categorie proprietarie al fine di attribuire maggiore intensità alle prerogative di controllo del soggetto sui propri dati va compreso con riguardo a un quadro concettuale e di disciplina che, com'è noto, riconosce ai “*property rights*” portata e significato differenti rispetto al modello della proprietà europea continentale. L'idea di *property* del *common law* – in particolare statunitense – si dimostra infatti non soltanto capace

---

12 V., per quadro di sintesi di alcune posizioni della dottrina statunitense in proposito, N. PURTOVA, *Property rights in personal data: learning from the American discourse*, in *Computer L. and Security Rev.*, 2009, p. 507 s.

13 Cfr. P. MELL, *Seeking shade in a land of perpetual sunlight: privacy as property in the electronic wilderness*, in *Berkeley Technology L. J.*, 1996, p. 28 ss.; V. BERGELSON, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, in *U. C. Davis L. Rev.*, 2003, p. 405 ss.; K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, in *Communications of the ACM*, 1996, p. 93 ss.; T. HEMNES, *The ownership and exploitation of personal identity in the new media age*, in *The John Marshall Rev. of Intellectual Property L.*, 2012, p. 1 s.; in chiave di valutazione «dall'esterno» del dibattito statunitense sulla *propertization* dei dati, v. N. PURTOVA, *Property rights in personal data*, cit., p. 508 ss.

14 Per una descrizione del modo in cui l'attività della *FTC* ha generalizzato il modello *notice and choice*, incrementando le possibilità (teoriche) di conoscenza e “controllo” (mediante il consenso) della circolazione dei dati a fronte di un quadro di disciplina frammentario e carente (che avrebbe lasciato scoperte un gran quantità di prassi di raccolta di dati), e sui limiti che comunque tale assetto esibisce rispetto alla regolazione legislativa imperativa e di carattere generale, sul modello europeo v. W. MCGEVERAN, *Friendship the Privacy Regulator*, in *Arizona L. Rev.*, 2016, p. 959 s. (in part. p. 977 ss.); v. anche P. M. SCHWARTZ, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, in *Harvard L. Rev.*, 2013, p. 1966 s. che, in prospettiva comparatistica con il modello europeo, così sintetizza(va) l'assetto complessivo dell'approccio settoriale tipico del sistema statunitense: «it permits information collection and processing unless a law specifically forbids the activity» (p. 1976).

di prescindere dalla materialità del suo oggetto, ma anche connotata da un grado di astrattezza ed elasticità sul piano concettuale che consente di riferirla anche a relazioni di contenuto economico tra soggetti che nella tradizione europea continentale sarebbero tipicamente soggette a diverso inquadramento giuridico<sup>15</sup>. Per queste ragioni, com'è noto, la *property* si presta oggi ad essere declinata, piuttosto che come «*sole and despotic dominium*»<sup>16</sup>, come «*bundle of sticks*» e cioè come aggregato di interessi e prerogative giuridicamente rilevanti che concorrono a conformare la relazione giuridica tra un soggetto e una risorsa (o meglio: tra i diversi soggetti interessati all'accesso ad una risorsa), suscettibili di essere in certi casi disarticolati e ricombinati in modo differente, senza che ciò impedisca di qualificare il rapporto in termini di *property right*<sup>17</sup>.

In questo quadro, il ricorso al modello proprietario e alla relativa terminologia si connota anche – in terzo luogo – per una funzione in certa misura retorica e persuasiva. La riorganizzazione del rapporto tra soggetto e dati in termini proprietari, cioè, si risolve in una strategia argomentativa che, senza vincolare troppo l'interprete quanto alle implicazioni sul piano della disciplina, gli consente di avvalersi della particolare legittimazione ideale (e ideologica) della quale gode il modello della *property* nel discorso giuridico statunitense<sup>18</sup>. L'istanza di controllo dell'informazione personale (e del relativo valore economico) che la prospettiva proprietaria si incarica di far operare e rafforzare, ne risulta in questo modo più attrezzata – quanto meno sul piano retorico – per fronteggiare altre direttive, parimenti

---

15 Riferimento tipico, in proposito, la proposta interpretativa di C. REICH, *The new property*, in *Yale L. J.*, 1964, p. 733 s. per l'impostazione delle questioni relative alla differente costruzione concettuale delle situazioni di appartenenza nel contesto del *common law* rispetto a quello europeo continentale; v. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum*, CEDAM, Padova 1992, p. 3 e ss. (in part. p. 151 ss.); A. GAMBARO, *Dalla new property alle new properties*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, p. 675 s.; L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza Bari 2012, p. 45 ss.; M. GRAZIADEI, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. GRAZIADEI-L. SMITH, *Comparative property law. Global perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2017, p. 71 ss.

16 Così W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, II, New York 1847, p. 1.

17 La metafora del *bundle of sticks* o del *bundle of rights* per descrivere il carattere composito delle prerogative giuridiche, nei confronti di altri soggetti, che riempiono di contenuto la relazione tra il soggetto una risorsa qualificata come *property*, si fa tipicamente risalire alla nota analisi di W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale L. J.*, 1917, p. 710 s., il quale comunque non utilizza tale terminologia (v. in part. p. 747: «“property” relating to the tangible object that we call land consists of a complex aggregate of rights (or claims), privileges, powers, and immunities»); sul successo della metafora, che vale a sganciare la nozione di *property* dall'idea del *dominion* esclusivo su una cosa materiale per estenderla a relazioni tra soggetti aventi ad oggetto un “value”, v. M. A. HELLER, *The Boundaries of Private Property*, in *Yale L. J.*, 1999, p. 1163 s. (in part. p. 1187 ss.); T.W. MERRIL, *Property and the right to exclude*, in *Nebraska L. Rev.*, 1998, p. 730 s.; per un'analisi in chiave comparata della giustapposizione tra l'idea del «*bundle of rights*» e quella del dominio esclusivo, quali modelli che orientano, rispettivamente, la costruzione giuridica delle situazioni di appartenenza nel *common law* e nel *civil law* (e la proposta di una metafora alternativa), v. A. DI ROBILANT, *Property: a bundle of sticks or a tree?*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 2013, p. 870 s.

18 Cfr. L. LESSIG, *Privacy and property*, in *Social research*, 2002, p. 247 s.: «If you could get people (in America, at this point in history) to see certain resource as property, then you are 90 percent to your protective goal»; J. LITMAN, *Information privacy/information property*, *Stanford L. Rev.*, 2000, p. 1292-93 (in senso critico rispetto alla *propertization*): «If ownership of private property is power, however, calling privacy rights “property rights” offers the promise of magically vesting the powerless with control over their personal data. Because the law of private property is perceived as a-regulatory, this approach seems to answer the objections raised against significant government regulation».

dotate di copertura costituzionale (tipicamente riconducibili alla protezione del *free speech* e al requisito dello *standing* dell'art. III della Costituzione degli Stati Uniti) che, al contrario, forniscono argomenti per delineare un quadro di tendenziale immunità a copertura delle prassi di raccolta e circolazione dell'informazione personale<sup>19</sup>.

#### 4. Diritti proprietari e mercato dell'informazione personale

Alcune prospettazioni, tipicamente più risalenti, concepiscono la *propertization*, quale forma giuridica della relazione tra soggetto e informazione personale, anche sotto forma di dati digitali, come funzionale alla instaurazione di un effettivo sistema di mercato per la circolazione dell'informazione capace di generare un controvalore per il soggetto dei dati, in occasione della loro cessione. Questa declinazione della prospettiva proprietaria persegue cioè essenzialmente il ribaltamento dell'assegnazione iniziale dell'*entitlement* sui dati rispetto a quanto appariva derivare dal regime legale, ritenuto per questo inadeguato. Tale assegnazione, in forza del modello dei dati quali *property*, risulterebbe cioè trasferita, da coloro che li raccolgono e ne dispongono quale nuovo "bene" acquisito a titolo originario, ai soggetti dei dati. In questo modo, assumendo i dati come liberamente alienabili, si prefigura poi l'instaurazione di processi di negoziazione per la cessione a titolo oneroso del potere di uso e disposizione su di essi.

Sotto il profilo attributivo e patrimoniale, pertanto, tale modo di articolare l'assegnazione proprietaria ridefinisce, in relazione allo scenario di disciplina dell'epoca, il rapporto tra soggetto dei dati e raccoglitore delineando un regime che consegnerebbe le utilità economiche dell'informazione personale al soggetto dei dati, in forza della possibilità della loro destinazione al mercato e della conseguente trasformazione in valore di scambio rimessa al libero consenso del disponente. Si ipotizza in questo modo un generalizzato mercato dell'informazione personale entro il quale la gestione delle negoziazioni, al fine di renderla concretamente praticabile o comunque ridurre i costi transattivi, sarebbe affidata a peculiari enti con funzione di organizzazione e intermediazione dei flussi di informazione o a processi automatizzati articolati attraverso strumenti tecnologici<sup>20</sup>. Un sistema di questo genere,

---

19 V. ad esempio R. GONZALEZ-PADRON, *Property Rights over Personal Data: An Alternative for Standing in Data Breach Cases*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2021, p. 387 s.; in generale, sul rilievo del *free speech* e del requisito dello *standing* rispetto alla costruzione di una posizione di tendenziale immunità rispetto alle prassi di raccolta e circolazione di dati, v. P. M. SCHWARTZ-N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 134 ss.; S. P. MULLIGAN-W. C. FREEMAN-C. D. LINEBAUGH, *Data protection law, Data protection law: an overview, Congressional research service, R45631*, 2019, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45631>, p. 59 ss.; R. S. MURPHY, *Property rights*, in *Georgetown L. J.*, 1996, p. 2381 s. che, con riferimento all'impostazione della tutela dell'informazione personale esclusivamente sui *privacy torts*, nota: «One reason it has failed is that it is not conceived as a dispute about property rights in information, but rather as a battle between First Amendment values and an inchoate, elastic privacy "right". It is easy to see why the First Amendment generally wins this battle».

20 V. in particolare, K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., p. 99 ss. che ipotizza un «*National information market*», fondato sulla creazione di «*national information accounts*» da parte di fornitori e utilizzatori dell'informazione presso «*local information banks*», con la possibilità di realizzare anche negoziazioni private «*off the market*»; L. LESSIG, *Code and other laws of the cyberspace*, New York 1999, p. 122 ss. e 159 ss., che – nel quadro dell'idea centrale che muove il saggio, secondo la quale la regolazione del cyberspazio passa essenzialmente per le caratteristiche delle strutture tecnologiche («*code*») attraverso le quali esso opera – rispetto alla gestione dell'informazione personale propone l'assegnazione proprietaria unita alla creazione di un apposito «*code*» (strumento di regolazione di natura tecnologica) che si occupi di gestire in forma integralmente automatizzata, in coerenza con le preferenze espresse dal soggetto dei dati, i processi di negoziazione sulla

dunque, dal punto di vista della definizione del regime giuridico di appropriazione della informazione quale risorsa economica, aspirerebbe in definitiva a riprodurre le implicazioni tipiche dei modelli della proprietà e del mercato, risolvendosi nella realizzazione di una piena attribuzione patrimoniale in favore del soggetto dei dati in forza della loro trasformabilità in valore di scambio governata dal consenso.

Tali proposte dottrinali, tuttavia, entro il quadro concettuale e il contesto di disciplina sopra delineato, si connotano non soltanto per l'aspirazione a realizzare l'attribuzione di una quota di ricchezza in favore dei soggetti dei dati (costituiti in "proprietari"), ma anche per il perseguimento di una differente funzione, di tipo "regolativo", orientata alla produzione di ulteriori e differenti benefici sociali. La proprietà e il mercato, cioè, in coerenza con una impostazione tipica dell'epoca nella quale tali proposte generalmente si collocano (fine anni Novanta, primi anni Duemila), vengono invocati quali strumenti alternativi alla regolazione pubblica per il perseguimento dell'obiettivo, ritenuto socialmente desiderabile nel quadro della tutela della *privacy*, della riduzione dei fenomeni di circolazione di informazione personale non acconsentita e controllata dai soggetti<sup>21</sup>.

La presa d'atto del carattere strutturale dei processi di circolazione e mercificazione secondaria dell'informazione personale induce infatti a ridefinire l'idea di *privacy* affiancando alla tradizionale *ratio* della "seclusion" quella del "control" sui flussi di informazione<sup>22</sup>. Nel quadro della *privacy as control*, l'apprensione non acconsentita delle "data images" dei soggetti costituirebbe un costo sociale del quale, in assenza di attribuzione di tipo proprietario, i collettori dei dati non si farebbero carico, dando luogo così ad una tipica esternalità negativa, con un conseguente fallimento del mercato in termini di allocazione non efficiente del "bene" informazione. Il contenimento di tale costo entro una misura socialmente accettabile ("efficiente") andrebbe perseguito attraverso la creazione di un mercato che, sulla scorta dell'attribuzione di diritti proprietari ai soggetti dell'informazione, consenta a questi di assegnare un valore e dunque un prezzo ai propri dati e imponga così ai *data collectors* di internalizzare i costi della raccolta. Ne risulterebbe, come di consueto, un'allocazione più efficiente dell'informazione, un'accresciuta "privacy come controllo" e un

---

acquisizione e circolazione di informazioni; v. anche L. LESSIG, *The Architecture of Privacy*, in *Vanderbilt J. of Entertainment and Technology L.*, 1999, p. 56 s., (p. 63: «If the law gave individuals the rights to control their data, or more precisely, if those who wanted to use that data had first to secure the right to use it, then a negotiation would occur over whether, and how much, data should be used. The market could negotiate these rights, if a market in these rights could be constructed»); L. LESSIG, *Privacy and property*, cit.; ma in termini simili anche lo scenario di controllo e negoziazione dei dati individuali immaginato (e articolato e descritto non tanto sul piano strettamente giuridico, quanto su quello sociale e tecnico) da J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, cit., *passim* e spec. p. 255 ss.; per alcune proposte più recenti che ipotizzano l'uso della tecnologia «*blockchain*» per perseguire analoghe funzioni di identificazione e controllo dei dati ed *enforcement* delle prerogative di *ownership* (delle quali si invoca l'implementazione), con riguardo però soprattutto ai dati industriali e non «personali» v. J. RITTER-A MAYER, *Regulating Data as Property: New Construct for Moving Forward*, in *Duke L. & Technology Rev.*, 2017-2018, p. 220 s.; A. WIEBE, *Protection of Industrial Data A New Property Right for the Digital Economy?*, in *J. of Intellectual Property L. and Practice*, 2016, p. 62 s.

<sup>21</sup> V., ad esempio, per una discussione sulle alternative di regolazione, in relazione allo scenario degli anni '90, P. SWIRE, *Markets, Self-Regulation, and Government Enforcement in the Protection of Personal Information*, in *Privacy and self-regulation in the information age*, US Department of Commerce, 1997, <https://www.ntia.gov/report/1997/privacy-and-self-regulation-information-age>

<sup>22</sup> Cfr. già, in termini simili, A. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York 1967; Per l'analisi di questo processo e del relativo mutamento di *ratio* sottostante alla tutela della *privacy*, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., cap. I. p. 2 ss., Cap. III, p. 4 ss.

generale incremento del benessere sociale<sup>23</sup>. Proprio tali obiettivi di regolazione, perseguiti, per così dire, “in via principale” e al cui perseguimento è funzionale la possibilità di “monetizzazione” del valore dei dati in capo al soggetto che così contestualmente si prefigura, forniscono probabilmente la chiave di lettura determinante per la comprensione di tali modelli dottrinali.

### 5. Diritti proprietari e inalienabilità

L’assegnazione di una funzione regolativa al modello proprietario riferito ai dati digitali emerge poi con maggiore intensità e implicazioni differenti in altre proposte dottrinali che delineano uno statuto del tutto peculiare della *property* dei dati, intervenendo soprattutto sul profilo della alienabilità. Tali posizioni sembrerebbero intendere in definitiva l’ipotizzato *property right* quale metafora riassuntiva di una prerogativa di controllo di carattere per così dire “reale” (che cioè *runs with the asset*) che consenta l’esercizio dei poteri sui dati anche dopo la loro cessione e nel corso della loro circolazione. Queste proposte impiegano dunque la ridefinizione in termini proprietari del rapporto tra soggetto e dati non solo al fine di riservare al consenso la legittimazione a determinare le condizioni per la circolazione dei dati ma soprattutto (e contrariamente all’ordinario paradigma della alienabilità quale tipico attributo della proprietà) al fine di dare fondamento a un (per così dire) “diritto di sequela” capace di interdire successive cessioni o ulteriori utilizzi dei dati<sup>24</sup>.

Nella sua versione più articolata, questa declinazione del modello proprietario prospetta tale prerogativa di controllo caratterizzata da “realità” in termini di «*hybrid inalienability*»<sup>25</sup>. Secondo questa prospettiva, cioè, il consenso varrebbe soltanto ad autorizzare il primo cessionario all’accesso ai dati per l’uso convenuto, mentre eventuali successivi trasferimenti o usi ulteriori dovrebbero richiedere, in forza di un assetto indisponibile, una nuova negoziazione e un nuovo consenso. Tale disposizione, parziale perché limitata dal vincolo di inalienabilità, dovrebbe poi essere anche strutturalmente precaria in quanto esposta ad un (altrettanto indisponibile) *right of exit*, quale elemento costitutivo dell’*entitlement* in funzione

23 Nei termini esposti nel testo v. in particolare K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit.; ma la medesima logica si rinviene a fondamento di una serie di proposte dottrinali avanzate in particolare sul finire del Novecento e primi anni 2000 che hanno fatto riguadagnare rilievo, nell’allora nuovo contesto della circolazione dei dati digitali nel “ciberspazio”, alla prospettiva della *propertization* della informazione già avanzata in precedenza nel contesto statunitense (cfr. A. WESTIN, *Privacy and freedom*, cit., p. 324 ss.); v. in proposito: K. C. LAUDON, *Extensions to the Theory of Markets and Privacy: Mechanics of Pricing Information*, in *Privacy and self-regulation in the information age*, cit.; E.M. NOAM, *Privacy and Self-Regulation: Markets for Electronic Privacy*, ivi; H. R. VARIAN, *Economic Aspects of Personal Privacy*, ivi; in termini sostanzialmente analoghi anche L. LESSIG, *Code*, cit. p. 122 ss.; L. LESSIG, *The Architecture*, cit., p. 56 ss.; L. LESSIG, *Privacy and property*, cit.

24 Cfr. P. MELL, *Seeking shade*, cit., p. 67 ss., che ipotizza un’assegnazione proprietaria che implichi la necessità del consenso espresso per la cessione dei dati nonché la subordinazione del diritto del cessionario al potere di controllo del cedente il quale conserverebbe il «power to manage the distribution of his persona» (p. 78) e cioè la prerogativa di autorizzare future cessioni e di verificare l’accuratezza dei dati; in modo simile J. KANG, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, in *Stanford L. Rev.*, 1998, p. 1193 s., accompagna all’assegnazione proprietaria una *default rule* (e perciò derogabile) che impedisca al cessionario usi ulteriori rispetto a quelli «*functionally necessary*» all’operazione in relazione alla quale i dati vengono ceduti (v. p. 1246 ss.); differente la proposta di V. BERGELSON, *It’s Personal But Is It Mine?*, cit. p. 436 ss., che ipotizza un *property right* che tuttavia non escluderebbe che il primo *collector* acquisisca automaticamente (senza consenso) una licenza d’uso sull’informazione raccolta per propri fini commerciali, mentre il consenso del soggetto sarebbe necessario per la circolazione successiva.

25 Così P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy, and personal data*, in *Harvard L. Rev.*, 2004, p. 2056 s.

di autocorrezione del mercato così instaurato. In forza del *right of exit*, cioè, dovrebbe essere sempre consentito revocare la “cessione” acconsentita al fine di porre fine, in autotutela, agli effetti degli atti di disposizione di dati non adeguatamente ponderati e pienamente consapevoli o comunque non più voluti<sup>26</sup>.

### 6. *Liability rules, property rules e fallimenti del mercato*

Il modo in cui il modello dei *property rights* viene declinato con riguardo ai dati da parte del formante dottrinale statunitense indica in realtà come la costruzione giuridica della relazione tra la persona rappresentata e gli altri soggetti interessati ad acquisire il controllo dell’informazione personale (o, in termini più tradizionalmente “proprietari”, tra tutti questi soggetti e l’informazione personale<sup>27</sup>) ponga questioni che evidentemente non si esauriscono sul piano strettamente patrimoniale e che, per questa ragione, inducono ad articolare, in sede di dibattito dottrinale, il discorso proprietario in modo peculiare.

La constatazione dell’obiettivo valore economico e della scambiabilità dell’informazione sotto forma di dati pone cioè da un canto il problema della attribuzione della relativa ricchezza, alla cui soluzione si candidano, in linea teorica e astratta, due differenti modelli.

Assume cioè rilievo, in primo luogo, il modello della libera appropriabilità dei dati – quali utilità non soggette ad alcun precedente *entitlement* – da parte di potenziali “raccoltori” interessati ad acquisirne il valore, se del caso corretta e limitata da *liability rules* che opererebbero, per il caso di appropriazione non consensuale, se e in quanto tale appropriazione determini la lesione di utilità, tipicamente di contenuto non patrimoniale, rilevanti ai fini della tutela “conservativa” del soggetto dei dati<sup>28</sup>. All’estremo opposto si collocherebbe invece il modello della assegnazione di tipo proprietario pura e semplice che, rimettendo al consenso pienamente dispositivo del soggetto dei dati il compito di governarne integralmente la circolazione definendo anche la misura del corrispettivo, gliene attribuirebbe così il valore patrimoniale, sotto forma di valore di scambio.

D’altro canto, però, oltre che quale trasferimento di utilità dotate di valore economico, l’acquisizione e lo scambio di dati assumono rilievo anche sotto il profilo dell’aspirazione al controllo sulla circolazione delle proprie «*data images*»<sup>29</sup> non motivata da ragioni di tipo patrimoniale. Le prassi di acquisizione e scambio di dati, cioè, secondo quanto questi modelli dottrinali generalmente assumono, sono suscettibili di determinare la riduzione della *privacy* quale “bene in sé”, ledendo in questo modo utilità di contenuto non specificamente patrimoniale, collocate sul piano sia individuale (in termini di perdita della capacità di controllo sulla circolazione delle rappresentazioni digitali del sé) che sociale, attesa la natura di “*public good*” riconosciuta alla *privacy*.

26 V. in particolare P. M. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 2094 ss.

27 L’acquisizione secondo la quale le situazioni qualificate come *property*, e tradizionalmente riferite alla relazione giuridica tra il soggetto e una risorsa, si riferiscono in realtà (fuor di metafora) alla disciplina delle relazioni tra soggetti interessati all’accesso alla risorsa, si fa tipicamente risalire, quanto al diritto statunitense, a W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, cit., p. 747 s.; per un’osservazione simile rispetto al diritto europeo continentale dei sistemi romanisti nel quadro della teoria dei beni, v. M. BARCELONA, *Attribuzione normativa e mercato*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 637 s. (ove si chiarisce come oggetto di qualificazione giuridica non sia «un’entità, nel senso di cosa, bene, interesse, utilità» quanto piuttosto i comportamenti umani e che «pertanto tutte le proposizioni ... che di un’entità asseriscono che sia qualificata, vanno tradotte in proposizioni che individuano comportamenti ai quali è, invece, effettivamente riferibile la qualificazione giuridica»).

28 Cfr. ad esempio L. LESSIG, *Code*, cit., p. 160: «property protects choice; liability protects transfer».

29 L’espressione è imprecisata da K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., p. 4 ss.

I modelli proprietari e il peculiare mercato dell'informazione personale che essi farebbero operare appaiono allora concepiti non solo (e probabilmente non tanto) al fine di dare conto della questione attributiva (con riguardo dunque ai dati quale utilità economica che proprio la *propertization* assegnerebbe al soggetto rappresentato), quanto piuttosto per rispondere al problema (collocato sul terreno non esattamente o non esclusivamente patrimoniale) del controllo sui processi di acquisizione e circolazione dell'informazione<sup>30</sup>. Il modello della *property* sembra cioè essere proposto essenzialmente in quanto funzionale a fornire a tale istanza di controllo sulla circolazione dell'informazione una base giuridica dotata di maggiore legittimazione e coerenza rispetto alla mera idea di *privacy* quale direttiva di tutela della sfera morale della persona tradizionalmente declinata in termini di *seclusion*. Per tali ragioni, le proposte dottrinali che predicano l'assegnazione proprietaria dei dati al soggetto delineano regimi di appropriazione peculiari e con esiti variabili sul piano delle attribuzioni patrimoniali.

Le proposte che non prefigurano limitazioni all'alienabilità dell'assegnazione proprietaria che avrebbe ad oggetto i dati muovono, come si è visto, dall'idea secondo la quale il processo di circolazione dell'informazione che si determinerebbe in assenza di tale attribuzione in favore del soggetto dei dati andrebbe inevitabilmente incontro – sul piano economico – ad un fallimento, determinato dalle esternalità negative, che proprio la possibilità di acquisire l'informazione a prescindere dal consenso del soggetto (e quindi gratuitamente) determina<sup>31</sup>. Alla regolazione giuridica si assegna dunque, in questa prospettiva, il compito di farsi carico del problema della perdita del controllo del soggetto sui propri dati – rappresentato come “costo”, individuale e sociale, esterno alla sfera del raccoglitore – mediante un'assegnazione proprietaria necessariamente caratterizzata dalla piena alienabilità. Proprio all'alienazione consensuale e onerosa dei dati sarebbe infatti rimesso il ripristino di tale controllo e l'internalizzazione del costo (individuale e sociale in termini di invasione della *privacy*) che la raccolta di informazione determina. Per tale ragione, un assetto così giustificato assume le assegnazioni proprietarie come liberamente e integralmente alienabili.

Tale affidamento di compiti regolativi ai diritti proprietari pienamente alienabili e al mercato che ne consegue comporterebbe naturalmente l'integrale affidamento della circolazione dell'informazione al paradigma dello scambio (di mercato). Se è vero, dunque, che in linea di principio ciò determinerebbe l'attribuzione del valore economico dell'informazione al soggetto dei dati, sotto forma di valore di scambio, la libera disponibilità dei dati al tempo stesso sarebbe capace di trasferire al cessionario ogni prerogativa di controllo esclusivo sulla risorsa quale “bene” definitivamente acquisito e ormai destinato ad essere pienamente incorporato in processi produttivi o reso oggetto di ulteriori scambi di mercato.

Diversamente, le proposte che delineano un *property right* caratterizzato da vincoli di inalienabilità si spiegano invece in relazione ad un diverso tipo di *market failures* che

---

30 Cfr. la descrizione del quadro generale entro il quale si sviluppa l'idea della *propertization* nel contesto statunitense offerta da C. PRINS, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity*, in L. GUIBAULT-B. HUGENHOLTZ (a cura di), *The Future of the Public Domain. Identifying the Commons in Information Law*, Alphen aan den Rijn 2006, p. 223 ss.; un'interessante analisi critica delle ragioni, implicazioni e limiti dell'impiego del modello proprietario con funzione di «controllo» dell'informazione personale è svolta da J. B. BARON, *Property as Control: The Case of Information*, in *Michigan Telecommunications and Technology L. Rev.*, 2012, p. 367 s.

31 V. in particolare, K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., *passim*

pregiudicherebbero il mercato dell'informazione personale, nonché sulla scorta dell'idea della *privacy* quale "public good"<sup>32</sup>.

In tale differente prospettiva, infatti, sarebbe proprio la piena e libera alienabilità dell'informazione a determinare fallimenti del mercato in ragione delle asimmetrie informative e della razionalità limitata che inevitabilmente affliggerebbero il soggetto dei dati impedendogli di percepire sia il valore sia la stessa quantità e qualità dell'informazione ceduta e quindi di negoziare un controvalore per la cessione effettivamente adeguato alle sue preferenze (in relazione alla quantità e qualità dell'informazione ceduta e all'utilizzo che, attraverso la cessione, se ne consente al cessionario)<sup>33</sup>.

Inoltre, alla costruzione giuridica della *privacy* dovrebbe ritenersi in ogni caso sottostante, quale *ratio* ispiratrice, l'aspirazione (non soltanto al mero controllo sulla circolazione delle rappresentazioni del sé, ma anche) alla istituzione e tutela di uno spazio di interazione sociale libero dalla "sorveglianza", rilevante non soltanto dal punto di vista individuale, ma soprattutto dal punto di vista sociale quale condizione che contribuisce ad un ordine sociale basato sull'autodeterminazione e sulla deliberazione democratica<sup>34</sup>. Così come l'esistenza e la tutela di uno spazio sociale di riservatezza si risolve a beneficio di tutti, con i caratteri della non rivalità e non escludibilità tipici dei *public goods*, allo stesso modo la sua erosione, ad opera di prassi di sistematica alienazione (sia pure verso un controvalore) dell'informazione personale, danneggerebbe tutti. Sotto questo ulteriore profilo, dunque, ciò che assume carattere problematico sarebbe proprio il mercato in sé, sia pure per ipotesi perfettamente funzionante e non affetto da fallimenti, quale dispositivo di allocazione dell'informazione che, rimettendone la circolazione al libero scambio, ne favorirebbe ed incrementerebbe l'acquisizione in favore degli attori economici dotati di maggior potere contrattuale<sup>35</sup>.

Pertanto, mentre un'assegnazione proprietaria, poiché costringe i collettori di dati a negoziare con i soggetti, indurrebbe comunque questi ad assegnare un valore all'informazione e ad esercitarne il controllo, i vincoli di relativa inalienabilità – che impedirebbero la commercializzazione "secondaria" o l'uso ulteriore e comunque

32 V. in particolare, P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy*, cit., in part. p. 2076 ss.

33 Ciò condurrebbe al ben noto «lemons equilibrium» (cfr. P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy*, cit., p. 2081) e cioè ad un mercato nel quale prevarrebbero i fornitori di servizi e beni che offrono condizioni peggiori, perché più invasive, quanto alla raccolta di dati, perché proprio tale scarsa tutela della *privacy* (che si traduce per i fornitori in un vantaggio economico) consentirebbe di mantenere basso – o escludere – il prezzo monetario dei servizi; l'individuazione del modello teorico in forza del quale la non conoscibilità di determinate caratteristiche dell'offerta determina fallimenti del mercato che conducono alla prevalenza di attori che offrono beni di qualità inferiore si deve com'è noto a G. AKERLOF, *The market for «lemons»: quality uncertainty and the market mechanism*, in *The quarterly J. of Economics*, 1970, p. 488 ss.; v. poi per un'illustrazione del «lemons equilibrium», R. CRASWELL, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, in *University of Chicago L. Rev.*, 1993, p. 49 s.; v. poi, nel quadro del dibattito più recente, sulle difficoltà di effettiva valutazione della quantità e del rilievo dell'informazione ceduta ad opera dei soggetti dei dati e sulle difficoltà di definizione soggettiva delle stesse preferenze individuali riguardo alla *privacy*, l'analisi empirica di A. ACQUISTI-L. BRANDIMARTE-G. LOEWENSTEIN, *Privacy and human behavior*, in *Science*, 2015, p. 509 ss., ove si illustra il c.d. «privacy paradox» che rivelerebbe l'incoerenza tra le preferenze astrattamente espresse in materia di riservatezza e l'effettivo comportamento dei soggetti sul mercato.

34 P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy*, cit., p. 2084 ss.; J. E. COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, in *Georgetown L. Rev.*, 2000, p. 1423 ss.; v. adesso, ampiamente sulla manipolazione del comportamento delle persone discendente dalle prassi di raccolta e analisi dei dati e sui conseguenti rischi per il funzionamento del sistema democratico, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., *passim* e in part. p. 309 ss.

35 V. in particolare J. LITMAN, *Information privacy/information property*, cit., p. 1301.

garantirebbero il diritto di revoca della cessione – costituirebbero la risposta ai problemi descritti.

Sul piano delle attribuzioni patrimoniali ne risulterebbe dunque una differente articolazione delle rispettive posizioni e prerogative del soggetto dei dati e del collettore di dati. La relativa inalienabilità dell'informazione, infatti, collocando una parte del suo valore patrimoniale "fuori dal mercato" ridurrebbe, da un canto, la portata della appropriazione che il raccoglitore di dati potrebbe conseguire attraverso il consenso del soggetto, poiché ne rimarrebbero esclusi l'uso e l'alienazione secondari e quindi la possibilità di qualificare i dati quali utilità definitivamente e completamente acquisite al patrimonio del cessionario<sup>36</sup>. Al tempo stesso, in questo modo, l'impossibilità di integrale "*commodification*" dei dati impedirebbe al soggetto il pieno conseguimento di tutto il loro potenziale valore di scambio, riducendo anche la portata dell'attribuzione patrimoniale che l'assegnazione di tale (peculiare) *property right* realizzerebbe in suo favore.

### 7. La funzione regolativa dei modelli proprietari

Il discorso statunitense che aspira a riconfigurare la relazione tra i soggetti e i dati in chiave proprietaria – per quanto confinato in gran parte sul versante dottrinale – assume rilievo nella prospettiva della ricostruzione del regime giuridico di appropriazione dei dati quali utilità dotate di specifico rilievo patrimoniale proprio perché descrive un quadro complesso e articolato di questioni (ed esigenze di disciplina), che il governo dell'informazione personale pone, che trascendono il piano della attribuzione patrimoniale e con le quali, anzi, questa deve inevitabilmente misurarsi. Proprio l'invocazione del modello proprietario, che in astratto e in via di principio sembrerebbe intesa a ritradurre in termini giuridici il problema della disciplina dei dati – a fronte della loro *commodification* ormai strutturale entro il capitalismo dell'informazione – quale mera questione di appropriazione esclusiva di utilità economiche in favore del "proprietario" (individuato nel soggetto dei dati), rivela cioè quali siano le funzioni che le opinioni dottrinali assegnano in concreto ai *property rights* e come esse in realtà esulino da una intenzione specificamente attributiva e limitata al piano patrimoniale.

Dalla valutazione di questo complessivo discorso dottrinale si ricava innanzitutto l'impressione che l'adozione del modello proprietario evochi una precisa scelta di politica del diritto orientata al perseguimento di obiettivi di regolazione sociale mediante strumenti deliberatamente alternativi alla disciplina di carattere pubblicistico o comunque autoritativo. Queste proposte ricostruttive esprimono cioè essenzialmente una aspirazione al controllo e al contenimento delle vicende di acquisizione e circolazione dell'informazione personale e indicano nella creazione di un "mercato" dell'informazione – variamente articolato in dipendenza della conformazione del diritto proprietario che ne costituirebbe il presupposto – il mezzo per la sua realizzazione, attraverso l'assegnazione di un valore e la negoziazione privata, in alternativa alla regolazione pubblica. Sotto questo profilo, le assegnazioni proprietarie così ipotizzate si inscriverebbero entro il più ampio modello dei *regulatory*

<sup>36</sup> La portata della «*ownership*» del cessionario si ridurrebbe cioè al valore "residuo", dopo aver detratto le prerogative di controllo che, in forza dei vincoli di inalienabilità, rimarrebbero in capo al cedente; per un'analisi di questo tipo, nel contesto del diritto europeo (che, com'è noto, si caratterizza per l'attribuzione al soggetto dei dati di diritti indisponibili di informazione e di controllo), v. N. DUCH-BROWN-B. MARTENS-F. MUELLER-LANGER, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, *Digital Economy Working Paper 2017-01 JRC Technical Reports*, Seville 2017, p. 17 ss.

*property rights* quale tecnica di disciplina che “strumentalizza” il discorso proprietario mediante la creazione di beni e di mercati per via normativa in vista del conseguimento di specifici obiettivi socialmente desiderabili<sup>37</sup>.

Tuttavia, se la prospettiva proprietaria si rivolge alla questione del controllo sull’informazione personale, declinata non soltanto in termini patrimoniali quanto piuttosto quale prosecuzione e sviluppo – adattato al contesto della sistematica mercificazione dell’informazione – della impostazione personalistica originariamente sottostante al discorso sulla *privacy* (dalla *privacy* come *seclusion* alla *privacy* come *control*), l’approfondimento dottrinale della medesima prospettiva si incarica di mostrarne i limiti rispetto al trattamento efficace di tale questione.

L’*empowerment* del soggetto dei dati attraverso l’assegnazione proprietaria e il mercato consegnerebbe infatti integralmente l’aspirazione al controllo sulla informazione personale ad un sistema di contrattazioni esposto ai ben noti fallimenti dovuti alle asimmetrie informative e alla razionalità limitata e il cui esito distributivo – in termini di acquisizione di dati – sarebbe comunque determinato dal potere contrattuale dei collettori di dati, capaci di imporne, sulla scorta di regolamenti contrattuali standard e non negoziabili, la sistematica cessione<sup>38</sup>. Sotto questo profilo, dunque, la mera attribuzione proprietaria non muterebbe la dinamica di accumulazione di dati ad opera delle piattaforme, legittimandone piuttosto le pretese appropriative mediante il riconoscimento della piena efficacia e legittimazione “traslativa” del consenso.

Proprio in considerazione di tali aspetti la prospettiva proprietaria coltivata nel dibattito statunitense si risolve, nelle sue ulteriori declinazioni, nella costruzione di modelli di *property rights* conformati in modo tale da contenere autoritativamente lo spazio di libera disponibilità di tale attribuzione proprietaria, mediante dispositivi di limitata inalienabilità che riducono il ruolo della contrattazione privata quale strumento di governo della circolazione della informazione.

L’ambiguità che ne risulta, pur entro un quadro caratterizzato dall’opzione ideale per la priorità degli strumenti di governo privato, segnala la strutturale problematicità del mercato quale luogo per l’esercizio del controllo sull’informazione e lascia in definitiva aperta la questione della regolazione pubblica in considerazione del carattere di *public good* riconosciuto alla *privacy*<sup>39</sup>.

Il discorso sui “dati come *property*” che ne invoca l’assegnazione proprietaria iniziale in favore del soggetto dei dati, quindi, piuttosto che risolvere secondo un paradigma unitario e coerente con i caratteri della esclusività e alienabilità la questione attributiva (con riguardo al

---

37 Per l’accostamento di queste proposte al modello dei diritti proprietari istituiti dal diritto per il raggiungimento di specifici obiettivi sociali, v. un cenno in P. SAMUELSON, *Privacy as intellectual property?*, in *Stanford L. Rev.*, 2000, p. 1137 ss.; inoltre N. PURTOVA, *Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation*, in *European J. of Legal Studies*, 2010, p. 193 s. Sulla categoria (e le relative esemplificazioni) dei *regulatory property rights* v. R. B. STEWART, *Priprop, Regprop, and Beyond*, in *Harvard J. of L. & Public Policy*, 1990, p. 91 s.; M. COLANGELO, *Creating property rights*, Leiden 2012; S. MANEA, *The instrumentalization of property. Legal interests in the EU emission trading system*, Alphen aan den Rijn 2014; C. GODT (a cura di), *Regulatory property rights*, Leiden 2017; per una discussione della funzione regolativa dei modelli proprietari F. MEZZANOTTE, *L’appartenenza come tecnica di regolazione (a proposito di Regulatory Property Rights)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 635 s.

38 Cfr. J. E. COHEN, *Examined Lives*, cit., p. 1395 ss.; J. LITMAN, *Information privacy/information property*, cit., p. 1295 ss.

39 Su questo v. già S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., Cap. II, p. 45 ss.

valore patrimoniale dei dati), si rivela in definitiva un modo per organizzare – secondo terminologia e strategie argomentative capaci di ottenere legittimazione nel contesto statunitense – la costruzione del regime di accesso ai dati e di appropriazione delle relative utilità attorno ad alcune questioni fondamentali.

Il paradigma del “controllo” dal quale generalmente muovono le proposte «proprietarie» rinvia innanzitutto al ruolo del consenso del soggetto quale base di legittimazione dell’accesso e, dunque, all’attribuzione a questi di un qualche potere di interdizione rispetto alle pretese conoscitive e appropriative dei *data collectors*. Sotto questo profilo, le proposte proprietarie si spiegano in particolare in relazione a un contesto di disciplina che – soprattutto all’epoca nella quale il dibattito sulla *property* dei dati ha animato lo scenario statunitense – si caratterizzava per l’ampia possibilità di acquisizione e commercializzazione dei dati, non sempre a fronte di un consenso espresso e consapevole del soggetto.

La diffidenza verso gli esiti distributivi determinati da un mercato organizzato attorno alla piena alienabilità dell’informazione personale, una volta che questa fosse semplicemente qualificata quale “pura” *property* dei soggetti, attesa la complessiva riduzione della quantità di *privacy* quale bene sociale che ne deriverebbe, induce poi a porre la questione della portata della legittimazione di tale consenso rispetto alle vicende dispositive dei dati. Se cioè il tratto che unifica i modelli che ricostruiscono il rapporto tra soggetto e dati in termini di *property right* risiede essenzialmente nella rivalutazione del consenso quale criterio primario di legittimazione delle prassi di acquisizione dei dati, la medesima prospettiva proprietaria sfocia poi nell’invocazione di un limite di carattere indisponibile che, deprivando il consenso del potere di trasferire del tutto le prerogative di controllo sui dati, sembrerebbe deporre in realtà in senso contrario rispetto ai tratti che ordinariamente caratterizzerebbero l’attribuzione proprietaria sotto il profilo della alienabilità<sup>40</sup>.

In terzo luogo, il discorso proprietario, pur entro tale quadro caratterizzato dalla prospettazione di alcuni vincoli di indisponibilità, pone comunque in termini espliciti la questione della negoziabilità dei dati e cioè della loro deducibilità entro un rapporto che, quanto meno sul piano economico, riconosca al soggetto un qualche valore rappresentativo dell’utilità trasferita. Sotto questo profilo, dunque, l’idea dei dati quale *property* induce a interrogarsi sul se e come il sistema giuridico si dimostri disponibile “vedere” il nesso funzionale tra la cessione dei dati ad opera del soggetto – una volta assunto quale beneficiario di un *entitlement*, se si vuole, di tipo proprietario – e una “ricchezza di ritorno” destinata a remunerare il valore ceduto, al tempo stesso giustificandone l’acquisizione in capo al collettore dei dati, e a dare rilievo a tale nesso a fini di disciplina del rapporto tra le parti<sup>41</sup>. La questione evidentemente, al di là della ipotesi della organizzazione di generalizzati mercati per la cessione dell’informazione personale verso corrispettivo

40 Cfr. infatti (in prospettiva critica rispetto alla *propertization*, sia *de iure condito* che *de iure condendo* e con riguardo tanto al contesto statunitense quanto a quello europeo), L. DETERMANN, *No one owns data*, cit., p. 25, con riguardo al *California Consumer Privacy Act 2018*, che (analogamente alla disciplina europea) stabilisce specifici limiti di inalienabilità delle prerogative di controllo dell’informazione personale (p. 23: «Thus, the California Consumer Privacy Act goes into the opposite direction of creating property rights to data and further diminishes any potential for commercial interests in personal information»); v. anche J. B. BARON, *Property as Control*, cit., p. 380 ss.

41 V. in generale sulla questione della individuazione di strumenti giuridici che assicurino un “ritorno” economico in favore del consumatore che ceda i dati in relazione al diritto statunitense N. KOLT, *Return on Data: Personalizing Consumer Guidance in Data Exchanges*, in *Yale L. & Policy Rev.*, 2019 p. 77 s.

monetario, riguarda piuttosto proprio il peculiare modello di “corrispettività atipica” o “gratuità apparente” che costituisce la forma specifica di circolazione della ricchezza nel contesto del capitalismo digitale e cioè l’offerta di servizi e contenuti digitali non accompagnata dalla richiesta di controprestazione monetaria perché destinata ad essere remunerata, sul piano economico, proprio dall’accesso ai dati dell’utente.

### 8. La prospettiva proprietaria e i modelli europei

Da quest’analisi della prospettiva dottrinale statunitense che ricostruisce in rapporto tra soggetti e dati in termini di *property right* possono trarsi alcuni elementi di valutazione, in chiave comparata, dei modelli europei.

Può innanzitutto rilevarsi come, a fronte delle questioni che il dibattito statunitense sulla *propertization* dei dati consente di mettere a fuoco, le risposte che a queste fornisce, questa volta ad opera della disciplina positiva, il diverso scenario europeo rendano in definitiva privo di effettiva utilità – dal punto di vista argomentativo e operativo – oltre che difficilmente sostenibile sul piano concettuale il tentativo di ricostruire il regime giuridico dei dati secondo terminologia e modelli proprietari<sup>42</sup>.

Quanto alla legittimazione “ideale”, infatti, com’è noto, la protezione dell’informazione personale si avvale innanzitutto nel contesto europeo della riconduzione all’alveo dei diritti fondamentali della personalità, espressamente sancita dall’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea che ne individua le coordinate essenziali<sup>43</sup>. In forza di questa premessa, il diritto europeo realizza una peculiare e incisiva conformazione del regime giuridico dei dati e della loro circolazione che, anche in forza di regole di (relativa) inalienabilità, riconosce al soggetto specifiche prerogative di controllo sui propri dati<sup>44</sup>. Una tradizione legislativa da ultimo condensatasi nella disciplina ormai unificata del Regolamento UE 2018/679, sottopone infatti la generalità della informazione personale – che corrisponda alla definizione di «dati personali» dell’art. 2 del Regolamento – ad un sistema

42 Sulla non conducenza di una ricostruzione in termini proprietari del regime giuridico dei dati personali nel contesto europeo v. S. BERGÉ-S. GRUMBACH-V. ZENO-ZENCOVICH, *The «Datasphere», data flows beyond control, and the challenges for law and governance*, in *European J. of Comparative Law and Governance*, 2018, p. 16 ss.; G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 199 ss.; L. DETERMANN, *No one owns data*, cit., p. 22 ss.; sugli ostacoli che il modello proprietario tradizionale (anche con riguardo al *common law*) – in quanto essenzialmente costruito attorno al controllo esclusivo di cose materiali – incontra qualora applicato ai dati in generale quali oggetti immateriali in quanto «*digital assets*» e sul modo in cui esso debba essere riformulato in termini di «*entitlement*» per dare conto dei dati quali «*new legal object*», v. S. VAN ERP, *Ownership of data and the numerus clausus of legal objects*, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No 2017/6*, disponibile a [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3046402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046402)

43 Ciò che induce ad impostare il confronto tra prospettiva statunitense e prospettiva europea quanto al trattamento dei dati personali in termini di «*marketplace discourse*» da una parte e «*rights talk*» dall’altra, cfr. P. M. SCHWARTZ-N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 121 ss.; per la ricostruzione dell’idea europea di *privacy* attorno al concetto, in una certa misura “non negoziabile” di *dignity*, v. J. Q. WHITMAN, *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1209 s.; naturalmente, la prospettiva del diritto fondamentale non soltanto rende meno necessario il ricorso alle categorie proprietarie con funzione di legittimazione della tutela, ma rende anche problematico e limitato lo spazio per una ricostruzione in termini proprietari, generalmente ritenuta poco compatibile con l’idea del diritto fondamentale, cfr. in generale C. PRINS, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity*, cit., p. 234 ss.

44 Sul senso complessivo della protezione dei dati personali ad opera di un «diritto fondamentale» entro il contesto europeo e sul «modello istituzionale» che ne discende, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., cap. III, p. 19 ss.

di regole di carattere autoritativo organizzate attorno a «principi» (art. 5), «condizioni di liceità del trattamento» (art. 6), «diritti dell'interessato» (artt. 13-21), affidandone l'*enforcement* ad apposite Autorità di controllo (artt. 51 e ss.)<sup>45</sup>.

Il sistema europeo, in particolare, pur assegnando al consenso, presidiato da specifici accorgimenti volti ad assicurare piena informazione e consapevolezza, una generale legittimazione a trasferire le prerogative di controllo sui dati, si caratterizza proprio per la permanenza – a seguito della “cessione” dei dati – di specifici poteri di controllo in capo al soggetto, esercitabili anche nei confronti di eventuali “cessionari” ulteriori (almeno in via di principio, secondo l'impianto del Reg. 2016/679), che la sussistenza di alcuna delle condizioni di liceità del trattamento – ivi compreso il consenso del soggetto – non vale comunque ad esaurire. La volontà dell'interessato, cioè, non può comunque giungere a privarlo delle prerogative di controllo, intervento e “riappropriazione” sui dati garantite dal catalogo dei diritti (accesso, rettifica, cancellazione, limitazione, opposizione, portabilità) enumerati dal Regolamento. L'assetto di relativa “inalienabilità” che ne deriva esclude quindi che possa configurarsi una completa “cessione” delle prerogative e della disponibilità sui dati. Ad un'analogia limitazione dei poteri di disposizione conduce poi la strutturale revocabilità del consenso al trattamento (art. 7 Reg. 2016/679)<sup>46</sup>. L'appropriabilità del valore d'uso e di scambio dei dati sembrerebbe dunque, pur a fronte della ricorrenza di una delle condizioni di liceità per l'accesso, in ogni caso, programmaticamente limitata sia in ragione dei «principi» che, in considerazione della «finalità del trattamento», tendono a restringerne in modo strutturale le possibilità di raccolta e utilizzo, sia per la perdurante insistenza di prerogative di controllo dell'interessato capaci di estendersi fino alla loro riappropriazione o riutilizzo (in particolare con l'esercizio del diritto alla cancellazione o alla portabilità).

Il sistema europeo, in questo modo, imposta il problema del controllo dell'informazione personale senza ipotizzare l'assegnazione di una “proprietà” dei dati quale strumento per il conseguimento degli obiettivi di tutela individuati, ma avvalendosi piuttosto di strumenti di “regolazione diretta” che istituiscono limiti di carattere autoritativo ai processi di circolazione e lasciano così coesistere le prerogative acquisite dal *data collector* mediante l'accesso ai dati (in presenza delle “condizioni di liceità”) con i perduranti poteri di controllo e “diritti” del soggetto esercitabili nei confronti dei “titolari del trattamento”, ivi compreso il “*right to exit*” determinato dalla revocabilità del consenso<sup>47</sup>.

45 Per un quadro generale del diritto europeo dei dati personali con riguardo in particolare alla disciplina del Reg. UE 2016/679 v. V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2020; G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017; S. SICA-V. D'ANTONIO-G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016.

46 Cfr. G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in G. D'AMICO (a cura di), *Enciclopedia del diritto, I tematici I: Il contratto*, Milano 2021, p. 291 e ss., che, con riguardo alla circolazione dei dati, evidenzia (sulla scorta di A. PORAT-S. SUGARMAN, *Limited inalienability rules*, in *Georgetown Law Journal*, 2019, p. 701 ss.) il regime di «*limited inalienability*» che li caratterizza, alla luce della revocabilità del consenso e dei dritti che continuano ad assistere il soggetto dei dati pur dopo la loro cessione consensuale.

47 L'impiego di terminologia e concetti proprietari per descrivere il tipo di attribuzione che queste regole realizzano in favore del “soggetto dei dati” richiederebbe quindi un adeguamento che dia conto delle specifiche caratteristiche dell'oggetto (i dati) e del tipo di poteri e prerogative che al soggetto sono attribuite in dipendenza dei caratteri dell'oggetto, cfr. ad esempio in questo senso S. van Erp, *Management as ownership of data*, in S. LOHSSE-R. SCHULZE-D. STAUDENMAYER (a cura di), *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, Bloomsbury Publishing, Baden-Baden, 2020, p. 77 ss. (p. 91: «When ownership of data is being discussed, we should take into account the nature of the object concerned, as it is this object that qualifies the right. What we

Proprio tale compresenza – nel contesto della circolazione dei dati – di situazioni di *entitlement* inerenti alla medesima risorsa in capo a soggetti diversi (nessuno dei quali investito di prerogative di controllo esclusivo) dal punto di vista del *common law* potrebbe evocare la ben nota metafora (costitutiva, in epoca contemporanea, dell’idea di *property*) dello “stick” e quindi la possibile frammentazione del “dominio” in una pluralità di situazioni giuridiche di tipo proprietario (*estates*) aventi carattere essenzialmente “relazionale” e intese cioè a disciplinare i rapporti e le rispettive prerogative di più soggetti rispetto alla risorsa stabilendone i criteri di priorità<sup>48</sup>. Dal punto di vista europeo, invece, la sussistenza di molteplici e simultanee prerogative sui dati esprime una tecnica di tutela incentrata sulla previsione (legale) di alcune condizioni di liceità dell’acquisizione (trattamento) – in realtà non limitate al consenso quale base costitutiva della legittimazione – che, piuttosto che alla realizzazione di un’assegnazione in “proprietà”<sup>49</sup> quale premessa per un mercato dell’informazione personale, mira a garantire al soggetto dei dati il perdurante controllo

mean is: access, control (exclusion), portability and erasure, in other words: management»).

48 Com’è noto, la *law of property* si costruisce storicamente nel *common law* attorno alla *doctrine of estates* (riferita naturalmente alla proprietà immobiliare e concettualmente riconducibile ai rapporti di vassallaggio che caratterizzano l’ordine feudale), in forza della quale la misura massima dei poteri e delle prerogative sul bene (espressa con terminologia moderna dal *fee simple absolute*) può essere progressivamente frammentata tra più soggetti mediante la concessione a questi di altri *estates* “minori” per detrazione dal *fee simple absolute*, col risultato che sulla medesima risorsa possono ordinariamente coesistere diversi *estates*, ciascuno dei quali rappresenta una porzione del “bastone” (che nella sua interezza rappresenta il *fee simple absolute*), il cui contenuto indica le prerogative dei rispettivi titolari e ne disciplina le relazioni rispetto all’accesso alla risorsa, v. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., p. 3 ss.; proprio tale struttura concettuale della *law of property* è impiegata da una parte della dottrina statunitense per indicare il rapporto che dovrebbe sussistere tra il soggetto dei dati, una volta reso “owner”, e gli altri soggetti interessati ad accedervi, ipotizzando ad esempio la qualifica del soggetto dei dati quale titolare di un *fee simple* e legittimato pertanto a concedere un diritto strutturalmente limitato (ad esempio quanto all’uso che è possibile fare dei dati) in quanto dipendente dal diritto “principale” che continua ad insistere sul “bene”, v. in questi termini P. MELL, *Seeking shade in a land of perpetual sunlight: privacy as property in the electronic wilderness*, cit., p. 76 ss.; in termini differenti, ma sulla base del medesimo inquadramento concettuale, V. BERGELSON, *It’s Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, cit. p. 436 ss. (che ipotizza un *life estate* in capo al soggetto dei dati, a sua volta subordinato a una «non exclusive and unalienable automatic license» in favore del *collector* dei dati che gliene consenta l’utilizzo esclusivamente per propri fini di «research and marketing»).

49 In definitiva, l’assetto disegnato dal Reg. 2016/679 mantiene in capo al soggetto dei dati alcune specifiche prerogative di controllo sui dati consentendo così l’assegnazione delle prerogative residue al “titolare del trattamento” in forza della sussistenza di una delle condizioni di liceità del trattamento di cui al Regolamento. In termini economici tali prerogative di controllo ripartite tra i diversi soggetti interessati sui dati possono anche rappresentarsi quali “*property rights*”, v. N. DUCH-BROWN-B. MARTENS-F. MUELLER-LANGER, *The economics of ownership*, cit., p. 17 ss.: «There are differences between the legal and economic interpretation of the GDPR. From a legal perspective, the GDPR gives data subjects no full ownership rights, only certain specific rights ... The granting of specific rights to data subject implies that any remaining residual rights not included in the specific rights in the GDPR accrue to the data controller. In the economic literature ... These residual rights are called property rights.... In that sense, the GDPR de facto (but not de jure) assigns property rights on personal data to the data collector, however limited they may be due to his fiduciary role. In reality, data subjects exchange their personal data in online markets, for example when they access “free” online services in return for letting the service provider or data controller collect some personal data. In these cases the data subject retains the specific rights on his data as defined in the GDPR; the service provider acquires the residual rights»; dal punto di vista statunitense, poi, la tecnica di tutela del Reg. 2016/679, viene talvolta intesa come effettivamente costitutiva di un *property right* in capo al soggetto dei dati, sebbene strutturalmente limitato da vincoli di inalienabilità, cfr. J. M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *Yale Law Journal*, 2013, p. 513 ss.; S. J. HAZEL, *Personal data as property*, in *Syracuse Law Review*, 2020, p. 1055 ss.

sull'uso che i terzi possano farne, delineando così lo statuto di una risorsa strutturalmente non del tutto alienabile e dunque appropriabile in via esclusiva (almeno in linea di principio<sup>50</sup>).

D'altro canto, la sostanziale improduttività di una qualifica proprietaria in senso tecnico, quanto allo statuto dei dati personali nel diritto europeo, non esclude affatto che l'*entitlement* così realizzato in favore del soggetto si risolva (anche) in un dispositivo attributivo di utilità economiche. Il rilievo del consenso quale condizione di liceità del trattamento, infatti, mentre riconosce al soggetto un certo potere di interdizione rispetto all'appropriazione da parte di terzi (nella misura in cui non sussistano altre condizioni di liceità), manifesta al tempo stesso la sua funzione attributiva con riguardo, non tanto ai dati quali beni oggetto di autonoma "proprietà" in senso tecnico, quanto piuttosto alle utilità economiche che proprio mediante la loro volontaria cessione è possibile ricevere da terzi<sup>51</sup>. Proprio tale prospettiva è anzi specificamente coltivata dal diritto europeo che, sulla base di una precisa scelta di politica legislativa che ne costituisce probabilmente la cifra caratteristica nel panorama comparatistico, si dimostra disponibile a riconoscere rilievo giuridico al nesso tra la cessione dei dati e la correlata esecuzione di prestazioni patrimoniali destinate a compensarla.

Ciò avviene, peraltro, piuttosto che mediante incentivi alla costruzione di un ipotetico mercato dei "dati contro denaro", proprio sul terreno entro il quale tale prospettiva sembra acquisire un effettivo rilievo operativo e cioè con riguardo al modello della "corrispettività atipica" (servizi e contenuti contro dati), caratteristico del capitalismo digitale. Alcuni interventi normativi unionali, infatti, com'è noto, sciolgono (almeno in parte) l'ambigua "gratuità apparente" dell'economia digitale riconoscendo al consumatore che "paghi" in dati le medesime tutele delle quali beneficia quello che paghi in denaro e assicurandogli così il pieno conseguimento di tutte le utilità attese dallo scambio (sulla scorta del consueto modello della "garanzia di conformità", con i relativi rimedi)<sup>52</sup>. Questa tecnica di tutela del

---

50 Sul piano della effettività della tutela occorre infatti considerare come l'esercizio dei diritti che il Regolamento riconosce ai soggetti dei dati appaia in definitiva per certi versi illusorio una volta che i dati abbiano fatto ingresso nella c.d. "datasfera" e siano perciò soggetti a processi di riagggregazione, analisi e circolazione difficilmente tracciabili sia dal soggetto dei dati sia probabilmente dallo stesso primo "titolare del trattamento". Per questa ragione la disciplina europea, com'è noto, si affida, ai fini dell'*enforcement*, al ruolo delle Autorità Garanti per la protezione dei dati personali, cfr. sul punto, S. BERGÉ-S. GRUMBACH-V. ZENOVICH, *The «Datasphere», data flows beyond control*, cit., p. 17 ss.

51 Il discorso sulla proprietà dei dati, in prospettiva europea, potrebbe dunque essere declinato non tanto sul piano tecnico-giuridico, quanto piuttosto sul piano, per così dire, "ideale" e "simbolico", che interpella in realtà la categoria dei diritti della personalità più che quella dei diritti reali. Se di "proprietà dei dati personali" si deve parlare, cioè, se ne può parlare nello stesso modo (non tecnico ma "simbolico") nel quale la tradizione giusnaturalista – a partire com'è noto da J. Locke – prospetta la "proprietà" della (propria) persona, connettendo la logica dell'appartenenza con l'esplicazione della libertà personale (costitutiva del diritto privato moderno), v. approfonditamente sul punto, quanto alla tradizione europea, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli 2005, p. 28 ss., 76 ss. Da questo punto di vista, emerge il rilievo attributivo della stessa libertà personale secondo un dispositivo tipico del diritto moderno, che, riconoscendo al debitore di prestazioni personali la generale libertà di "non fare", gli attribuisce le utilità che può trarre, obbligandosi in forza del proprio consenso, dall'alienazione, verso corrispettivo, di specifiche determinazioni di tale libertà, v. in proposito, M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 648 ss.

52 Il riferimento è naturalmente alla disciplina dei contratti per la fornitura di servizi e contenuti digitali introdotta dalla direttiva 2019/770 (Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in *GUCE* 22.5.2019, L/136 1), che, com'è noto, amplia e adegua alle operazioni di acquisto di servizi o contenuti digitali la tecnica di tutela della garanzia di conformità, introdotta con la direttiva 1999/44 sulla vendita dei beni

“consumatore digitale”, attraverso la predisposizione di rimedi volti ad assicurare la piena funzionalità della prestazione erogata a fronte della cessione dei dati, pur senza espressamente ravvisarvi un sinallagma, fa operare su tale piano la portata attributiva dell’*entitlement* sui dati, garantendone la trasformazione in un “valore di scambio” rappresentato non da un prezzo monetario quanto piuttosto da una prestazione assistita dalla medesima garanzia di conformità applicabile allo scambio (espressamente) corrispettivo<sup>53</sup>.

---

di consumo. La cifra tipica e innovativa dell’intervento del legislatore europeo si coglie però nel modo in cui viene delimitato l’ambito dei rapporti ai quali si applica tale regime (art. 3 Dir. 2019/770). Le operazioni economiche in occasione delle quali l’utente consumatore beneficia della tutela vengono infatti definite facendo riferimento proprio al modello di scambio cui esse danno luogo e includendo entro il campo di applicazione della disciplina, accanto all’ipotesi tradizionale nella quale l’utente paghi un prezzo, anche il caso nel quale l’utente, in occasione della ricezione dei servizi o contenuti, fornisca dati personali ulteriori rispetto a quelli strettamente necessari per l’esecuzione del contratto o per assolvere ad obblighi di legge del fornitore e trattati soltanto per tali scopi.

53 Quanto alla “neutralità” dell’impianto della direttiva in ordine alla qualificazione giuridica dell’operazione incentrata sul nesso tra prestazione del servizio (o cessione del contenuto) e trasmissione dei dati, v. in particolare, fra la dottrina italiana, C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 499 ss.; ritiene irrilevanti, sul piano della ricostruzione della fattispecie dal punto di vista della teoria generale del contratto (in particolare con riguardo al sistema italiano incentrato sulla causa), le peculiarità del linguaggio della direttiva, V. RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642 ss. (in part. p. 654 e ss.), che ravvisa una «effettiva corrispettività» tra le forniture (di dati e servizi/contenuti).