

Quanto vale un dato? Qualche modesta proposta di risposta

EMILIO GIRINO

Avvocato in Milano – Managing Partner, Studio Ghidini, Girino & Associati – Docente CUOA Finance – già Membro dell'Arbitro Bancario Finanziario (Collegio di Milano e Collegio di Coordinamento)

FRANCO ESTRANGEROS

Avvocato in Milano – Partner, Studio Ghidini, Girino & Associati – già Membro dell'Arbitro Bancario Finanziario (Collegio di Milano e Collegio di Coordinamento)

1. Il social bias

Nel prologo¹ alle riflessioni che seguono prendemmo a prestito una frase giovanissima ma celeberrima e come tale già usurata (“volgarizzata” se parlassimo di un marchio) tratta dal docu-film di Jeff Orlowski, *The social dilemma*. La quale così suona: se non stai pagando un prodotto, il prodotto sei tu. Nella pellicola vi sono altre asserzioni, molto più esagerate e scabrose, una in particolare, iperbolica e smisurata: *there are only two industries that call their customers “users”: illegal drugs and software*². Se l'exasperazione logica e verbale è ammessa in un contesto scenico o letterario, in un'analisi ragionata essa deve trovare una spiegazione più convincente – decisamente più noiosa di un corrosivo e geniale aforisma, ma indispensabile per proporre una lettura cosciente, aliena da impressionismi.

Contraiamo allora un nuovo mutuo scientifico, indebitandoci con la psicologia ed evocando il *bias* cognitivo. Quella strana, eppur straordinariamente diffusa deviazione del pensiero, in ossequio alla quale molti individui pen-

¹ *Quanto vale un dato?*, a nostra firma in questa *Rivista*, n. 2/2021, p. 5.

² Frase del celebre statistico e infografico statunitense Edward Tufte, evocata nel film.

sano ciò che il loro istinto o la loro volontà recondita fa loro pensare. Di ciò ciascuno di noi è vittima inconscia nei propri sogni. Nondimeno, l'effetto più stupefacente del *bias* è che il volere onirico si trasforma in tetragona certezza pur a fronte di evidenze logiche o scientifiche che provano l'esatto opposto. Potremmo evocare le varie specie di negazionisti o convinti ter-rapiattisti, ma sarebbe troppo e troppo facile scomodare queste come altre variegate incarnazioni del controsenso. Il *bias* invece è qualcosa di assai più raffinato e sottile, avviluppa cervelli normalmente capaci di discernimento e, affondando le sue radici in una matassa di bisogni inespressi e aggrovigliati (urgenza di certezze, amore d'illusione, terrore d'esclusione, senso di miracolo, *cupio dissolvi* liberatorio, laico anelito fideistico, puntiglio esclusivo e onnipresente *auri sacra fames*, mutata nelle forme ma immutata nei millenni), il *bias* spinge l'individuo a costruire una cognizione antitetica al reale sino a rendersi profeta della sua vagheggiata agnizione. Crediamo, insomma, a ciò cui vogliamo credere malgrado ogni irrefutabile prova contraria: poiché vogliamo un cielo rosso o poiché qualcuno ci ha detto di volerlo o perché quel qualcuno è riuscito a dirlo e a farlo dire a molti e noi ci vergogniamo ad esser da meno, ci ostiniamo a credere che il cielo sia rosso anche se lo vediamo azzurro e a coloro che ci dimostrano il contrario – i nostri occhi per primi – rispondiamo semplicemente che non è vero, come il bue dei proverbi che sbeffeggia l'asino per i suoi bernoccoli ossei.

L'ineguagliabile successo planetario il *bias* cognitivo lo ha però conquistato nel terzo millennio, in concomitanza con la vera esplosione dei social network. Il *bias* qui sta nel convincimento che piattaforme in sé piuttosto elementari (null'altro, in fondo, che blog multipli e aperti, costantemente on line e facilmente accessibili grazie alla loro "portabilità" 24/7) e che rendono plurimiliardari i loro creatori, siano strumenti assolutamente gratuiti. Il che suona ancor più urtantemente inconcepibile nel momento in cui realizziamo che i più assidui adepti dei social sono gli stessi che non esitano ad impegnare uno stipendio per comprarsi il cellulare d'ultima generazione, non battono ciglio di fronte ai 4,99, ai 5,99, ai 6,99 euro mensili per abbonarsi ad un piano tariffario gravido di decine di giga né agli altrettanti 9,99, 23,99, 39,99 euro per sottoscrivere il canale a pagamento preferito. Ovvio, vi diranno, sono imprese, mica ce lo possono regalare. Provate però a domandare loro se siano disposti a pagare 0,49 euro al mese per un profilo su un social. Vi diranno che voi, proprio voi, sareste, ad esser gentili, degli allocchi se foste disposti a pagare per un servizio generosamente gratuito. Alla successiva, e a quel punto timida, domanda su come e perché chi possiede le piattaforme domini il mondo, vi diranno che è merito della pubblicità, che poi è gratuita ovunque, dai manifesti in via d'estinzione ai martellamenti quotidiani su

p.c., smartphone e tablet o, peggio, che in fondo il mondo va così e che comunque i social non costano niente.

È da qui che dobbiamo (ri)partire.

2. Le tre prospettive di ricerca a partire dalla “divergenza invasiva” fra diritto settoriale e diritto civile. Due pietre miliari da ripulire

Nel citato scritto introduttivo delineammo tre prospettive di ricerca: 1) la possibilità di riconoscere l'insorgere o meno di un vincolo sinallagmatico fra rete sociale e utente fondato sulla cessione dei dati; 2) il perimetro di cedibilità dei dati a fini di lucro; 3) i rimedi esperibili in caso di patologie originarie o sopravvenute e, prima ancora, la rintracciabilità o meno delle medesime nel predetto rapporto rete-utente.

Nessuna delle tre prospettive può tuttavia essere affrontata con piena cognizione di causa senza fissare almeno un paio di punti fermi, due assi cartesiani o, meglio, due pietre miliari che rendano governabile il discorso, rescindendo in radice qualsiasi preconcetto individuale, collettivo e, in parte e in apparenza, normativo. *Miliaria* da – *si parva licet* – “michelangiolescamente” scolpire, nel banale senso di metterli a nudo liberandoli dalle impurità concettuali o preconcepite che li imprigionano.

Il primo *miliarium* è il principio stesso di commerciabilità del dato personale e la sua riconoscibilità sul piano giuridico, considerando la dicotomia e la sovrapposizione fra il consenso garantito dal GDPR e il consenso che genera un rapporto negoziale. La seconda pietra miliare è la precisa definizione del concetto di “cedibilità”, sin qui equivocado anche nelle pronunce che l'hanno affermato con una certa, scontata approssimazione (scontata perché il loro compito decisionale non richiedeva una precisa qualificazione civilistica della fattispecie).

3. Dato ut res o ut pecunia?

Come altrove rammentiamo³, il dato personale non è solo un bene immateriale afferente all'individuo e protetto da un solido impianto normativo il cui primario fine è preservare la persona, “virtualmente sostanziata” nell'insieme delle informazioni che ad essa pertengono o da essa provengono, da ogni possibile abuso. Il dato personale, nelle società moderne e iper-virtualizzate,

³ *Privacy e PCS: dal caso Facebook allo sgretolamento del concetto di gratuità del dato personale*, in questa Rivista, 1/2020, p. 49.

è anche un bene commerciabile, dunque tale da concorrere alla formazione del sinallagma negoziale fra il suo titolare ed ogni soggetto che ambisca a farne uso per finalità lucrative.

Le sentenze gemelle del Tar Lazio nn. 260-261 nel noto caso Facebook sanciscono in modo molto chiaro e diretto: *“Il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network”*. Il principio sinallagmatico ritorna, sia pur in termini più sfumati, nella pronuncia del Consiglio di Stato (29.3.2021 n. 2631) che, confermando parzialmente le sentenze appellate, conclude: *“seppure si volesse aderire alla tesi della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una res extra commercium⁴, la patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell’Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell’esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell’intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell’utente – a fini commerciali.”* Pur non dovendosi esprimere sulla natura sinallagmatica del rapporto fra utente e rete sociale bensì sulla chiarezza e trasparenza dell’informazione rese dalla seconda al primo, le pronunce non possono tuttavia esimersi da una, neppur troppo sommaria, delibazione sulla patrimonializzazione del dato personale, sulla sua commerciabilità, dunque e in definitiva, sul suo inserirsi in un rapporto *do ut des*, cioè: in un contratto.

La solidità di tale ricostruzione non può essere scalfita da letture più o meno interessate o distorte di talune disposizioni settoriali. Ci riferiamo in particolare alla Direttiva 770 del 2019⁵. Volta a regolare in via uniforme i diritti delle parti di un contratto di fornitura di servizi digitali⁶, sul punto della commerciabilità del dato e della sua contrattualizzazione la Direttiva

⁴ Assioma sul quale il social aveva imperniato le sue difese, grazie ad una lettura della normativa in tema di servizi digitali ispirata al diplomatico metodo del *massage the message* (v. *infra*, nel testo).

⁵ Direttiva Ue n. 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. La Direttiva è di prossima attuazione (cfr. L. di delegazione europea n. 53/2021).

⁶ Che l’art. 2, co. 1° n. 2) definisce come: *“a) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure b) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati”*.



assume una posizione contraddittoria e, per così dire, “pilatesca”. Ne danno una chiara misura i considerando 24 e 25.

Dopo aver correttamente preso atto, nel primo considerando citato, che *“la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all’operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato”*, la Direttiva s’avventa in un’affermazione razionalmente traballante là dove gravemente proclama: *“la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e [...] tali dati non possono dunque essere considerati una merce”*. La contraddizione è manifesta: prima si asserisce che il dato sostituisce il prezzo, un istante dopo si nega che il dato sia mercanteggiabile.

Ma la contraddizione s’allarga poco dopo, quando lo stesso considerando 24 afferma che *“la presente Direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell’ambito di tali modelli commerciali [...] Ad esempio, la presente Direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l’indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge. La presente Direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall’operatore economico”*. Dunque, si nega che il dato sia merce, si riconosce però che il dato è commerciato e, quando ciò accade, si richiede che il consumatore abbia diritto a “rimedi contrattuali”.

Ed è proprio sul contratto, che poi costituisce la naturale proiezione dell’attributo di commerciabilità del dato, che la Direttiva sceglie di non prendere posizione. *“Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale”*: così si chiude il considerando 24, mentre il 25 esordisce ponendo una sola ovvia eccezione: *“se il contenuto digitale e i servizi digitali non sono forniti contro il pagamento di un prezzo, la presente Direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui l’operatore economico raccoglie dati personali esclusivamente per fornire contenuto digitale o servizi digitali o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge. Tali situazioni possono includere, ad esempio, casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria a norma delle leggi applicabili ai fini di sicurezza e di identificazione”*. Il che equivale a sostenere che la dazione dei dati non “in conto prezzo” ma per la semplice esecuzione del contratto di fornitura del servizio non genera di per sé un contratto. Ma



il considerando 25 va oltre, dapprima ricadendo in una contraddizione: “la presente Direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui l’operatore economico raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione” per poi tornare a disinteressarsi del problema chiudendo l’asserto con un “tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale”. Stesso stilema nella chiusura del considerando: “analogamente, la presente Direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il consumatore, senza avere concluso un contratto con l’operatore economico, è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l’accesso ai contenuti digitali o a un servizio digitale” per poi precisare “tuttavia, gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di estendere l’applicazione della presente Direttiva a tali situazioni o di disciplinare in altro modo le situazioni escluse dall’ambito di applicazione della presente Direttiva”.

La Direttiva, insomma, nonostante le sue aporie logico-giuridiche, si mostra completamente disinteressata alla precisa qualificazione del sinallagma fra dato e servizio, affidandone la soluzione alle singole legislazioni nazionali⁷. Tant’è che l’art. 3 co. 10 della Direttiva testualmente recita: “La presente Direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di disciplinare gli aspetti del diritto generale dei contratti, quali le norme sulla formazione, la validità, la nullità o l’efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione di un contratto, nella misura in cui gli aspetti in questione non sono disciplinati dalla presente Direttiva, o il diritto al risarcimento”.

Senonché, per quanto ci concerne, la legislazione nazionale dovrà solo decidere se tipizzare il contratto rete-utente oppure omettere ogni intervento con la conseguenza di riconoscere tuttavia la sussistenza e la meritevolezza del contratto atipico – nei limiti che chiariremo in prosieguo, in base al più generale e ampio disposto dell’art. 1322 cod. civ.⁸

⁷ “La Direttiva 2019/770, a ben vedere, non ha per obiettivo quello di riconoscere cittadinanza nell’Ordinamento europeo a contratti per la fornitura di servizi digitali nei quali il corrispettivo sia costituito da dati personali, ma stabilire che laddove ciò dovesse legittimamente accadere il consumatore possa vedersi riconosciuta la stessa tutela consumeristica che gli spetterebbe laddove la controprestazione fosse in denaro”: così, puntualmente, O. POLLICINO, G. SCORZA, *Facebook, i dati personali possono essere corrispettivo di un servizio? Lecito dubitarne*, in *Network Digital* 360, www.agendadigitale.eu, 15 aprile 2021.

⁸ Pare che la scelta sia orientata in questa seconda direzione, almeno stando allo schema di decreto legislativo (in discussione in sede parlamentare mentre questo scritto viene redatto), che introduce nel Codice del Consumo un nuovo capo (Capo I-bis nella parte IV, Titolo III, inerente ai contratti che hanno per oggetto contenuti digitali e servizi digitali). L’art. 135-octies, al comma 4 stabilisce espressamente che gli stessi diritti e le stesse garanzie che competono al consumatore nell’ambito di un contratto di acquisto di servizi digitali trovino applicazione anche nel caso in cui il servizio sia reso a fronte della cessione di dati: “il Capo



Per superare il principale argomento di difesa del social, ossia l'esclusiva applicabilità della normativa settoriale ed escludere dunque la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, il Consiglio di Stato non esita a bocciare siffatta lettura partizionale qualificandola come “irragionevole, dal momento che ogni scienza giuridica o comportamento umano (finanche attraverso meccanismi automatici collegati all'utilizzo di strumenti informatici o digitali) coinvolge inevitabilmente dati personali. Riconoscere dunque la assoluta specialità del settore riferibile alla tutela dei dati personali condurrebbe, inevitabilmente, ad escludere in radice, l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica”, mentre “allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche”.

L'inecepibile conclusione del massimo giudice amministrativo si presta naturalmente ad una sua estensione a qualunque ulteriore disciplina a protezione dell'utente, prima fra tutte la disciplina stessa del contratto, il che prova una volta di più la corretta conclusione dei giudici amministrativi sull'evoluzione patrimoniale del dato.

Le contraddizioni e il disinteresse che connotano la Direttiva riflettono quel conflitto, concettuale e applicativo, fra consenso privacy e consenso civilistico, che si manifesta sovrapponendoli, quale fonte comune (ma ben distinta, come di seguito meglio emergerà) di due differenti intese. E ciò non solo argomentando sulla base della disciplina del D.Lgs. 196/2003 ante GDPR, nella quale il consenso dell'interessato si poneva in termini imprescindibili

*I-bis si applica altresì nel caso in cui il professionista fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore **fornisce o si impegna a fornire dati personali** al professionista, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal professionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente Direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti. In sintesi, il Capo I-bis si applica anche quando il **corrispettivo è la cessione dei dati dal consumatore al professionista**” (Senato della Repubblica, *Determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali – Atto del Governo 269*, enfasi nel testo originale). Il riconoscimento della natura corrispettiva della cessione dei dati, nella lettura autentica datane dagli organi parlamentari, è chiaro ed esplicito ma, sul piano istituzionale, il legislatore rinuncia ad una tipizzazione del contratto rete-utente (il che, come si noterà, apre il varco ad un ampio ventaglio di riflessioni e prospettive applicative). Per un primo commento cfr. A. CICCIA MESSINA, *Sdoganato il pagamento di servizi con i dati personali*, in *ItaliaOggi*7, 6 settembre 2021, p.2.*



(gli ulteriori, erano casi di esclusione del consenso, dunque acquisito tacitamente)⁹, ma anche facendo riferimento all'attuale impianto normativo fondato sul GDPR (nel quale le differenti basi giuridiche che costituiscono il presupposto per il lecito trattamento dei dati personali di terzi, e fra le quali si annovera anche il consenso dell'interessato, si pongono su un livello paritetico ancorché inequivocabilmente separabile e separato)¹⁰. La distinzione fra “prima del GDPR” e “dopo il GDPR”, ai nostri fini, non rileva, posto che sia nel primo che nel secondo e attuale caso, la normativa richiedeva e richiede che l'interessato fosse e sia specificamente e sempre informato circa gli ambiti, le finalità e le modalità dei trattamenti, che siano legittimati dal consenso espresso, da un obbligo di legge o necessari per l'esecuzione del contratto, ovvero dal legittimo interesse¹¹. Tale imprescindibile obbligo informativo a carico del titolare del trattamento, al di là della base giuridica selezionata, non può che esprimere l'adesione esplicita o *ex lege*, quindi implicita, dell'interessato al suddetto trattamento.

Ciò premesso, le intersezioni del consenso civilistico con il consenso prestato ai fini del trattamento dei dati personali (in quest'ultimo caso, “consenso” da intendersi nel senso sopra delineato) sono evidenti. E ciò a partire dal fatto che, come il consenso civilistico è funzionale al raggiungimento di un'intesa di merito (cioè rispetto al bene della vita oggetto di accordo) delimitata dalle norme del codice civile ovvero della normativa di settore applicabile,

⁹ Gli artt. 23 e 24 del D.Lgs. 196/2003 ante GDPR disciplinavano, rispettivamente, le modalità di prestazione del consenso dell'interessato (art. 23), nonché “i casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso” (art. 24).

¹⁰ L'art. 6 del GDPR è ora titolato “Liceità del trattamento” e al suo interno vengono individuati i presupposti in base ai quali tale liceità si verifica: con il consenso espresso dell'interessato (let. a); per l'esecuzione di un contratto o per l'esecuzione di trattative contrattuali avviate su richiesta dello stesso interessato (let. b); per l'esecuzione di un obbligo di legge cui sia tenuto il titolare (let. c); per interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica (let. d); per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico (let. e); per perseguire un legittimo interesse del titolare (let. f). Le fattispecie ulteriori al consenso espresso che quindi legittimano il trattamento dei dati personali dell'interessato rendendolo lecito si pongono sullo stesso livello del consenso espresso e non più, come accadeva ante GDPR, in via subordinata. Per effetto di tale nuova impostazione, ad esempio, deve ritenersi senz'altro inappropriata la richiesta del consenso per la raccolta di dati che siano necessari per l'esecuzione del contratto allorquando, ante GDPR, il consenso espresso richiesto dal titolare sarebbe stato chiaramente ammissibile essendo il richiamo all'esecuzione del contratto meramente sostitutivo del consenso medesimo (cfr. Linee Guida European Data Protection Board 5/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento UE 2016/679 (ver. 1.1), par. 3.1 Consenso libero / manifestazione di volontà libera).

¹¹ Ai sensi del GDPR l'informativa, che è sempre dovuta, tra l'altro, deve contenere l'indicazione delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica applicabile tra quelle indicate all'art. 6 (art. 13, par. 1°, let. c) e, in caso di trattamento ai sensi dell'articolo 6, par. 1, lettera f), l'indicazione dei legittimi interessi perseguiti.



così il consenso dell'interessato al trattamento è volto a determinare, in modo specifico, i limiti entro i quali il bene giuridico rappresentato dai dati personali comunicati al titolare possono essere da quest'ultimo trattati, limiti posti dalla specifica normativa di settore rappresentata dal GDPR. In caso di concessione alla testata giornalistica di una licenza d'uso per lo sfruttamento di una immagine che lo ritrae, l'interessato riceverà dal primo anche una informativa privacy che individuerà le finalità ed i trattamenti di dati personali (anche strettamente collegati al contenuto della fotografia, quali – ad esempio – gli stessi dati identificativi dell'interessato) acconsentiti dall'interessato.

Il risultato netto di questo conflitto ne dimostra la dismisura. Se pur indubbiamente esistono intersezioni fra il consenso che l'utente esprime all'uso dei dati e il consenso che egli manifesta ai fini della conclusione del contratto (v. *infra* § 5), le due forme di intesa restano strutturalmente scindibili e funzionalmente diverse. L'una serve ad autorizzare l'uso dei propri dati (art. 7 GDPR), l'altra è indispensabile ai fini della formazione di quell'elemento essenziale del contratto che va sotto il nome di accordo (art. 1325 c.c.)¹². Come annotammo nel nostro precedente scritto, è proprio lo stesso GDPR a dimensionare nitidamente quel distinguo quando, per un verso, all'art. 6.1.b esclude la necessità della formulazione di un consenso specifico nel caso di trattamento necessario per eseguire il contratto (dando cioè per presupposto che quest'ultimo si sia già formato attraverso la manifestazione del consenso negoziale) e, per altro verso, all'art. 7 precisa che, se il consenso al trattamento dei dati è reso “*nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni*”, la richiesta di tale consenso va “*presentata in modo*

¹² Sul distinguo fra le due tipologie di consenso si veda anche Cass., 2 luglio 2018, n. 17278 che, sia pur con riferimento alla pregressa (ma analoga) disciplina contenuta nell'art. 23 del Codice privacy (nella versione allora vigente), ebbe a correttamente rilevare: “*è anzitutto da escludere che il consenso considerato da tale disposizione [art. 23 cit.: n.d.r.] 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 articoli 1428, 1435 e 1439 c.c. Una simile lettura minimale dell'articolo 23 [...] non ha fondamento, almeno per due ragioni: in primo luogo, se il consenso dovesse essere inteso nella medesima accezione in cui esso è di regola richiesto a fini negoziali, la norma del Codice della privacy sarebbe superflua, non potendosi dubitare che, anche senza di essa, un trattamento dei dati senza consenso non sia ipotizzabile, dal momento che i dati personali costituiscono beni attinenti alla persona; in secondo luogo il legislatore non discorre qui di un generico consenso, bensì di un consenso manifestato, oltre che espressamente, liberamente e specificamente, a condizione che all'interessato siano state previamente offerte le informazioni elencate dall'articolo 13 del Codice della privacy*”.



chiaramente distinguibile dalle altre materie”, dove fra le altre questioni o materie ricade certamente anche il consenso alla stipulazione del contratto. I problemi sul versante privacy si pongono nel momento in cui il consenso al trattamento diventa condizione imprescindibile per accedere al servizio, diventa cioè esso stesso parte del consenso contrattuale perché in tanto il negozio si conclude in quanto il consenso al trattamento sia contestualmente rilasciato. Problemi di chiarezza, trasparenza, comprensibilità. Problemi che¹³ però non hanno nulla a che vedere con la meccanica costruttiva del negozio civilistico, con l’effetto cioè per il quale il consenso alla stipulazione incorpora (non rileva per ora se in modo conforme o meno alla disciplina settoriale), o comunque, presuppone, il consenso al trattamento, alla cessione dei dati, rilasciato, in questa fattispecie, *ex lege*¹⁴.

Da ultimo, ma forse per primo, resta un elemento intuitivo che demolisce ogni seria possibilità di esclusione della valenza patrimoniale del dato personale: il fatto stesso che i social ne richiedano la messa a disposizione per finalità commerciali, non esigendo nel contempo un corrispettivo in numerario per l’uso della piattaforma. E qui si torna all’*aforisma* di apertura: se non paghi un prodotto, il prodotto sei tu.

È infine ben nota l’indicazione proveniente dalla dottrina che si è occupata della questione e che nega la possibilità di trasformare in merce il bene giuridico su cui insiste il diritto alla privacy (cioè i diritti di cui al GDPR). Tale dottrina riconosce la possibilità di attribuire una valorizzazione economica al business che si instaura sul mercato della cessione dei dati personali (dunque nell’ambito dei rapporti B2B), ma nega la possibilità di riferire al dato dell’interessato una corrispondente dimensione economica (dunque nell’ambito dei rapporti B2C). Partendo dal presupposto che la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è un diritto fondamentale e quindi irrinunciabile (come tale qualificato sia dalle disposizioni del GDPR, sia dall’art. 8, par. 1 della Carta dei diritti fonamen-

¹³ Salvo quanto si noterà in prosieguo circa la possibile ricaduta civilistica di violazioni della normativa settoriale (*infra*, § 7).

¹⁴ Sempre che il titolare abbia puntualmente menzionato nella informativa il caso dell’art. 6.1.b del GDPR e che i dati personali raccolti siano effettivamente necessari per l’esecuzione del negozio civilistico. D’altra parte è lo stesso *European Data Protection Board* (EDPB) che nelle linee Guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, nell’osservare l’inopportunità di accorpate il consenso privacy all’accettazione delle condizioni generali di contratto/servizio (punto 26), e nel rimarcare che “*sussiste una presunzione forte secondo cui il consenso ad un trattamento di dati personali non necessario non può essere considerato un corrispettivo obbligatorio dell’esecuzione di un contratto o della prestazione di un servizio*” (punto 27), conferma – *a contrariis* – come non possa essere di per sé negata la disponibilità dei medesimi dati personali quale oggetto di un consenso civilistico e quindi di un contratto.



tali sia, infine, dall'art. 16, par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) e ritenendo che la stessa sia una “precondizione per il godimento di ulteriori diritti e libertà”, conclude nel senso che “una violazione del diritto alla privacy pregiudica anche l'effettivo esercizio degli ulteriori diritti che, grazie ad essa, si esprimono nella realtà di tutti i giorni”¹⁵. Tale rappresentazione in verità non ci pare soddisfacente e, in particolare, non soddisfacentemente esaustiva. Da un lato, infatti, è il mercato a fare il prezzo e gli unici diritti che non possono essere venduti, ovvero ceduti, ovvero licenziati sono quelli che siano espressamente qualificati dalla legge come tali. Sotto questo profilo, ci pare difficile poter ipotizzare un divieto di tale natura siccome desumibile da una disciplina (il GDPR, appunto) che si fonda sulla circolazione dei dati personali e non si occupa, in alcun modo, di qualificarli o di valorizzarli come riservati o non trasferibili. Non si comprende dunque, e non ci pare che la tesi a noi contrapposta ci spieghi il motivo per cui, pur nel perimetro delineato dal GDPR, tale circolazione non possa essere, sotto il profilo parallelo (quello puramente civilistico), assoggettata ad un prezzo. L'irrinunciabilità del diritto deve correttamente leggersi come divieto di aprioristica abdicazione delle protezioni accordate dal GDPR, non anche come esclusione della facoltà individuale, libera e incomprimibile, di disporre dei propri dati. Nel successivo § 6 proveremo a svolgere questo non facile esercizio: delineare il perimetro nel quale il trasferimento dei diritti di sfruttamento dei dati personali di terzi possa considerarsi lecito.

Concludendo sul punto, la prima pietra miliare può darsi per acquisita e ripulita di ogni sovrastruttura retorica o impurità concettuale. Il dato personale è, oggi e nel contesto di una cultura digitale, un bene certamente suscettibile di commercializzazione e, di conseguenza, di valorizzazione in termini economici e monetari¹⁶.

¹⁵ Così R. PANETTA, *Dati personali, si alla valorizzazione, no alla monetizzazione*; in www.corrierecomunicazioni.it/privacy, 12 ottobre 2020.

¹⁶ Nel parallelo terreno dei *cryptoassets*, l'art 4 della Proposta 24.9.2020 di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937 (su cui la Bce si è espressa con parere del 19.2.2021, pubblicato in GUUE 29.4.2021 n. 152) così recita: “le cripto-attività non sono considerate offerte gratuitamente se gli acquirenti sono tenuti a fornire o a impegnarsi a fornire dati personali all'emittente in cambio di tali cripto-attività o se l'emittente di tali cripto-attività riceve dai potenziali possessori di queste onorari, commissioni, benefici monetari o benefici non monetari di terzi in cambio di dette cripto-attività” (tondo nostro). La proposta regolamentare non è affatto priva di rilievo né può essere relegata ad una disposizione settoriale, vuoi perché espressamente riafferma la possibilità di impiegare il dato quale corrispettivo di un servizio, vuoi perché in termini altrettanto espliciti esclude la gratuità di una prestazione in criptoattività in presenza della cessione dei dati, vuoi perché, e di conseguenza corroborando la tesi del sinallagma, siffatto metodo di controprestazione alternativa viene giustapposto alla remunerazione ordinaria o



4. La cosiddetta “cedibilità” del dato: ampiezza e limiti della nozione

Il secondo *miliarium* è un tentativo di definizione del concetto di cedibilità, quest’ultima essendo il banco di prova su cui testare la tenuta del primo pilastro.

Nel linguaggio commerciale e giuridico, il termine cessione può assumere un significato specifico, indicando una ben precisa forma di disposizione di un dato bene, ovvero una valenza aspecifica e per certi versi atecnica, esprimendo un più ampio *genus* comprendente diverse soluzioni dispositive di un bene o di un diritto.

La prima accezione esprime tipicamente un atto connotato da definitività e da sostituzione soggettiva sul piano proprietario. Quando il codice civile disciplina la cessione del credito, dell’azienda (siccome espressamente contrapposta all’affitto e all’usufrutto) o del contratto, indubbiamente ricorrono fattispecie di alienazione definitiva, casi in cui il cedente si spoglia definitivamente della proprietà di un bene o della titolarità di un diritto le quali transitano in capo al cessionario. Quando lo stesso codice viceversa regola la cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss. cod. civ.), siamo invece in presenza di un atto dispositivo che non priva il debitore della titolarità del diritto, bensì la limita in favore dei creditori che acquisiscono l’amministrazione dei beni e il potere di alienarli soddisfacendosi sul ricavato, tant’è che l’eventuale eccedenza deve essere versata al debitore (art. 1982). Quando l’art. 20 della legge sul diritto di autore (L. 633/1941), nel far salvo e rendere indisponibile il diritto morale, impiega la locuzione “*dopo la cessione dei diritti stessi*”, esso allude genericamente a tutte le forme di disposizione, anche temporanea, dei diritti connessi alla titolarità dell’opera. Ricorre, nei due ultimi casi citati, la seconda e più generica nozione di cessione quale atto dispositivo che non comporta il definitivo trasferimento della titolarità del bene al cessionario.

Nel caso dei dati personali, il termine cessione ricade indubbiamente nella seconda accezione esprimendo, in modo aspecifico, la messa a disposizione dei propri dati in favore di un altro soggetto. Nessun social network diventa proprietario dei dati dell’utente, per la buona ragione che il dato personale non è di per sé cedibile nella prima, specifica accezione. Il dato è, in definitiva, un’informazione che, per sua natura, ben può essere ceduta, nel senso di essere comunicata ad altri con il diritto di servirsene, ma non già

per *inducements*. Nuovamente l’ordinamento s’orienta a riconoscere, senza mezzi termini, che il dato personale può certamente assumere funzione solutoria o comunque corrispettiva.

definitivamente ceduta, in quanto la stessa potrà (e spesso dovrà) comunque continuare ad essere utilizzata dal suo naturale proprietario così come da altri soggetti diversi da un primo cessionario (fenomeno particolarmente acuito nei social, dove spesso gli utenti postano le stesse immagini o le stesse informazioni su più piattaforme).

Più propriamente, il trasferimento dei dati dall'utente alla rete sociale non comporta una cessione di proprietà, bensì una cessione del diritto di impiego, una sorta di licenza d'uso di un'informazione di cui l'utente non cessa mai di essere l'unico titolare. Al più, ciò che il titolare potrebbe cedere – vale soprattutto per le fotografie e le videoriprese – è il supporto, il *corpus mechanicum* che include quell'informazione ma quest'ultima non cessa di continuare ad appartenere al suo proprietario, il quale potrà dunque ulteriormente cederla a terzi o riutilizzarla direttamente per fini propri. Per quanto invasiva o vessatoria sia o la si possa concepire, nessuna clausola di nessun regolamento di utenza di una rete sociale potrà mai spingersi sino al punto di “espropriare” l'utente del dato mentre potrebbe estenderne, come spesso ne estende (ma non sempre: non tutti i social sono uguali), a dismisura il raggio di utilizzabilità¹⁷.

Il termine “cessione” (o, quando si evoca plasticamente lo scambio fra dato e servizio, “permuta”) del dato personale va dunque correttamente inteso come la semplificazione linguistica di un atto dispositivo che non corrisponde ad un'alienazione proprietaria né ad una sostituzione soggettiva del titolare bensì ad una semplice autorizzazione all'uso.

Svolta questa irrinunciabile precisazione terminologica, in linea teorica non esistono limiti alla quantità e qualità dei dati personali cedibili (escludendo ovviamente dati aventi contenuti illeciti o criminosi e di cui la stessa piattaforma dovrebbe rifiutare a priori la pubblicazione o la comunicazione e dunque l'uso a fini di commercio). Resta invece da chiarire se esistano limiti oggettivi, intrinseci alla natura del dato, allo sfruttamento del medesimo per finalità prettamente lucrative. Sul punto sia permesso rinviare a quanto noteremo nel successivo § 6.

La seconda pietra miliare è dunque posata. Il dato personale, in quanto commerciabile è, per ciò solo, cedibile, in linea di principio senza limiti ma anche senza alcuna potestà di definitiva sottrazione (e sostituzione) proprietaria in favore della rete sociale.

¹⁷ Prova sia il fatto che in caso di vendita in esclusiva ad una testata giornalistica di una notizia (come spesso avviene nel mercato del gossip, ad esempio per il nominativo assegnato al nascituro) l'oggetto del contratto di licenza non è il dato personale in sé, quanto l'impegno dell'interessato a non rivelarlo a terzi, sino alla pubblicazione della stessa.

5. Prima prospettiva: scoprendo il sinallagma

Commerciabile e cedibile, può un dato concorrere a formare un sinallagma fra rete e utente? Sinallagma in senso stretto negoziale, in virtù del quale cioè l'accordo civilistico (privacy a parte, per ora) preveda una corrispettività per l'utilizzo della piattaforma data dalla cessione dei dati dell'utente. Muoviamo dalla elementare nozione di contratto declinata dall'art. 1321 cod. civ.: l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale. Da qui il percorso logico parrebbe tutto in discesa: se il dato è commerciabile e cedibile, esso è di conseguenza negoziabile e la condizione che la rete sociale impone per l'utilizzo della piattaforma, ossia la cessione dei dati alla rete stessa, diviene necessariamente la controprestazione del servizio. Donde la formazione di un vincolo contrattuale specifico.

Del resto, il pesante accento che le sentenze sopra menzionate lasciano cadere sull'attributo della patrimonializzazione del dato, a fronte di rivendicazioni che ostentano la gratuità del servizio, lascia poco spazio al dubbio (nonostante le contraddittorie e pilatesche asserzioni della Direttiva sui servizi digitali trattate al § 3). Per altro verso, la commutatività insita nel servizio di rete sociale, che offre una piattaforma in cambio di dati dell'utenza che la rete riutilizza per finalità lucrative, non rende altrimenti qualificabile il rapporto utente-rete. La definizione propagandistica di servizio di connessione fra persone riesce solo a descrivere il metodo di funzionamento dello strumento non anche a qualificarlo sul piano economico e legale.

D'altronde, le prove inconfutabili della verità di questo assunto sono rintracciabili nello stesso universo di Internet e sono, in certo modo, graduabili. Si comincia con le miriadi di siti informativi di svariata natura (generalisti o settoriali), aperti al pubblico senza necessità di registrazione alcuna, che rendono effettivamente un servizio senza nulla chiedere in cambio all'utente (se non eventuali e sempre più che libere donazioni di sostegno, la cui mancata elargizione non preclude minimamente la fruizione dei contenuti): in questo caso, fra "fornitore" e "utente" – la virgolettatura è di rigore – non si instaura alcun rapporto contrattuale, poiché il navigatore fruisce di un servizio senza contrarre alcun obbligo verso chi lo gestisce e lo offre. Non diversamente da quanto accade nel momento in cui, entrando gratuitamente in un luogo di culto o in un'area museale, si legge altrettanto gratuitamente la descrizione e la storia di una chiesa o di un'opera. Il pensiero corre a Wikipedia ma anche alla pletora di siti commerciali, istituzionali, professionali o meri blog di discussione, che offrono dati statistici, commenti tecnici o informazioni di altra natura ai visitatori senza nulla chiedere in cambio.



Si prosegue con siti che invece richiedono la registrazione e un corrispettivo in denaro all'utente e che propongono, *ma non impongono*, l'eventuale trasmissione dei dati personali per scopi pubblicitari propri o di terzi: trasmissione che, se rifiutata, nuovamente non preclude la fruizione dei contenuti a pagamento. Il rapporto contrattuale qui è indiscutibilmente esistente perché l'utente paga le informazioni del sito, ma il prezzo è corrisposto in denaro non in dati.

Si conclude con siti apparentemente a libera fruizione ma che invece impongono la cessione dei dati dell'utente e l'accettazione di messaggi pubblicitari anche da soggetti terzi, per culminare nei social, in quei social che invece pongono la cessione dei dati (di tutti i dati nel senso che chiariremo in prosieguo: § 6) quale condizione per la fruizione del servizio. È ragionevolmente negabile che in questi casi sussista un rapporto sinallagmatico fra utente e rete?¹⁸

Questa lettura – in fondo elementare perché naturalmente ovvia – disvela l'ingenuità del *bias* cognitivo evocato in esordio. Esso riposa, infatti, su quella peculiare versione del sillogismo che, nella Retorica aristotelica e nella Logica di Port-Royal dei giansenisti Antoine Arnauld e Pierre Nicole, si soleva definire un entimema. Vale a dire uno pseudo-sillogismo incapace di produrre conclusioni certe, dato che la premessa maggiore non reca una verità indiscutibile bensì una verità solo probabile, dunque da verificare, o addirittura meramente soggettiva, dunque per ciò solo opinabile. L'entimema, secondo lo Stagirita, non era un sillogismo probatorio, bensì meramente persuasivo, tant'è che egli lo concepiva come strumento del retore non del logico. Ma nel caso in parola si va oltre. L'effetto persuasivo è nullo semplicemente perché la premessa maggiore non è né probabile né opinabile: è tecnicamente errata.

Il difetto che *vitiatur et vitiat* ἔνθ' ἡμῶν in cui cade chi creda nella gratuità dei social – ostinandosi a scambiare crema di menta per assenzio, come il paradigmatico psicologo di Léon Paul Fargue – sta proprio nella premessa maggiore. Lo pseudo-sillogismo obbedisce alla sequenza: “ciò che non si paga

¹⁸ In questa categorizzazione, anche per ragioni di semplificazione espositiva, non abbiamo considerato il tema tecnico dell'acquisizione di dati personali a mezzo di cookies, ragionando viceversa sulle attività che il regolamento di utilizzo pubblicato dai network rende manifeste. È ovvio che, al di là della liceità della condotta (anche a seguito della pubblicazione delle nuove Linee Guida del Garante Privacy del giugno 2021 – G.U. 9 luglio 2021 – che risulteranno coercibili a decorrere dagli inizi del nuovo anno) una pratica volta all'acquisizione di dati personali dell'utente per il suo riutilizzo commerciale anche da parte della prima categoria di siti web sopra enucleata (cioè quella, per così dire, innocua) renderebbe ad essa applicabili le conclusioni sopra riservate ai social, là dove anche i primi procedessero a finanziare la propria attività con la rivendita a terzi dei dati personali (aggregati o meno) oggetto di raccolta.



in denaro è gratuito” (premessa maggiore), “il social network non richiede denaro” (premessa minore), ergo “il social network è gratuito” (conclusione). Il sillogismo crolla trasformandosi in un entimema logicamente e giuridicamente perdente proprio a causa della falsità della premessa maggiore. Posto che, in assoluto, non ogni scambio economico ha luogo con trasferimento di denaro e posto che, nelle società digitali, il vero valore risiede nella disponibilità di informazioni ai fini del loro riutilizzo, ove quest’ultimo abbia un contenuto economico, come lo ha per le reti sociali che vendono quelle informazioni (da sole o più spesso combinate attraverso gli esiti del processo di profilazione) ricavandone profitti pubblicitari, la premessa maggiore viene meno. Volendo ricostruire il sillogismo in termini inattaccabili, la sequenza diverrebbe: “il denaro non è l’unico mezzo per pagare beni o servizi” (premessa maggiore), “il social network non chiede denaro ma dati dell’utente per rivenderli agli inserzionisti” (premessa minore), ergo “il social network non è gratuito” (conclusione).

Sin qui la discussione si è troppo concentrata sulla questione, in verità un po’ sterile, della rintracciabilità o meno di un corrispettivo nella cessione del dato personale. La riflessione più ovvia, alla luce di quanto precede, dovrebbe invece essere un’altra e percorrere la strada inversa: prendendo atto che il servizio della rete sociale non è pagato in denaro ma attraverso una cessione di dati, concludere logicamente per la sussistenza di un vincolo sinallagmatico, lasciando ad un momento successivo la valutazione circa la precisa natura della controprestazione.

Concentrando l’attenzione sulla ricerca del sinallagma, diviene poi naturale coglierne la peculiare complessità nel contratto rete-utente.

Assumendo a riferimento il caso specifico risolto dalle sentenze esaminate al § 3, nel documento contrattuale pubblicato da Facebook integrante i termini e le condizioni d’uso del social il sinallagma si pone in termini evidenti¹⁹: alla premessa per cui “*Facebook crea tecnologie e servizi che consentono agli utenti di connettersi fra di loro, creare community e far crescere aziende*” segue, da un lato, l’indicazione dei servizi resi dal social network quali: la personalizzazione dell’esperienza dell’utente; la possibilità di trovare e di connettersi con persone, gruppi, aziende, organizzazioni e altri soggetti di interesse; la possibilità di esprimersi per comunicare con amici, familiari e altri soggetti su argomenti di interesse; l’opportunità di visualizzare inserzioni offerte e altri contenuti sponsorizzati che consentono all’utente di scoprire prodotti e servizi offerti da diverse aziende e organizzazioni che usano Facebook. Quanto alla controprestazione si legge: “*Anziché pagare per l’uso di Facebook*

¹⁹ Alla pagina web corrispondente al seguente indirizzo: www.facebook.com/terms.

e degli altri prodotti e servizi offerti, utilizzando i Prodotti di Facebook coperti dalle presenti Condizioni, l'utente accetta che Facebook possa mostrare inserzioni, la cui promozione all'interno e all'esterno dei prodotti delle aziende di Facebook avviene dietro pagamento da parte di aziende e organizzazioni". Di seguito, poi, si precisa che "Facebook usa i dati personali dell'utente (ad es., informazioni su attività e interessi) per mostrargli le inserzioni più pertinenti". Nell'ambito delle autorizzazioni riferite all'utente, altresì, si precisa che, in relazione ai contenuti creati e condivisi, "l'utente deve concedere a Facebook, per la fornitura dei propri servizi, alcune autorizzazioni di legge (note come "licenze") per l'uso dei contenuti in questione. Ciò avviene al solo scopo di fornire e migliorare i Prodotti e i servizi di Facebook".

Più di così? Il sinallagma è evidente: l'utente deve accettare di essere destinatario di inserzioni pubblicitarie, che vengono personalizzate grazie alla raccolta ed ai trattamenti eseguiti, ivi compresa la profilazione, sui dati personali dell'utente stesso. Se a quanto sopra si aggiunge quanto riportato nella informativa privacy²⁰, apprendiamo che Facebook raccoglie "i contenuti, le comunicazioni e le altre informazioni che fornisci quando usi i nostri Prodotti, anche quando crei un account, crei o condividi contenuti e invii messaggi o comunichi con le altre persone. Può trattarsi di informazioni presenti nei contenuti forniti o relative a essi (come i metadati), quali la posizione di una foto o la data in cui è stato creato un file. Ciò comprende anche gli elementi visualizzati attraverso le funzioni che offriamo (ad es. la nostra fotocamera), che ci consentono di effettuare azioni come suggerire maschere e filtri che potrebbero piacerti o fornirti consigli sull'uso della modalità ritratto. I nostri sistemi trattano automaticamente contenuti e comunicazioni che tu o altri fornite per analizzarne contesto e contenuti per le finalità descritte qui sotto". Tra tali finalità viene menzionato quanto segue: "usiamo le informazioni in nostro possesso, tra cui quelle relative a interessi, azioni e connessioni, per selezionare e personalizzare inserzioni, offerte e altri contenuti sponsorizzati da mostrarti". Come annotato al § 3, l'indebita sovrapposizione/intersezione tra consenso civilistico e consenso privacy è smaccata.

Già da quanto sopra emerge, senza tema di smentita, la complessità sinallagmatica dianzi accennata. Invero, come si è notato, la controprestazione richiesta all'utente non si esaurisce nella cessione dei dati personali ma si unisce all'obbligo passivo (la classica obbligazione di *patti*) di accettare tanto la sua profilazione a fini pubblicitari quanto di ricevere *réclame* dalla rete stessa o da terzi. Il paradosso poc'anzi accennato (non chi fa pubblicità paga, ma paga chi la riceve e paga cedendo dati e impegnandosi ad accet-

²⁰ Alla pagina web corrispondente al seguente indirizzo: www.facebook.com/policy.php.

tare messaggi promozionali) determina un invisibile ma solido raddoppio²¹ della controprestazione richiesta all'utente e ciò a fronte della messa a disposizione di una piattaforma il cui costo pro capite per la rete gerente è incomparabilmente inferiore al profitto che essa ritrae dall'acquisizione dei dati dell'utenza. Rinviando al § 7 ogni ulteriore riflessione sulle potenziali conseguenze di questo squilibrio congenito, preme invece qui osservare come la complessità della controprestazione rafforzi e consolidi, se mai occorresse sul piano logico e giuridico, l'innegabile sussistenza di un sinallagma di particolare spessore.

La costruzione di un sinallagma presuppone, necessariamente, un incontro di volontà, il raggiungimento di quell'accordo che costituisce elemento primario e indefettibile del contratto: la sua assenza determina la nullità del contratto²². Si è chiarito che il consenso (accordo) negoziale, nella specie uso della piattaforma in cambio di dati dell'utente, è – e deve essere – distinto dal, e come tale espresso dal contraente, diverso consenso richiesto dal GDPR ai soli fini del trattamento, non potendo il primo risultare “affogato” nel secondo²³.

²¹ A voler essere ancor più precisi, le obbligazioni dell'utente possono triplicarsi, sia pur attraverso la costituzione di un nuovo ed autonomo vincolo contrattuale: una volta pagato il servizio con (i) la cessione dei dati e (ii) l'obbligo di accettare profilazioni commerciali e ricevere messaggi pubblicitari, l'utente potrebbe “pagare una terza volta” (iii) cedendo all'insistenza delle sollecitazioni pubblicitarie. Vero è che tanto presuppone la stipulazione di un diverso e ulteriore contratto di acquisto con l'inserzionista, ma non è men vero che nella valutazione economica del complessivo impegno prestazionale dell'utente anche questa eventualità assume un certo peso, posto che parte del ricavo realizzato dall'inserzionista torna a remunerare la rete sociale (come accade nei contratti che correlano il pagamento delle pubblicità ai risultati di vendita realizzati attraverso il canale promozionale impiegato).

²² Per vero, quantunque dottrina e giurisprudenza si mostrino piuttosto insensibili al distinguo, parrebbe più acconcio, in caso di carenza di accordo nel senso tecnico di incontro di volontà, rinvenire un caso di inesistenza ontologica, prima che giuridica, del negozio. Il contratto con cui le parti concordino lo scambio di sostanze stupefacenti è nullo per illiceità di causa, un sedicente contratto dove non consti l'accordo delle parti non è *ex se* un contratto: tant'è che il primo può essere dichiarato nullo proprio perché il pur illecito accordo sussiste, mentre il secondo è nullo solo per convenzione semantico-normativa, non potendosi logicamente dichiarare nullo ciò che non esiste.

²³ Ed infatti il consenso al trattamento dei dati personali, per essere validamente prestato, deve corrispondere ad una manifestazione di volontà “libera, specifica, informata e inequivocabile” (art. 4 comma 11 del GDPR), là dove la sua prestazione resa con sottoscrizione unica del contratto mancherebbe, per definizione, del requisito della libertà. Come specificamente rilevato dall'*European Data Protection Board* (EDPB) al punto 13 Linee Guida 5/2020, il consenso integrato da un elemento non negoziabile inserito in condizioni generali di contratto non può dirsi liberamente prestato. Ad ulteriore conferma ben può altresì richiamarsi il comma 2 dell'art. 7 del GDPR che prevede espressamente il caso in cui il consenso dell'interessato sia prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni. In tal caso la disposizione richiamata esige che la richiesta di consenso sia presentata in modo

Le nitide osservazioni che precedono sono del resto confermate dalle pronunce amministrative che hanno stimolato questo scritto. Pronunce che, nel ricondurre i *claim* di gratuità ad una pratica commerciale scorretta in quanto ingannevolmente protesa a comunicare una presunta assenza di controprestazione, se tradotte in lingua civilistica lasciano per l'appunto supporre che un accordo non scientemente raggiunto sia un accordo nullo o, quantomeno, annullabile per dolo o errore.

Accantonando per un istante l'esito patologico della fase precontrattuale e la problematica di trasparenza del consenso (torneremo su entrambe al § 7), supponendo cioè che l'utente sia conscio dell'accordo che va stipulando nel momento in cui concede i suoi dati in cambio del diritto ad un profilo social, il contratto rete-utente viene ad esistenza.

Il vero problema, come dianzi esaustivamente chiarito, è che i due consensi (quello per l'accordo civilistico e quello per il consenso al trattamento), una volta pur separatamente espressi, finiscono con il coincidere sul piano degli effetti. Revocare il secondo è e deve essere sempre possibile secondo il GDPR, ma se esso è altresì funzionale al costruito sinallagmatico, la revoca implica il venir meno stesso dell'accordo. Potrebbe teoricamente introdursi una norma civilistica che regolasse il contratto rete-utente e includesse una clausola che, in applicazione del GDPR, consentisse di liberamente revocare il consenso al trattamento senza produrre la cessazione del contratto – al pari, viene da dire, di una clausola vessatoria incapace di demolire il negozio cui acceda. Sennonché qui non si discute di una clausola, bensì di un elemento essenziale ai fini della tenuta dello scambio “servizio contro dati”. Va da sé che siffatta, ipotetica norma recherebbe non già una riconciliazione disciplinare fra le tipologie di consenso, bensì una sorta di diritto di recesso insensibile ad ogni contraria pattuizione. Non diversamente da quanto accade, invertendo le posizioni, nel terreno dei rapporti bancari in caso di modifiche unilaterali proposte dalla banca al cliente: a quest'ultimo sono concessi 60 giorni per decidere se accettare le modifiche o recedere dal rapporto. E la logica della norma è civilisticamente ineccepibile: posto che la modifica di un contratto equivale ad una nuova proposta, questa deve essere accettata con un comportamento concludente (inerzia) oppure rifiutata con una condotta attiva (recesso). Il mancato accordo provoca la cessazione del rapporto.

chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile. Ciò fa ritenere che, anche nel caso in cui la sottoscrizione della clausola di prestazione del consenso annegata nel contratto venga prevista con sottoscrizione ad hoc, tale modalità non garantirebbe la separazione della materia contrattuale dalla diversa materia integrata dalla protezione dei dati personali: il consenso prestato al trattamento non sarebbe comunque valido.

La norma sopra immaginata non potrebbe mai essere *telle quelle* introdotta (salvo quanto noteremo in prosieguo: § 7) perché farebbe a pugni con il principio basilare dell'accordo rete-utente. Una volta che si ammetta, come non può non ammettersi, la sussistenza e la validità del sinallagma per il quale in tanto la rete concede l'uso della piattaforma in quanto l'utente le ceda i suoi dati, accordare una libera revoca del consenso a fini privacy del trattamento dei dati non potrebbe che comportare il collasso dell'accordo civilistico. Né sarebbe possibile affermare l'opposto perché, un secondo dopo la stipulazione del contratto fra rete e utente, dopo cioè aver accordato il consenso civilistico, l'utente potrebbe porlo nel nulla revocandolo nella prospettiva privacy e rendendo effettivamente gratuito il servizio. Ma ciò violerebbe la legge privata che, secondo l'art. 1372 c.c., regola il contratto. Non esiste dunque un "primato privacy" tale per cui il GDPR possa prevalere sul codice civile rimuovendo senza conseguenze un elemento essenziale dell'accordo. Il che conferma, una volta di più, l'innegabilità del sinallagma. Sinallagma che non si può né spezzare né incidere all'insegna di uno scialante buonismo egualitario, bensì operando su solide basi di diritto. A cominciare da una precisa perimetrazione di ciò che può essere ceduto.

6. Seconda prospettiva: cercando il perimetro

Senza mai dimenticare l'ampiezza della nozione di cessione dianzi delineata, si è detto che, in linea di principio, ogni dato personale è cedibile e quindi commercialmente sfruttabile dal social che se ne renda cessionario in forza del contratto rete-utente al fine dichiarato dello svolgimento di attività di marketing.

Occorre tuttavia delineare i limiti (il perimetro) di cedibilità avendo ben a mente l'obbligazione passiva enucleata al § 5 cui l'utente si assoggetta aderendo al contratto di rete, cioè: essere destinatario di pubblicità personalizzata e scelta alla luce di tutte le informazioni (cioè dei dati personali) che l'utente provvede giornalmente ad immettere in rete, usufruendo dei servizi offerti dal social e che quest'ultimo traduce in profilazioni ad uso commerciale²⁴.

²⁴ Non è questa la sede per disquisire sulla possibilità o meno di cedere a terzi i cosiddetti diritti personalissimi promananti dal diritto positivo, quali il diritto al nome e cognome (siccome sancito dall'art. 7 del codice civile e ribadito dall'art. 494 del codice penale, che descrive la fattispecie vietata della sostituzione di persona); ovvero il diritto all'immagine di cui all'art. 10 del codice civile; ovvero il diritto a rivendicare la paternità di un'opera e di essere riconosciuto come autore di cui agli artt. 20 – 22 della Legge sul Diritto d'Autore (L. 22 aprile 1941, n. 633); ovvero il diritto morale di essere riconosciuto autore dell'invenzione protetta da brevetto di



A tale fine è indispensabile indagare e tentare di classificare la natura intrinseca dei dati personali e, prima ancora, è necessario intendersi sul concetto di dato. Parafrasando e adattando la sequenza iconica con la quale le norme attuative della Direttiva sui servizi di pagamento definiscono il concetto di autenticazione forte ai fini della sicurezza dei trasferimenti digitali di denaro²⁵, è possibile classificare i dati personali secondo cinque tipologie: (1) qualcosa che l'utente è o qualcosa che l'utente sa di essere; (2) qualcosa che l'utente possiede; (3) qualcosa che l'utente fa; (4) qualcosa che l'utente pensa e/o manifesta; (5) qualunque cosa che l'utente sia, sappia di essere, possieda, faccia o pensi ma che sia resa manifesta ad opera di terzi. Tipologie, come ci accingiamo a chiarire, dove è frequente il sovrapporsi, all'interno di ciascuna e a cavallo delle stesse, di dati personali, in senso lato, "pubblici" e "privati".

Nella *prima* tipologia (*qualcosa che l'utente è o qualcosa che l'utente sa di essere*) rientrano dati personali "pubblici", la cui conoscenza da parte del social non implica alcuna specifica cooperazione comunicativa dell'utente, trattandosi di informazioni o già per altro titolo obbligatoriamente pubbliche o agevolmente reperibili da altre fonti aperte (una carica politica, amministrativa o giudiziaria, l'esercizio di una professione o la titolarità di un'impresa, ad esempio). Ma vi rientrano anche dati "privati", cioè non diversamente acquisibili – in modo lecito, s'intende – se non grazie ad una volontaria comunicazione dell'utente e sempre che non si tratti di dati già manifestati e dunque ricadenti nella quarta tipologia (lo stato civile; l'iscrizione ad un'associazione o ad un partito; l'orientamento sessuale o l'appartenenza ad una confessione religiosa – quivi prescindendo dal fatto che esse si traducano in un effettivo costume di vita, ricadente invece nella terza tipologia; una paternità non riconosciuta; un crimine commesso e mai accertato dalla giustizia, sempre a puro titolo esemplificativo).

La *seconda* tipologia (*qualcosa che l'utente possiede*) abbraccia essenzialmente dati "pubblici" relativi a beni ostentati (altro è postare una foto di sé – come fa ogni buon *influencer* ben pagato – con in bella mostra un orologio di una data marca, altro è limitarsi a postare una foto in cui quell'orologio

cui all'art. 63 del Codice di Proprietà Industriale (D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30). Nel caso di specie, infatti, l'indagine non ha ad oggetto la cedibilità a terzi del diritto in sé, ma la cessione a terzi del dato personale che inerisce a tale diritto, l'informazione che lo rivela.

²⁵ Per tale intendendosi l'autenticazione "basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente)": così recita l'art. 1, comma 1, lett. q-bis, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 come modificato dal D.Lgs. 218/17 di attuazione della Direttiva 2015/2366/EU (PSD II).



non sia chiaramente riconoscibile) così come dati “privati” relativi a beni non esibiti o non agevolmente reperibili da fonti aperte (come nel caso di beni immobili o mobili registrati) nonché il titolo del possesso (proprietà, locazione, prestito d’uso o altro).

La *terza* tipologia (*qualcosa che l’utente fa*) si sovrappone parzialmente alla prima generando dati “pubblici” quando questi coincidano con lo status professionale della persona, ma include anche una vastissima gamma di dati “privati” che a loro volta ricadono nella seconda tipologia (l’acquisto, dunque il possesso o la fruizione, di un certo bene o servizio²⁶) o sono noti esclusivamente alla persona o ad una più o meno ristretta cerchia di individui, comunque non tale da rendere quel dato “pubblico” nel senso sopra chiarito (per esempio: la frequentazione di un bar, un ristorante o un club; la coltivazione di un hobby; il compimento di opere benefiche o di volontariato in forma anonima; l’effettiva pratica di un determinato orientamento sessuale o di un credo religioso e così via).

La *quarta* tipologia (*qualcosa che l’utente pensa e/o manifesta*) è quella più delicata, sia perché presuppone la cooperazione attiva dell’utente sia perché la sua manifestazione esteriore, come soprattutto accade nei social non riservati ad utenze professionali, può essere fraintesa. Il che non giova alla rete sociale perché inganna il suo algoritmo profilativo e adultera la selezione pubblicitaria per il cui successo il dato è richiesto. Si tratta in fondo dell’arma impropria di difesa dell’utente, come una nota firma del giornalismo ebbe a suggerire fra il poco faceto e il molto serio²⁷. Ma si tratta anche di un metodo captativo molto insidioso poiché, facendo leva sulla vanità esibizionistica dei più, riesce ad accrescere smisuratamente la profilazione dell’utente. In questo caso il dato è inequivocabilmente “privato” perché nessuno è costretto a rivelare i propri pensieri, anche se spesso non sa resistervi (“vanità, il mio peccato preferito...!” proclama un compiaciuto e mefistofelico Al Pacino nei panni dell’allegorico demone de *L’Avvocato del Diavolo*). S’aggiunga che la quarta tipologia diviene anche una forma di comunicazione di quella

²⁶ A ben poco rilevando che l’acquirente sia tracciabile (peraltro solo) dall’emittente la carta di credito con la quale l’acquisto sia stato effettuato. L’emittente sa che abbiamo pranzato in un dato ristorante ma (escludendo il caso estremo, dunque irrilevante in termini di profilazione, in cui sia necessario esibire il giustificativo di acquisto per ottener rimedio ad una frode subita) non sa che cibi o vini abbiamo ordinato né in quale quantità.

²⁷ P. BATTISTA, *Il caso Facebook, l’algoritmo? Possiamo imbrogliarlo*, in *Corriere della Sera*, 22.3.2018, suggeriva di boicottare gli automatismi algoritmici immettendo dati, commenti e notizie contraddittorie e spiazzanti per la logica di un sistema impostato su parametri di coerenza elementare (cfr. più ampiamente il nostro *Alla ricerca dei dati perduti*, in questa *Rivista*, 1/2019, p. 76).

porzione di dati rientranti nella prima ma di norma inaccessibili senza la rivelazione spontanea del titolare.

La quinta tipologia (*qualunque cosa che l'utente sia, sappia di essere, possieda, faccia o pensi ma che sia resa manifesta ad opera di terzi*) ingloba tutti i dati che l'utente giammai abbia trasferito ma siano stati resi noti da altri utenti (il gestore del bar che sbandiera sul suo profilo di aver servito un dato aperitivo ad un celebre giornalista, quando questi abbia accettato di fare un selfie con il barista a patto, poi violato, di un uso strettamente privato) ovvero da terzi soggetti (come nel caso di soggiorno in un hotel e di rifiuto al rilascio dei propri dati per finalità commerciali e che l'hotel abbia nondimeno trasmesso a terzi, con conseguente bersagliamento pubblicitario: è la prassi del c.d. "traffico di dati").

Ai fini del tracciamento del perimetro dei dati cedibili, la quinta tipologia trova già nel diritto positivo una lucida risposta. Siamo in presenza di un evidente inadempimento contrattuale, poiché in nessuna delle due esemplificazioni poc'anzi evocate il dato è stato volontariamente trasferito²⁸ in esecuzione del contratto di rete, non fa parte dei dati che l'utente ha immesso in rete: senz'altro e per ciò solo tali dati devono ritenersi fuori dal perimetro di cedibilità. Oppure siamo in presenza, specie nelle casistiche di traffico dei dati, di un illecito extracontrattuale. Torneremo su questo punto più in là § 7).

Per le restanti categorie valga un imprescindibile fattore comune. I dati che convenzionalmente abbiamo definito "pubblici", ossia desumibili da fonti aperte non sono affatto irrilevanti per il social, quanto meno in termini di risparmio di ricerca. È infatti ovvio che la protezione dei dati *"ha ad oggetto della tutela anche i dati già pubblici o pubblicati, poiché colui che compie operazioni di trattamento di tali informazioni, dal loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto od incrocio può ricavare ulteriori informazioni e, quindi, un valore aggiunto informativo, non estraibile dai dati isolatamente considerati"*²⁹.

Ne consegue che il social, pur se indubbiamente assai più interessato ai dati privati, nutre uno specifico interesse anche a poter disporre di dati pubblici già organizzati e utilissimi alla necessaria celerità del processo di profilazione. Nella ricerca del perimetro di cedibilità, il vero problema, però, sta altrove. E quell'altrove evoca due quesiti. Il primo concerne la consapevolezza dell'estensione dei dati cedibili in un futuro teoricamente indeterminato. Il

²⁸ Prova agevole da fornire nel caso di traffico di dati ad opera di terzi, meno, ma non impossibile specie in presenza di testimoni, nel caso di trasferimento (riservato) a terzi utenti.

²⁹ Cass., 13 gennaio 2021, n. 368 in *ilcaso.it*, 24924.

secondo investe il limite oggettivo di credibilità insito nella natura e nella qualità del dato.

Nell'ordine, non v'è ragione per negare la cessione di dati futuri, considerando che l'art. 1348 c.c. riconosce piena validità alla promessa anticipata di prestazione di cose destinate a venire ad esistenza in epoca posteriore alla stipulazione³⁰. Deve quindi ritenersi senz'altro valida la pattuizione con cui l'utente accetta di cedere i suoi dati futuri, per tali intendendosi non già quelli di cui disponga o sarà certo di disporre ma che ancora non abbia rivelato, bensì quelli che neppure l'utente ancora conosca trattandosi di informazioni ignote al suo stesso possessore (una nuova auto, un nuovo abito, un matrimonio, una conversione religiosa e simili). Il problema qui si pone proprio perché l'utente, ignaro della portata del dato, non è in grado di stimarne il controvalore. Motivo per cui non sarebbe irragionevole dubitare di una potenziale indeterminatezza dell'oggetto prestazionale in una chiave ermeneutica estesa dell'art. 1346 c.c. Siamo tuttavia consci dei fianchi deboli che il tema può offrire ai colpi dialettici. Quindi, temporaneamente, possiamo accantonarlo.

Discorso ben diverso vale per i dati rispetto ai quali possa configurarsi un illecito sfruttamento degli stessi per scopi lucrativi. Il problema qui insiste sulla non facile delimitazione del perimetro di incedibilità oggettiva.

Ai sensi del GDPR, la raccolta dei dati personali di terzi deve essere eseguita nel rispetto del principio di minimizzazione per il quale i dati debbono essere *“adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati”*³¹. Tuttavia, in considerazione della rilevata prestazione passiva cui l'utente del social si sottopone (la ricezione di pubblicità *“personalizzata”*), e considerato che tale prestazione passiva non è soggetta ad alcuna limitazione od individuazione di oggetto (ad esempio, in ambito sportivo o di wellness, in ambito sanitario, ovvero per finalità ludiche), la raccolta di dati non sarebbe, allo stesso modo, soggetta ad alcun limite. Altresì, posto che la personalizzazione della pubblicità (unitamente alla prestazione passiva inclusa nel sinallagma contrattuale) giustifica la raccolta e la rielaborazione (i.e. profilazione) di tutte le informazioni postate dall'utente (a prescindere dai contenuti o da ciò che tali informazioni esprimano), la raccolta ed i successivi trattamenti posti in essere al fine di indirizzare la pubblicità personalizzata, potrebbero fondarsi sulla base giuridica contrat-

³⁰ Escludendo solo casi molto specifici, come il divieto di patti successori (art. 458 c.c.), la donazione di beni futuri (art. 771 c.c.) o l'ipoteca di beni futuri valida solo quando gli stessi siano venuti ad esistenza (art. 2823 c.c.), fattispecie palesemente estranee al tema che ci occupa.

³¹ Art. 5, comma 1 let. c) del GDPR.



tuale³², senza neppure richiedere l'espresso consenso dell'interessato. Se è poi vero che la tutela specifica che il GDPR attribuisce ai dati personali che potrebbero incidere su diritti rilevanti dell'interessato (le cosiddette categorie particolari di dati personali ex art. 9 del GDPR) è volta a vietarne il trattamento se non in presenza di una delle condizioni enunciate all'art. 9 del GDPR e, principalmente, il consenso esplicito dell'interessato (art. 9, comma 2, let. a) GDPR), trattandosi tuttavia di dati personali che potrebbero ritenersi pubblici (in quanto postati sul social) potrebbe, nel caso, ritenersi ancora una volta applicabile l'esimente del consenso ai sensi della lettera e) del comma 2 dello stesso art. 9.

In definitiva, ai sensi del GDPR, se l'utente del social è correttamente informato, i trattamenti eseguiti sui propri dati, di qualsivoglia natura e specie, al fine di recapitargli la pubblicità personalizzata, sono leciti. Al più si renderà necessario il consenso esplicito dell'interessato, anche se, nel caso in esame, in considerazione del funzionamento del social network e della contrattualizzazione dell'impegno passivo dell'utente del social a ricevere pubblicità personalizzata, in applicazione del GDPR, tale presupposto potrebbe ritenersi superato.

D'altra parte, il GDPR (e, in generale, la disciplina sulla tutela dei dati personali) offre gli strumenti alle persone fisiche per limitare e controllare la circolazione dei dati personali, ma non opera valutazioni di meritevolezza circa il loro impiego e il loro sfruttamento, e ciò – tantomeno – in relazione alle finalità per le quali il trattamento intervenga. Ai sensi dell'art. 21 del GDPR (in particolare, del comma 2) la finalità di marketing determina, quale prerogativa in più per l'interessato, il diritto di opposizione, che – se esercitato – comporta la cessazione dei connessi trattamenti³³. Ma è chiaro che tale prerogativa non incide sulla liceità o meno del trattamento a monte³⁴.

³² È il caso del dato necessario all'esecuzione della prestazione, come dispone l'art. 6, comma 1, let. b) del GDPR, con la piccola complicazione che, nel caso che ci occupa, il dato sarebbe per definizione non già necessario ma ontologicamente indispensabile essendo esso l'oggetto stesso della controprestazione.

³³ Ai sensi della sopra richiamata norma, il diritto di opposizione ai trattamenti per finalità di *marketing* è altresì esteso alla specifica attività di profilazione che sia svolta dal titolare e che sia connessa ai trattamenti eseguiti per finalità di marketing. Parimenti, ed in ogni caso, l'interessato avrà sempre e comunque a disposizione il diritto di rettifica sui dati personali che lo riguardano e che risultino inesatti (art. 16 GDPR).

³⁴ Per quanto necessario, tale conclusione trova specifica conferma nelle Guidelines 8/2020 sulla profilazione degli utenti dei social media di recente aggiornate dall'European Data Protection Board (EDPB). In tale documento l'ente individua potenziali rischi derivanti dall'attività di profilazione quali il rischio di discriminazione, esclusione, di manipolazione degli utenti del social, ad esempio, nell'ambito di scelte consumeristiche, di ricezione di opportunità lavorative ovvero di scelte politiche. In tale frangente, l'EDPB individua i soggetti che operano nell'ambito



Spostando invece l'attenzione sul piano prettamente civilistico, ciò che consente di valutare ed interpretare il sinallagma del contratto rete – utente, si potrebbe pervenire a ben altre conclusioni.

I servizi resi dai social media sono fondamentalmente di intrattenimento e di contatto sociale e, come tali, sono funzionalmente idonei a (anzi sono strutturati per) ospitare contenuti immessi dagli utenti. Altresì sono strutturati per provocare la condivisione di stati d'animo e di pensieri che, sia pure affidati ad un social, sono idonei ad esprimere l'intimità dell'utente. Si tratta per di più di informazioni che possono essere senz'altro funzionali a rivelare lo stato di salute, opinioni, pensieri di rilevanza politica e religiosa, orientamenti sessuali. Ebbene, l'introduzione nel contratto rete – utente dell'obbligo passivo di ricevere pubblicità personalizzata (che, ricordiamo, legittima tecnicamente anche la raccolta, ed i successivi trattamenti, di tutti i dati personali postati dall'utente medesimo), integra, di per sé una prima forzatura del sinallagma contrattuale, in quanto del tutto estranea alla funzione pubblica del social bensì proteso a soddisfare solo il fine lucrativo della piattaforma. Se poi tale obbligo passivo viene esteso alla raccolta di dati per i quali lo stesso GDPR individua una tutela rafforzata (quelli di cui all'art. 9 del GDPR, perché, come già sopra evidenziato, tali dati e la loro circolazione incidono sui diritti fondamentali dell'interessato), allora l'elemento di estraneità appare ancor più accentuato, a tratti inaccettabile. Il malato chiede ascolto ed empatia, al più informazioni sulle possibili cure, non réclame di farmaci; il perseguitato politico cerca consensi di ribellione *extra moenia*, non la pubblicità dell'ultimo best seller del politico di turno; il ragazzo che piange la morte dei genitori cerca aiuto dagli amici, non proferte di pompe funebri e marmisti; la ragazza abusata cerca voci di conforto e approvazione del suo *outing*, non indirizzari di avvocati penalisti.

Quanto precede consente di dimensionare la taglia etica e, in *subiecta materia*, giuridica del problema. La quale potrebbe riassumersi in una sorta di riedizione dell'antico, rurale adagio “scherza coi fanti ma lascia stare i santi”. Riedizione che porterebbe ad escludere la trattabilità per fini di lucro di informazioni così profondamente legate all'intimità della persona, indifferentemente declinabili in sentimenti di disagio, debolezza, vergogna, sofferenza o anche semplice umano malessere, rispetto ai quali il social dovrebbe dare preminenza alla sua originaria vocazione di interconnessione

di tali attività di profilazione specificandone le relative responsabilità ai sensi del GDPR e gli oneri organizzativi ricadenti su ciascun soggetto; dà atto dei doveri informativi ricadenti su tali soggetti che legittimano tali trattamenti, anche in relazione alle particolari categorie di dati eventualmente trattati. Tuttavia, ancora una volta, il presupposto della legittimità dell'utilizzo in sé di tali dati in relazione alle finalità di trattamento commerciale non è oggetto di esame.



delle persone, rinunciando ad uno sfruttamento o, come sopra accennato, un sovrasfruttamento della persona.

Si potrà ragionevolmente convenire con questa visione, aggiungendovi una non meno ragionevole domanda: già, ma in che modo, con quale mezzo, con quale giuridico addentellato?

Spiazzante e apparentemente irrisolvibile, la domanda può invece essere degna di qualche ragionato spunto di risposta. Da ricercarsi non in un non meglio definito né positivamente sancito anelito etico, giacché gli affari – malgrado ogni contrario odierno proclama agevolmente sfidabile sul terreno della non contraddittorietà – ben poco hanno a che fare con l’etica. Quello spunto può invece trovare risposta nelle norme che già regolano la dinamica contrattuale.

Esiste da sempre un principio di solidarietà contrattuale, leggasi di buona fede esecutiva ex art. 1375 c.c., che notoriamente impone alle parti di mantenere, ove le circostanze lo impongano, una condotta ispirata alla correttezza e aliena dall’abuso³⁵. Là dove non ricopino pedantemente la legge, le sempre più à la page teorizzazioni di buon costume commerciale, di cui traboccano i codici etici spesso ripetitivi di regole di diritto riqualificate in neo-tavole testamentarie (non rubare, non mentire, non maltrattare, non corrompere né farti corrompere, non discriminare, non molestare, non inquinare, non abusare e così via vietando e rivietando), rinvergono la loro radice proprio in quel basilare principio di buona fede esecutiva. L’abuso del diritto, oggi così in auge in ogni *milieu* economico, è un istituto non codificato ma germogliante da quella stessa radice. Tutto ciò ben potrebbe sottendere anche un obbligo non già di *facere ultra* ma di *non facere intra*, ossia di astenersi da un’invasione commerciale della sfera più intima del privato. Altrimenti detto, il social dovrebbe applicare il principio di buona fede esecutiva³⁶ e

³⁵ “Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all’interesse del creditore” – deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull’art. 2 della Costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile” (così, da ultima e fra le moltissime, Cass., 2 aprile 2021, n. 9200: tondo nostro).

³⁶ Principio, del resto, solidamente incardinato nel diritto di derivazione anglosassone, alla quale la più parte dei social sono soggetti, e che funge da prudente (e, per l’appunto, etico) correttivo ad un uso eccessivo di libertà negoziali particolarmente pronunciate. La *good faith* è in fondo il freno, generico ma multiuso, ad un esercizio formalmente legittimo ma moralmente o equitativamente sconveniente del diritto accordato dal contratto. Nell’ordinamento



del non abuso contrattuale, astenendosi dall'impiego di informazioni pur astrattamente ricadenti nel corrispettivo in natura dell'uso della piattaforma, quando la scaturigine di tali informazioni e della decisione di fornirle non risieda nella *vanitas* commerciale e commercialmente sfruttabile, bensì in un umano bisogno degno di superiore rispetto.

Oltre che affidarsi ad un principio esecutivo pur sempre rimesso, in concreto, al buon senso (e al “buon cuore”) del destinatario del precetto, è possibile teorizzare un limite oggettivo che trovi il suo fondamento nel principio di meritevolezza dei fini perseguiti dal contratto atipico, codificato nell'art. 1322 c.c. La norma, cui sempre più ricorre la giurisprudenza per ostacolare fenomeni di abuso contrattuale in ambiti ancor meno “sensibili” di quelli qui in esame³⁷, possiede un forte potenziale alterativo, in quanto accorda

americano, in particolare, l'obbligo di buona fede è precisamente codificato nello *Uniform Commercial Code* (UCC): nella Sezione I, § 203, titolato *Obligation of Good Faith*, si legge chiaramente “*Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*”.

³⁷ Con sentenza 29 aprile 2017 n. 10506, dopo aver statuito il principio applicativo nei seguenti termini: “*Affinché dunque un patto atipico possa dirsi “immeritevole”, ai sensi dell'art 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati*”, la Suprema Corte enuncia una serie di casistiche per poi ricondurle a sistema e tracciare così un confine all'impiego di tale misura demolitiva: “*Riducendo a “sistema” le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, c.c., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: (a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.); (b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, citt.); (c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.)*”. In concreto, le casistiche che inducono la Cassazione a siffatta teorizzazione riguardano casi connotati da effettive e gravissime abnormità del pattuito: clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, (sent. n. 4222/2017); contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (noti casi “Myway” – sent. n. 22950/2015 e “4You” – ord. n. 19559/2015); patto tra farmacisti per la concertata chiusura degli esercizi nel giorno di sabato (sent. n. 3080/2013: caso in cui peraltro più che l'immeritevolezza ricorrerebbe una violazione della normativa antitrust); clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto d'un bene materiale, che obbligava il mutuatario al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (sent. n. 12454/2012); clausola che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare (sent. n. 14343/2009) e così via. Casi tutti nei quali s'appalesa un autentico, profondo, ingiustificato squilibrio nell'assetto pattizio tale da richiedere un correttivo estremo. Casi tutti, eppure, obiettivamente meno rilevanti sul piano sinallagmatico ed etico di quello qui in esame.

al giudice un eccezionale potere demolitivo del costruito negoziale, in aperta deroga al requisito di legge privata sancito dall'art. 1372: la potestà di censurare il contratto non per cause di invalidità o di risoluzione che già trovano precisa declinazione punitiva nel diritto positivo (nullità, annullabilità, rescissione per lesione, risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, etc.) bensì in ragione di uno squilibrio prestazionale abnorme, tale da incidere sulla reale configurabilità di un *do ut des* e da rendere per ciò solo immeritevole di tutela una determinata tipologia di accordo non tipizzata.

Proprio l'eccezionalità della misura non ne preclude un impiego parcellizzato, che investa cioè non già l'intero negozio stipulato bensì una parte di esso (come precisamente accaduto, nel caso risolto dalla Cassazione citato in nota 37, con le note clausole *claims made* inserite in alcune tipologie di contratti assicurativi). Ne consegue che i vari distinguo sopra menzionati ben potrebbero contribuire a delimitare il perimetro di credibilità dei dati personali *a contrariis*, ossia precludendo *ab origine* il diritto del social di sfruttare per fini lucrativi dati personali che afferiscano a situazioni di così profonda intimità e di così grave peso umano da renderne inconcepibilmente abnorme un impiego commerciale. Per tale "porzione", pertanto, il contratto rete-utente diverrebbe immeritevole di tutela con ogni conseguenza del caso.

Il perimetro quindi si delimita non a motivo della natura sensibile o meno del dato come individuato dall'art. 9 del GDPR ma in ragione della "qualità umana" del dato. Il principio con cui equamente e razionalmente restringere il campo dovrebbe quindi operare un costante confronto – che una vera intelligenza artificiale ben addestrata non faticherebbe in tempi brevi ad apprendere – fra la portata mercantile dell'informazione (acquisti, gusti, preferenze, beni, servizi) e la sua reimpiegabilità commerciale, portando ad escludere quest'ultima là dove il dato fornito sia per sua natura incompatibile con la disponibilità dell'interessato, a sua volta degna di superiore rispetto, a ricevere "consigli per gli acquisti".

Sulla scia di questa apertura ermeneutica, diverrebbe altresì possibile raccordare la normativa civilistica di base con gli effetti della disciplina settoriale. E, in effetti, la revoca del consenso di trattamento di dati "fuori perimetro" non determinerebbe l'automatico venire meno del contratto rete-utente, proprio perché quei dati non sarebbero oggetto di cessione, non concorrerebbero a "formare il corrispettivo" del servizio, non entrerebbero nel, dunque non inciderebbero sul, sinallagma negoziale.

7. Terza prospettiva: inseguendo i rimedi

Giungiamo così alla terza ed ultima prospettiva di indagine, volta ad individuare gli strumenti correttivi, già rinvenibili nell'ordinamento, per rimediare a squilibri negoziali insiti (o sopravvenuti) nel contratto rete-utente quando non a veri e propri abusi o inadempimenti.

Anche nelle più nobilmente elevate – ma come si è dianzi dimostrato economicamente e normativamente contraddette (*supra*, § 3) – letture che escludono la commerciabilità del dato, la valorizzazione del medesimo non sembra essere posta in discussione. Ed è questo, forse, il primo e principale *social dilemma* da tentar di sciogliere.

È indubbio, considerando i margini di profitto realizzati dai social, che il volume dei ricavi ecceda di gran lunga i costi. Alcuni recenti dati sembrano confermarlo. La sola Facebook³⁸ nel primo trimestre 2021 ha realizzato ricavi per 16 dollari mensili per ciascuno dei suoi utenti statunitensi e canadesi. Si tratta chiaramente di una media, utile per comprendere la magnitudo del fenomeno, ma insufficiente a costituire un efficiente criterio di valorizzazione. Va da sé che la redditività dell'utente che abbia un'intensa attività sul piano sia quantitativo (numero di dati immessi tramite post o like) sia qualitativo (in termini di livello di rivendibilità sul mercato pubblicitario) e quella dell'utente quasi o pressoché assente, ovvero produttore di contenuti meramente discorsivi quando non prettamente polemici, non possano essere equiparate. Non si può insomma premiare egualmente i maggiori e migliori e i minori e peggiori “produttori di dati”. Dunque, occorrerebbe stabilire criteri proporzionali ai benefici ritratti dal social. Ma, prima ancora, che cosa intendiamo per “premiare”

³⁸ Il dato è ricavabile dal sito di analisi statistica chartr.co. L'analisi relativa al primo trimestre 2021 evidenzia un introito pubblicitario di 48 dollari per ciascun utente americano e canadese, dunque una media *mensile* di 16 dollari per utente. L'incasso complessivo del periodo considerato è pari a 26 miliardi di dollari. La notizia è reperibile al link <https://www.chartr.co/newsletters/2021/4/30/facebook-is-not-dead>, corredata da un interessante grafico ed un'eloquente annotazione. Il grafico dimostra una ascesa impressionante degli introiti pubblicitari. La raccolta pro capite, nello stesso mercato e nel primo trimestre 2017 era pari a 17 dollari, ossia 5,66 mensili per utente: ciò significa che, nel volgere di soli quattro anni, il ricavo pubblicitario è pressoché triplicato. L'eloquente annotazione, in quanto tale, parla per l'appunto da sola: “*Reports of Facebook's death...Have been greatly exaggerated. The kids might think Facebook is dead, but they obviously didn't read the report in which Facebook reported \$26bn of revenue in a single quarter. Indeed, Facebook has gotten so good at targeted advertising that in the first 3 months of this year it has raked in more than \$48 per user (US & Canada). That works out to about \$16 a month for Facebook – more than what many streaming services charge – and it goes without saying but we're going to say it anyway: Facebook doesn't pay a dime for any of the content you see in between those ads*”. Nulla da aggiungere.

e per “stabilire criteri”? Dove riposa nell’ordinamento un siffatto criterio etero-integrativo del contratto?

La domanda è tanto complessa quanto ovvia: se il dato è valorizzabile, o la valorizzazione rimane una semplice affermazione astratta (e allora perché financo enunciarla?) oppure necessariamente deve avere una ricaduta sul *pricing* del sinallagma contrattuale.

La non facile risposta potrebbe risiedere vuoi nella possibilità di riqualificazione del contratto vuoi nel più generale principio di equità che promana dalla disciplina civilistica del contratto.

Sotto il primo profilo, una evidente sproporzione fra il flusso quanti-qualitativo dei dati, il costo di gestione della piattaforma e il ritorno economico per la rete potrebbe non infondatamente condurre ad una rilettura del rapporto in termini diversi dalla commutatività che gli è propria, trasformandosi in un contratto sostanzialmente gratuito: ma per il social! Non vogliamo ancora dire – ma il terreno resta da esplorare, anche sotto il profilo delle eventuali ricadute fiscali – che siffatta sproporzione possa condurre a riqualificare il contratto alla stregua di donazione: così molto valgono quei dati e così basso è il costo pro-capite di gestione, che in realtà l’utente “paga” molto più di quanto la rete gli renda, sicché nei fatti egli non trasferisce dati in corrispettivo di un servizio bensì ne effettua una elargizione sostanzialmente gratuita per il social. Una prospettiva arditata ma, se letta in profondità, non così peregrina.

Sotto il secondo profilo, l’ordinamento trabocca di norme che, pur in contesti anche molto diversi, mirano a ristabilire un’equità economica ove il rapporto, *ab origine* o *in itinere*, risulti obiettivamente squilibrato. A cominciare dallo stesso art. 1322 c.c., di per sé impiegabile per restringere il perimetro dei dati cedibili, ma, in ossequio alla lettura della Cassazione dianzi evocata (cfr. nota 37), estensibile anche ad una valutazione di meritevolezza di un rapporto fondato su un pesante squilibrio economico (quantunque l’uso di tale strumento debba qui essere misurato e parsimonioso onde prevenire l’effetto demolitivo che normalmente lo connota).

Altre norme, tuttavia, confermano in termini ancor più espliciti il ruolo integrativo dell’equità.

A disposizioni di portata ampia e generale (come il principio di integrazione del contratto di cui all’art. 1374 che obbliga le parti, ad li là dello stretto stipulato, a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità; l’art. 1384 in punto di riduzione della penale; l’art. 1447 che, in una fattispecie estrema quale il contratto concluso in istato di pericolo a condizioni inique, consente al giudice, nel pronunciare la rescissione, di assegnare un equo compenso all’altra parte

per l'opera prestata, ancorché questa non abbia offerto, ai sensi dell'art. 1450, di modificare il contratto per ricondurlo ad equità; i rimedi equitativi volti a prevenire la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467; la determinazione del lucro cessante valutata dal giudice con equo apprezzamento secondo l'art. 2056) s'accompagnano previsioni più specifiche e circostanziate. Come, ad esempio, l'equo compenso che, in base all'art. 1526, va riconosciuto al venditore rateale in caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento del compratore, al quale il primo abbia dovuto restituire il riscosso; in materia di appalti, l'art. 1460, che consente al committente di recedere in caso di variazioni di notevole entità, previa corresponsione di un equo indennizzo o, nel caso opposto regolato dall'art. 1664 (difficoltà di esecuzione che rendano notevolmente più onerosa la prestazione), il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso; la misura della provvigione o dello star del credere dell'agente (artt. 1733 e 1736) o del mediatore (art. 1755) che, in assenza di pattuizioni o usi, è fissata dal giudice secondo equità; la prestazione del socio d'opera che, se non espressa nel contratto sociale, è determinata dal giudice secondo equità (art. 2263 e 2500-quater).

Insomma, il principio di equità percorre l'intero ordinamento dei rapporti contrattuali ponendosi, a seconda dei casi, o come integratore di pattuizioni mancanti o come risolutore di squilibri sinallagmatici. Pur dovendosi pacificamente escludere l'applicazione al contratto rete-utente di disposizioni specifiche, quali, ad esempio, la rescissione per lesione o per eccessiva onerosità sopravvenuta obiettivamente non adattabili, in condizioni di normalità, al contratto rete-utente, restano tuttavia spazi per un'eterointegrazione attraverso la regola equitativa. In tal senso, proprio il principio generale di cui al cit. art. 1374, in combinato disposto con l'art. 1322 c.c., potrebbe portare al riequilibrio di quei contratti rete-utente dove la sproporzione fra il ricavo del social e la contribuzione di dati da parte dell'utente revochi obiettivamente in dubbio l'equità della pattuizione.

Del resto, a ben vedere, l'attività degli *influencer* consiste né più né meno che in una *réclame* di prodotti. In tal caso sono le aziende produttrici a ingaggiarli e a remunerare i loro post, ma il principio resta valido, con ogni debita proporzione, anche per i singoli utenti che, cedendo i loro dati, concorrono a formare ricchezza a favore dei social e che di quella ricchezza non partecipano né ricevono alcunché, malgrado la loro centralità e insostituibilità in tale processo di creazione di valore.

Sotto altro profilo la normativa in materia di diritto d'autore offre spunti non meno utili nel rintracciamento di un criterio di valorizzazione dei dati personali, specie quando i medesimi siano riconducibili a post a contenuto

autoriale (fotografie non banali, brani di prosa o di poesia elaborati dall'autore, performance musicali dello stesso e simili). Viene in mente per primo l'art. 2579 c.c., che riconosce il diritto ad un equo compenso ad attori o interpreti di opere o composizioni drammatiche o letterarie, e agli artisti esecutori di opere o composizioni musicali, anche se si tratti di opere o composizioni in dominio pubblico, nei confronti di chiunque diffonda o trasmetta per radio, telefono od altro apparecchio equivalente, ovvero incida, registri o comunque riproduca su dischi fonografici, pellicola cinematografica od altro apparecchio equivalente la suddetta recitazione, rappresentazione od esecuzione. Ancor più pregnanti le norme della legge speciale L. 633/1941, in particolare gli artt. 46-*bis* (per gli autori opere cinematografiche), 73-*bis* (per interpreti ed esecutori di fonogrammi), 84 (artisti ed esecutori in genere), 88 (per i fotografi), 98 (per i ritrattisti), casi tutti nei quali la riproduzione o la diffusione con ogni mezzo richiede il riconoscimento di un equo compenso all'autore. Non potrebbe lo stesso principio trovare applicazione qualora, grazie alla diffusione operata dall'autore attraverso il post, il social acquisisca elementi utili per la profilazione dell'autore stesso o dei suoi *follower* e con questa realizzi ricavi pubblicitari? Anche se il percorso lucrativo è, per così, indiretto (l'autore posta, i *follower* mettono *like*, le profilazioni s'arricchiscono e con esse i ritorni pubblicitari del social), la regola dell'equo compenso dovrebbe anche in simili casi trovare applicazione.

L'applicazione, diretta o analogica, delle norme menzionate porterebbe al duplice beneficio di conservare i contratti in essere e futuri, dunque tornare a vantaggio della stessa rete e, nel contempo, non obbligare l'utente alla soluzione estrema del recesso (chiusura del profilo) ma neppure di imporgli, non disponendo egli di altra alternativa che non sia quella appena menzionata, una sostanziale e perenne condizione di sudditanza gratuita nei confronti del social.

Una seconda formula rimediale, sempre sul piano della valorizzazione del dato e della correzione di un sinallagma squilibrato, potrebbe invece ricondursi al processo di formazione del consenso.

Le pronunce dei giudici amministrativi che hanno ispirato questo scritto non arrecano un vantaggio diretto all'utente limitandosi a sanzionare la piattaforma, ma contengono una statuizione suscettibile di rimbalzo sul piano civilistico. Esse qualificano come pratica commerciale scorretta la reclamizzazione del servizio come gratuito, quando tale non è in ragione della prestazione di dati che costituisce condizione della fruizione. Sul piano civilistico sarebbero invocabili fattispecie normative di varia portata, dall'ampio, versatile e già menzionato principio di buona fede esecutiva (art. 1375 c.c.) sino a norme con spettro applicativo più specifico, come il dolo

determinante³⁹ o il dolo incidente⁴⁰ ex artt. 1439 e 1440. Fattispecie basate sul fatto che il *claim* ingannevole possa aver alterato la libera formazione del consenso. In tutti questi casi il rimedio consisterebbe essenzialmente in un risarcimento del danno, nuovamente applicabile solo per via giudiziaria ma ispirato a quel meccanismo di riequilibrio della prestazione attraverso una condivisione della quota di ricavi proporzionata alla contribuzione in concreto arrecata dalla cessione dei dati.

E, si noti, non si tratterebbe di un risarcimento per il passato bensì di un ristoro destinato ad applicarsi permanentemente per l'intera durata del rapporto fra rete e utente, proprio in ragione della peculiare costruzione del sinallagma che, in assenza di una statuizione anche *pro futuro*, comporterebbe un costante ripetersi del pregiudizio per effetto del perdurare della condizione di disequilibrio. Per questa via si perverrebbe, in maniera indiretta ma non meno efficace, alla ricostituzione di un'equità sinallagmatica.

Va da sé che la via maestra dovrebbe consistere in una revisione dell'impianto negoziale operata da un intervento legislativo mirato, il quale tuttavia troverebbe già la strada spianata nel momento in cui una prima applicazione giurisprudenziale di questi rimedi additasse chiaramente e inequivocabilmente il corretto percorso.

Siffatta applicazione, in assenza di uno spontaneo ripensamento – realisticamente poco probabile – da parte dei social della loro politica commerciale, non potrebbe che trovar sbocco in un'azione condotta attraverso lo strumento dell'azione di classe. Non può infatti sottacersi un dato intuitivo: solo un'azione plurima potrebbe sortire un qualche sensibile effetto, data la manifesta sproporzione fra l'entità del fenomeno generale e la minimale incidenza della posizione del singolo utente.

Discorso diverso può invece valere per i casi in cui, nella condotta del social, sia rintracciabile un inadempimento del contratto o un illecito extracontrattuale. E qui tornano in gioco le due principali casistiche dianzi enunciate: lo sfruttamento del dato ipersensibile, quello legato alla più profonda intimità della persona e fuoriuscente dal perimetro di cedibilità e l'utilizzazione

³⁹ Che non necessariamente porterebbe al risultato estremo dell'annullamento: “*Il contraente, il cui consenso risulti viziato da dolo, può richiedere il risarcimento del danno conseguente all'illecito della controparte, lesivo della libertà negoziale, sulla base della generalissima previsione in tema di responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., anche senza proporre contemporaneamente domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 cod. civ.*” (Cass. 19 settembre 2006, n. 20260).

⁴⁰ Quest'ultimo meno probabile, in quanto all'utente tratto in errore dal *claim* non sarebbe stata data altra alternativa che la risoluzione per dolo determinante né avrebbe avuto titolo per negoziare condizioni diverse.

di dati di persone (utenti o no) comunicati da terzi che ne siano venuti a conoscenza in via privata e riservata da parte del titolare del dato.

Nel primo caso, si passerebbe attraverso un doppio scrutinio: dapprima la riconducibilità del dato al di fuori del perimetro del cedibile attraverso il ricorso all'art. 1322 c.c. con connessa (ma a quel punto pressoché automatica) declaratoria di inadempimento avendo il social utilizzato un dato oggettivamente non sfruttabile e "fuori contratto"; quindi, in assenza di una richiesta di risoluzione che determinerebbe il venir meno dell'intero contratto, l'accertamento del danno conseguente all'impiego illegittimo di quel dato. Il profilo risarcitorio riacquista piena centralità e la valorizzazione del dato prescinde, qui, da quel fine di riequilibrio sinallagmatico dianzi esaminato e proteso a restituire equità allo scambio. Si tratta di un pregiudizio causato da un uso illegittimo del dato, per cui la misura del risarcimento non potrebbe più informarsi al principio della partecipazione proporzionale dell'utente ai ricavi del social. Tale misura potrebbe essere anche particolarmente significativa per quanto, nuovamente e necessariamente, stimabile e calibrabile primariamente in termini di equità.

Il tema si fa molto più complesso nel secondo caso, riconducibile alla categoria del "traffico dei dati": una persona trasferisce, al di fuori del circuito social e riservatamente, un dato ad un utente, il quale, violando il patto di riservatezza, ne fa oggetto di un post e la rete lo riutilizza per fini di invio pubblicitario, diretto o ad opera di terzi, al titolare del dato. Le conseguenze mutano a seconda che quest'ultimo sia o meno utente del social.

Nella prima ipotesi, la scaturigine della violazione è indubbiamente riconducibile all'utente che ha illecitamente diffuso il dato, mentre la responsabilità del social non discende in modo automatico. Nel momento in cui il titolare del dato violato ne chieda la rimozione alla rete e la sua eliminazione dal processo di profilazione, il social potrebbe non infondatamente obiettare l'assenza di prova della pubblicazione illecita del dato da parte dell'altro utente. Acclarata tuttavia la circostanza, la rete dovrebbe procedere alla rimozione del dato e a modificare il processo di profilazione, astenendosi dal successivo sfruttamento: solo in questo caso, ove il social omettesse le azioni descritte, ne risponderebbe in termini risarcitori, ovviamente salva e impregiudicata la sua facoltà di rivalersi nei confronti dell'utente che abbia diffuso i dati dell'altro contro la volontà di quest'ultimo.

Nella seconda ipotesi (titolare del dato non utente del social), la responsabilità della rete sarebbe invece più che evidente e ricadrebbe in una classica ipotesi di illecito aquiliano (art. 2043), per la buona ragione che il titolare non è membro del social, il che mina in radice la profilazione che il secondo possa aver effettuato del primo e l'invio pubblicitario che

ne sia conseguito (invio che ben potrebbe aver luogo attraverso canali diversi dalla rete, tipicamente a mezzo e-mail) in assenza, appunto, di un contratto rete-utente e, prima ancora, in assenza di un consenso rilasciato a fini privacy. Il risarcimento del danno, in questo caso, potrebbe essere teoricamente illimitato in funzione della tipologia e qualità del dato: altro è la fotografia della persona in un decoroso contesto sociale con in mano un calice di spumante, altro è la comunicazione dell'orientamento sessuale della persona. Mentre nella prima ipotesi il risarcimento potrebbe circoscriversi ad una partecipazione del profitto realizzato dalla rete (pari anche all'intera misura dello stesso, dunque una sorta di "valorizzazione punitiva" del dato utilizzato illecitamente in assenza di un contratto), nella seconda ipotesi, la sensibilità del dato illecitamente utilizzato dal social ne aggrava il livello di responsabilità con conseguente incremento di danni ulteriori, materiali e morali, che esulano dallo sfruttamento lucrativo traducendosi in violazioni di altri diritti fondamentali della persona, soprattutto nel momento in cui lo sfruttamento abbia avuto luogo a beneficio di una schiera più o meno vasta di terzi inserzionisti che, in assenza del traffico illecito del dato, con ogni probabilità non ne sarebbero venuti a conoscenza.

Si noti che, nelle fattispecie da ultimo ipotizzate, difettando a monte ogni consenso contrattuale o per fini privacy, la responsabilità del social è diretta e non superabile in via presuntiva o invocando un'improbabile buona fede. Il social non può presumere che la presenza del Signor X (non utente) nella foto postata dalla Signora Y (utente) equivalga a consenso del primo allo sfruttamento pubblicitario del dato di X che quella foto esprima (ad esempio la condivisione di un dato cibo in un contesto conviviale) perché i consensi, contrattuale e privacy, non ammettono manifestazioni implicite⁴¹.

La stessa ipotesi ricorre nel caso di traffico di dati ceduti all'insaputa dell'utente o contro la sua esplicita volontà. Ci rechiamo in un dato hotel, rilasciamo il consenso per il trattamento dei dati a fini di legge e amministrativi, ma lo neghiamo espressamente per attività di marketing dell'hotel stesso o da parte di terzi. Poco dopo il soggiorno riceviamo réclame di hotel analoghi o collocati nella stessa area geo-turistica. In tutta evidenza, in questo caso,

⁴¹ Stiamo sempre discutendo, s'intende, di impieghi del dato a scopo promozionale o lucrativo. Va da sé che se il relatore di un convegno viene fotografato e la sua immagine in quel contesto finisce su un social, non vi sarà violazione di sorta né il relatore, avendo partecipato ad un evento pubblico, potrà impedirne la divulgazione, mentre potrà opporsi a che il social sfrutti l'informazione ritraibile da quella fotografia (sia essa o meno pertinente al tema dell'intervento o ad altre informazioni ricavabili dall'immagine: il tipo di abito, un orologio, una borsa, un altro accessorio o le fattezze fisiche o estetiche della persona, ad esempio) per una profilazione a fini di sfruttamento pubblicitario.



si è realizzato un traffico di dati illecito, in breve l'hotel ha "venduto" i nostri dati a terzi, siano essi inserzionisti o social. Per simili eventi v'è chi ha proposto una modifica del GDPR che sanziona la violazione accordando un beneficio economico al proprietario del dato che abbia poi usufruito della struttura resasi illecitamente "acquirente" dei suoi dati, ad esempio in forma di sconto⁴². Una soluzione decisamente originale, intellettualmente provocatoria, di certo espressiva di quel principio di valorizzazione del dato sopra menzionato. Senonché, tralasciando ogni perplessità sul GDPR come sede idonea ad accogliere una siffatta modifica, in simili casi ricorre propriamente una violazione che merita un ristoro economico maggiore nei termini sin qui ipotizzati: ristoro necessariamente dissuasivo onde scongiurare il rischio che il traffico illecito di dati si legittimi grazie a un minimo prezzo che, in definitiva, finirebbe con l'essere riversato sull'utenza. Con che la faticosamente ricostruita equità si dissolverebbe, fagocitata da un sistema che si sentirebbe, come già in parte si sente, nel pieno diritto di appropriarsi dei dati di chiunque, in qualunque forma, con qualunque mezzo: lecito o illecito, a quel punto, non farebbe più differenza.

8. Guadagni concettuali e vie da esplorare: idee per proseguire il dibattito

Ignoriamo se queste modeste proposte di risposta abbiano o meno persuaso chi abbia avuto bontà e pazienza di leggerci. Senz'altro ne avranno stimolato l'interesse o anche solo una critica curiosità. Del resto, nel nostro precedente scritto, dichiaratamente e anticipatamente rinunciammo all'ambizione di fornire soluzioni certe ad un problema sin qui a mala pena solo sfiorato. Così come auspicammo, e qui torniamo ad auspicare, che queste note possano dar corso ad una più ampia riflessione.

Riteniamo, tuttavia, che il dibattito possa proseguire facendo propri alcuni minimi guadagni concettuali: la definitiva conferma della patrimonializzazione del dato personale e quindi della sua credibilità, la necessità di pervenire alla delimitazione di un perimetro di quest'ultima, la capacità del dato (al di là di ogni sofisticato distinguo nominalistico) di divenire merce di scambio e quindi di inserirsi nel sinallagma contrattuale rete-utente, la valorizzazione del dato, in quanto patrimonio economico ed economicamente "spendibile", da impiegarsi sia come chiave critica per riconoscere o meno l'equità dello scambio e la meritevolezza di tutela del negozio (e quindi, ove necessario, come strumento di riequilibrio sinallagmatico) sia

⁴² G. GHIDINI – D. MANCA – A. MASSOLO, *La civiltà digitale*, cit., p. 113.



come criterio rimediabile delle violazioni e degli usi commerciali impropri di cui il dato è spesso lucrosa preda.

Siamo anche convinti che questo nostro sforzo possa aver schiuso una nuova dimensione, la cui enunciazione potrebbe quasi esser in odore di paradosso. La realtà del mercato ci dimostra come la vera protezione patrimoniale del dato personale non risieda né possa risiedere nella normativa settoriale. Nel suo pur ampio raggio regolamentare, il GDPR non garantisce alcuna tutela del dato in quanto bene economico, tant'è che, a mille condizioni e con mille formalità, esso consente qualsiasi trattamento di qualsiasi dato e per qualsiasi fine. Nessuna però di quelle condizioni o di quelle formalità può di per sé assicurare al dato la difesa sul versante patrimoniale. L'apparente paradosso non può stupire: il mestiere del GDPR è proteggere il dato in quanto dato personale non in quanto bene commerciabile, perché è il mercato ad aver consegnato al dato (anche) questo attributo. Il mestiere qui appartiene allora alla disciplina generale del contratto.

Tracciando un persuasivo parallelo, si assiste qui a ciò cui si è assistito in materia di strumenti derivati, la cui unicità nel panorama finanziario, rappresentata dalla congenita coesistenza della funzione finanziaria e della componente contrattuale, ha fatto sì che sia stata proprio la disciplina elementare del contratto a permettere di risolvere quegli enigmi che lo strumento cela(va) in sé: come poi la giurisprudenza, sia pur lungo un difficile, accidentato percorso durato quasi tre decenni, non ha potuto non riconoscere.

La patrimonializzazione del dato, il suo innestarsi in un rapporto *do ut des*, la sua contrattualizzazione ripropone oggi lo stesso percorso. Ed è questa, nella società fatta di dati che non sono materia ma che diventano beni dematerializzati e preziosi, la via lungo la quale ogni interprete dovrebbe intraprendere il percorso di ricerca, conscio sin d'ora che sarà un percorso altrettanto complesso e accidentato ma, forse, più breve. Anche la fretta ormai si è digitalizzata.