

«GIORNATA PERFETTA». LA PATRIMONIALIZZAZIONE DEI DATI PERSONALI TRA INCONVENIENTI DELLA RETORICA ED ESIGENZE DELLA PRATICA

Di Carlo Mignone

| 49

SOMMARIO: 1. *Il consumatore digitale e la sua “giornata perfetta” (esternazione uguale disposizione).* – 2. *Extra-patrimonialità versus patrimonializzazione: inconvenienti della retorica ed esigenze della pratica.* – 3. *L’ordinamento si serve della patrimonialità per istituire il mercato o il mercato si serve della patrimonialità per emanciparsi dall’ordinamento?* – 4. *Ostacoli procedurali (sludge) e legittimità dello scambio ‘dati contro servizio’.* – 5. *Scambi manipolati, scambi inconsapevoli, scambi inesistenti: dentro e oltre l’ipotesi patrimonialistica.* – 6. *Un tentativo di ripristinare il consenso effettivo (il caso Meta Platforms).* – 7. *Alcune domande, un po’ meno che retoriche, ai ‘patrimonialisti’ e ai loro oppositori.*

ABSTRACT. *L’esistenza del consumatore digitale è costellata di una miriade di “consensi” ai quali non corrisponde una partecipazione effettiva. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto la natura contrattuale e onerosa degli scambi ‘dati contro servizio’, presentandola come frutto del recepimento di quel processo di patrimonializzazione – caratteristico dei mercati digitali – che «avviene inconsapevolmente». Alcune voci sostengono che tale processo non meriti la benedizione dell’ordinamento, sul presupposto che mai un diritto fondamentale della persona – qual è quello alla protezione dei dati personali – può essere ridotto a oggetto di una transazione economica, quand’anche l’interessato vi abbia volontariamente preso parte. Chi invece alle logiche patrimoniali non fa nulla per opporsi, reputa più corretto, e in fondo anche più utile, applicare al patrimonio informativo della persona il modello di controllo invalso nel consumo di massa. È da tale angolo prospettico che il saggio guarda al problema del «come» si forma lo scambio “dati contro servizio”, interrogandosi sul valore pratico-applicativo tanto della declamata ‘extra-patrimonialità’ dei dati personali quanto dell’opposta retorica della patrimonializzazione.*

The existence of the digital consumer is constellated with a myriad of “consents” to which effective participation does not correspond. Even jurisprudence has recognised the contractual and onerous nature of ‘data vs. service’ exchanges, presenting it as the result of the transposition of that process of capitalisation – characteristic of digital markets – that «takes place unconsciously». Some voices argue that this process does not deserve the blessing of the legal system, on the assumption that never can a fundamental right of the person – such as the right to the protection of personal data – be reduced to the object of an economic transaction, even when the person has voluntarily taken part in it. Those, on the other hand, who do nothing to oppose the patrimonial logics, consider it more correct, and in the end even more useful, to apply the control model used in mass consumerism to the information heritage of the individual. It is from this perspective angle that the essay looks at the problem of «how» the “data vs. service” exchange is formed, questioning the practical-applicative value of both the proclaimed ‘extra-patrimoniality’ of personal data and the opposite rhetoric of patrimonialisation.



1. Il consumatore digitale e la sua “giornata perfetta” (esternazione uguale disposizione)..

L’esistenza del consumatore digitale rassomiglia a una cronistoria di “consensi” ai quali non corrisponde una partecipazione effettiva, messi lì a giustificare un inventario di effetti – diretti o riflessi – molti dei quali si producono a sua insaputa, o contro il suo volere.

In futuro, sarà questa la sua «giornata perfetta»¹. Al risveglio una *app* per la cura della salute lo avvertirà della scarsa qualità del sonno o della poca accuratezza della sua igiene orale mattutina; contestualmente le informazioni saranno trasferite alla compagnia assicurativa che potrebbe aumentare il premio della polizza sanitaria. Mentre si reca al lavoro, il *software* di guida assistita lo costringerà a tragitti tortuosi che passano davanti a lunghe file di annunci pubblicitari in cambio di uno sconto sul carburante e sul pedaggio stradale. Giunto in ufficio, trascorrerà la giornata a ricevere clienti che hanno fatto richiesta per ottenere un mutuo, vagliando le più svariate informazioni che incidono sulla decisione di concedere il prestito e sul relativo tasso di interesse (età, cartelle cliniche, attitudine al rischio e perfino coefficiente di stabilità emotiva calcolato a partire da una grande mole di dati, compresi quelli desumibili dalla scansione automatizzata del linguaggio non verbale). Finalmente di rientro a casa, mentre sceglie un libro da leggere, forse si domanderà di sfuggita come fossero andate le cose prima dell’era digitale. Che caos totale doveva essere la vita, e quanto sia fortunato a essere nato con tante comodità «moderne» a portata di mano. Con un sospiro di soddisfazione si sistemerà nel suo cantuccio, aprirà l’ennesima serie di annunci pubblicitari virtuali richiesti prima della lettura, e attenderà il momento in cui potrà finalmente godere del suo libro.

Nell’era dei *social network*, di *Big Data* e delle tecnologie IoT (*Internet of Things*), la patrimonializzazione² della sfera esistenziale³ pervade ogni aspetto della vita civile, familiare ed economica⁴.

¹ C.S. FRIEDMAN, *Perfect Day*, in *Fantasy and Science Fiction*, 122, 2012 (trad. it., *Giornata perfetta*, in AA.VV., *Il futuro di vetro e altri racconti*, Milano, 2014). Non è altro che il resoconto della giornata tipo di un cittadino comune, ossessionato dalla moltitudine di *app* installate nel suo *brainware* (una sorta di *software* di realtà aumentata collegato con i centri neurali).

² Nella vastità degli studi e delle ricerche sulla tutela civile della persona, il tema della utilizzazione economica degli attributi personali è stato per lungo tempo «se non ignorato, relegato in un secondo e modesto piano»: così V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 546. Fino agli anni ‘80-90 del secolo scorso il problema affiora prevalentemente nel contesto di opere di taglio generale sui c.dd. diritti della personalità, tra le quali sembra opportuno segnalare: D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355, 403; A. DE VITA, *Art. 10*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, 609 ss. Il tema viene assumendo la sua attuale fisionomia di pari passo con l’evolversi della società dell’informazione e della comunicazione, quando si registrano, con frequenza e intensità via via crescenti, casi nei quali il nome, l’immagine e gli altri attributi immateriali della persona sono sfruttati a fini commerciali da operatori economici diversi dal titolare. Per una panoramica complessiva v. G. RESTA, *Diritti della personalità e diritti patrimoniali sull’identità della persona*, in G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2006, 176 ss. Figurine di calciatori, nomi di artisti e gruppi musicali, diritti di esclusiva sulla diffusione di avvenimenti riguardanti la sfera familiare



Immagini, preferenze, abitudini, idee, opinioni ed emozioni, quelle di tutti, anche dei semplici cittadini, sono monetizzate dagli operatori dei mercati digitali. L'identità digitale⁵ viene costruita artificialmente e, quindi, immessa nei circuiti patrimoniali di scambio⁶ per effetto della mera estrinsecazione della personalità del disponente.

(matrimoni, nascite, ecc.), contratti di pubblicità e *personality merchandising*, marchi d'impresa che riproducono il nome e l'immagine di persona, *reality shows*. È un crescendo di ipotesi che riempiono le pagine della saggistica, sollecitando ogni volta la dottrina a ridiscutere il significato pratico del dogma di indisponibilità delle situazioni esistenziali: A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 913 ss.; G. RESTA, *I diritti patrimoniali sui segni distintivi della persona: il caso dei complessi musicali*, in *Dir. inf.*, 1997, 367 ss.; L. ALBERTINI, *L'abusivo sfruttamento commerciale (in particolare come marchio) del nome e dell'immagine altrui*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 498 ss.; R. PARDOLESI e G. RESTA, *'Non sono solo figurine...': antitrust e nuove forme di proprietà intellettuale?*, in *Foro it.*, 1998, 74 ss.; ID., *Nuove trasmissioni televisive e sfruttamento economico della riservatezza: a proposito di «candid cameras» e «reality shows»*, in *Dir. inf.*, 2002, 804 ss.; A. FACHECHI, *A proposito di personality merchandising*, in *Giur. it.*, 2019, 60 ss.

³ L'uso dell'espressione «situazioni esistenziali», in luogo “diritti della personalità”, evoca una precisa scelta metodologica, che pone la persona umana alla base «di una serie aperta di situazioni esistenziali, nelle quali si concretizza la sua mutevole esigenza di promozione e tutela»: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 5 ss.

⁴ Il problema della patrimonializzazione della sfera esistenziale esce dalla nicchia degli studi sui tradizionali diritti della personalità con l'avvento dei *social network* e l'ascesa irresistibile delle tecnologie digitali. Per le coordinate essenziali dell'accesso confronto sui profili patrimoniali e non patrimoniali dei dati personali, dentro una letteratura che si è fatta in breve tempo copiosissima: F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 593 ss.; ID., *Oltre il valore economico dei dati personali, tra autonomia negoziale e gestione aziendale*, in *Annali SISDiC*, 2023, 299 ss.; P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 482 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 66 ss.; EAD., *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *Italian L. J.*, 2019, 615 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il “pagamento” mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1381 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 702 ss.; ID., *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Napoli, 2022, spec. 105 ss.; C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022, *passim*; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 701 ss. Più di recente, per i cennati sviluppi sul fronte della circolazione dei dati personali: S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, spec. 158 ss.; C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*; E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità. Riflessioni sulla fragilità del consenso e sulla patrimonializzazione dei dati personali nella società della sorveglianza digitale*, Milano, 2023, spec. 97 ss.

⁵ G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 3, 524 s., ove l'idea che il consenso al trattamento dei dati personali serve ad assicurare la sufficiente partecipazione dell'interessato ad un processo «aperto ad una pluralità di esiti e continuamente esposto all'interferenza, capillare e pervasiva, delle varie forme di potere sociale».

⁶ Una enorme mole di dati personali è oggetto di osservazione automatica (ad esempio, le informazioni registrate nei c.dd. *cookies*), oppure è derivata o dedotta da altre informazioni (tramite algoritmi di profilazione e predittivi): S. FARO e N. LETTIERI, *Big data e Internet delle cose: opportunità, rischi e nuove esigenze di tutela per gli utenti della Rete*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 286.



Non che sia svanita l'esigenza di rintracciare, almeno formalmente, un iniziale dispositivo di apertura della sfera esistenziale rispetto all'attività di trattamento dei dati; attività la quale, a sua volta, presuppone un regolamento che ne definisca lo scopo e le modalità di esercizio, in capo all'originario gestore come nei confronti di terze parti. Epperò, nei fatti, la distanza che separa 'estrinsecazione' (della personalità) da 'disposizione' (del segnato)⁷ si sta vieppiù assottigliando, sin quasi a scomparire del tutto.

Senza mezzi termini: la persona non dispone di sé nella rete. Viene semplicemente normalizzata, oggettivata dall'ambiente virtuale.

Viene istintivo domandarsi quanto ci separa dalla società di ordinario malessere che, dieci anni or sono, descriveva Celia Friedman nel suo racconto *sci-fi* carico di umorismo, ma anche punteggiato di acute riflessioni sul destino dell'uomo nell'era digitale. Un uomo convinto di vivere nell'era del benessere, quando neppure la semplice lettura di un libro è un'attività che può concedersi in santa pace.

Il tempo dirà. Intanto, non può sfuggire all'occhio attento del giurista, del civilista in particolare, come molto di quel futuro – desiderato, temuto o soltanto previsto – in realtà, sia già presente⁸. A cominciare dalla innegabile configurazione di un mercato dei dati personali.

⁷ Distanza che siamo abituati a dare per scontata sin dalle primordiali elaborazioni della scienza civilistica. È sufficiente rileggere le note di Fadda e Bensa al *Diritto delle Pandette* del Windscheid, nella parte ove si discute il problema della configurabilità di un diritto (soggettivo) sulle «posizioni concrete che la persona assume nella vita senza però uscire fuori di sé stessa» – C. FADDA e P.E. BENSA, *Diritto delle Pandette di Bernardo Windscheid. Note ai Libri I. – Del diritto in genere, II. Dei diritti in generale*, IV, Torino, 1926, 126 ss. – per imbattersi in un passo soltanto in apparenza retorico. Gli autori riprendono un saggio «molto istruttivo» di Jhering sulla violazione ingiuriosa dei diritti. La persona può essere violata «in ciò che essa è, o in ciò che essa ha». In ciò che essa è: nel suo corpo, nella sua libertà, nel suo onore. In ciò che essa ha: «ne' suoi rapporti col mondo esteriore, che non son dati coll'esistenza stessa di essa» (R. JHERING, *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XXIII, 1885, 315 ss.). Questa distinzione ha un «fondo di vero» – osservano Fadda e Bensa – ma sembra «più esatto il presentarla sotto un'altra forma»: chi offende il diritto di esplicazione offende la personalità astratta; chi attacca uno dei diritti nei quali la personalità si è concretamente estrinsecata, offende direttamente tali diritti e solo mediatamente la personalità (C. FADDA e P.E. BENSA, *op. cit.*, 127).

⁸ Oggi le ricerche scientifiche nel campo delle interfacce cervello-computer prospettano già una soggettività «ibrida», che è persona e cosa ad un tempo. Ne indaga i risvolti civilistici il contributo di F. VILEI, *Il potenziamento umano e l'equivoco dei «neuro-diritti»*, in C. PERLINGIERI e I. MARTONE (a cura di), *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile*, Napoli, 2023, 125 ss. Il fenomeno delle *smart cars* «comprende sia un futuro, oramai non più tanto lontano [...] come quello degli *autonomous vehicles* [...], sia un presente oramai consolidato che è quello dei sistemi informatici già presenti sui veicoli in circolazione»: A.C. NAZZARO, *Privacy, smart cities e smart cars*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, 328 ss. Ancora, sono realtà – non finzione – le polizze sanitarie che sfruttano dispositivi *wereables* in grado di monitorare le informazioni sullo stato di salute dei clienti, riconoscendo uno sconto sul premio a condizione che il cliente, in corso di rapporto, segua un apposito programma di allenamento ispirato alla vita *healthy* (per una compiuta disamina v. A. CAMEDDA, *La digitalizzazione del mercato assicurativo: il caso della Digital Health Insurance*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 573 ss.). Del pari, sono realtà gli algoritmi predittivi in grado di calcolare il costo di una polizza o di un mutuo, sfruttando i segni che gli utenti si lasciano dietro nel corso delle più varie attività della giornata. Sul punto, M. RABITTI, Cre-

È norma quella che alla protezione della sfera privata accosta la «libera circolazione» dei dati personali (art. 1 Reg. UE, 27 aprile 2016, n. 679, c.d. GDPR); è norma, ancora, quella che dispone l'applicazione della disciplina consumeristica al «caso in cui» il professionista si obbliga a fornire un contenuto o servizio digitale al consumatore e questi «*si obbliga* a fornire dati personali al professionista» (art. 135 *octies* del codice del consumo). Mentre è la realtà del mercato a conferire ai dati un valore di scambio, portando una parte della giurisprudenza ad ammettere la natura onerosa dei relativi accordi, e ciò che è ancor più notevole, a giustificarla nel solco di una patrimonializzazione⁹ del dato personale che «avviene inconsapevolmente»¹⁰.

dit scoring via machine learning e *prestito responsabile*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 184, osserva: «Tra tutti, il rischio principale è quello discriminatorio», dovuto al malfunzionamento di algoritmi che «possono dare una rappresentazione errata, quando non persino iniqua, della capacità finanziaria delle persone». Vi scorge addirittura gli «epigoni della discriminazione razziale»: M. FRANCESCA, *Sicurezza, fiducia e razionalità nei rapporti patrimoniali*, Napoli, 2022, 35, la quale avverte che, nell'odierna società dei consumi, l'esclusione «dal credito [e dalla copertura abbinata] è in sé prodromica a effetti più ampi in termini reali e sociali»; sulla «valenza essenzialmente inclusiva» dello strumento assicurativo v. altresì M. NIGRO, *Polizza vita «abbinata» a mutuo ipotecario. Considerazioni funzionali e di sistema sugli strumenti di payment protection insurance*, in *Dir. mer. ass. finanz.*, 2023, 297. Più in generale, per i rischi di esclusione sociale connessi a un uso distorto dell'IA si veda E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, 32 ss. In effetti, se tali strumenti procurano, alle imprese che li utilizzano e ai loro clienti, indubbi vantaggi in chiave di personalizzazione del rischio e, quindi, di costo dei singoli rapporti, nondimeno essi possono rivelarsi altamente invasivi per la sfera esistenziale; ciò avuto riguardo non soltanto alla tutela della *privacy*, ma anche al rispetto dei fondamentali diritti di libertà e non discriminazione (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto di spiegazione e divieto di discriminare*, in *Pers. merc.*, 2023, 638 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 235 ss.). Fenomeni di questa portata sfuggono al controllo ordinamentale se non si esce dall'equivoco di «credere che la legittimazione della scienza giuridica civilistica si consegua immunizzando l'autonomia privata dal principio di eguaglianza, identificando la tradizione categoriale liberale (prodotto storico di una società che più non esiste) con la costituzione politica del diritto civile»: così P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir.*, I tematici, 2021, I, 510.

⁹ Tale processo, ancor più del dato in sé, investe, a monte, la «rappresentazione esterna di sé stessi» che si svolge entro le architetture comunicative delle piattaforme *on-line*. Di ciò è stata data perspicua dimostrazione da parte di M. FRANCESCA, *Il grande gioco. Buon costume e buon costume stipulativo alla prova dei social network*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2022, 565, la quale spiega come le regole tecniche che strutturano, ad esempio, la moderazione dei contenuti, non servano tanto (o soltanto) ad «adattarsi a un dato assetto delle regole di responsabilità», a non infrangere cioè la sfera personale degli utenti (nella segnata prospettiva, cfr. M. D'AMBROSIO, *Social network e diritti della personalità. Considerazioni in tema di privacy e responsabilità civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, 330 ss.). Persino la quota del complessivo trattamento dei dati che è deputata a escludere le comunicazioni sociali estreme, sgradevoli o abiette, sebbene non sia avulsa dall'obiettivo di proteggere i diritti fondamentali degli utenti, risponde precipuamente all'interesse lucrativo del gestore della piattaforma. È quest'ultimo, infatti, a strutturare l'attività di moderazione in modo da istituire un luogo «virtuale trasversalmente vivibile», come tale capace di incrementare le interazioni che si svolgono al suo interno: il numero di «pensieri», immagini, reazioni (mi piace, non mi piace); insomma, il numero di «dati “freschi” introdotti dagli utenti “attivi”, buoni per essere monetizzati dal gestore della piattaforma». È su questo assetto contrattuale – conclude M. FRANCESCA, *op. loc. ult. cit.* – «che sembra concretamente destinato a infrangersi l'idillio di una supposta, e totalizzante libertà di espressione».



2. Extra-patrimonialità *versus* patrimonializzazione: inconvenienti della retorica ed esigenze della pratica.

Negare la prassi equivale a volgere le spalle alla realtà.

Eppure, finanche da parte dei regolatori si sostiene che la prassi non meriti la «benedizione dell'ordinamento»¹¹, sul presupposto che mai un diritto fondamentale della persona – qual è quello alla protezione dei dati personali – può essere ridotto a oggetto di una transazione economica, quand'anche l'interessato vi abbia volontariamente preso parte.

Senza contare l'ipocrisia di opinioni che, a parole, tolgono dal mercato alcuni valori¹² mentre di fatto sanciscono la validità dei negozi con i quali quegli stessi valori sono «raccolti» allo scopo di ricavarne profitti¹³, resta da chiedersi quale significato applicativo rivesta la declamata 'extra-patrimonialità' dei dati personali¹⁴; ed anche, da opposta angolazione, quali

¹⁰ È notevole come per C. St., 29 marzo 2021 n. 2631, in *Foro it.*, 2021, c. 325 ss., la «patrimonializzazione del dato personale [...] avviene *inconsapevolmente*». Riconosce nella patrimonializzazione un «fenomeno tipico delle nuove economie dei mercati digitali»: TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Foro amm.*, 2020, 1, 99 ss. (che ha confermato il provvedimento di AGCM, 29 novembre 2018, n. 27432, sulla correttezza del *claim* «Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre», presente nella *home page* di *Facebook*, col quale l'utente veniva indotto a credere che la fruizione del servizio fosse gratuita).

¹¹ È un passaggio del parere del Garante europeo per la protezione dei dati personali sulla proposta di direttiva n. 770 del 2019 (art. 1, par. 17, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content*, consultabile sul sito *edps.europa.eu*), col quale il Garante ha respinto la qualificabilità dei dati personali alla stregua di controprestazione (*counter-performance*), negando, per conseguenza, la stessa utilizzabilità delle categorie contrattuali con riferimento ai rapporti nei quali il professionista offre al consumatore servizi o contenuti digitali ed il consumatore, anziché corrispondere un prezzo in denaro, fornisce i propri dati personali. Con questa motivazione: «There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. One cannot monetise and subject a fundamental right to a simple commercial transaction, even if it is the individual concerned by the data who is a party to the transaction».

¹² Il Garante europeo assimila così il mercato dei dati personali a quello che tragicamente (e illecitamente) vede coinvolti gli organi umani. Critico sul punto V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 709, che la bolla come «lettura "ipocrita" del fenomeno, dal chiuso di una stanza buia». In effetti, sono posizioni comode ma insincere, condannate a venire smentite dalla realtà sociale, o nella migliore delle ipotesi a ribadire l'indisponibilità di qualcosa di cui nessuno (o quasi) vorrebbe disporre. In questa prospettiva cfr. C. ATIAS, *La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit: un utile face à face*, in *Rev. Rec. Jur.*, 1987, 477.

¹³ «[I]n tal modo, il discorso ideale (l'affermazione dei valori personali) non diverrebbe il discorso dell'applicazione reale (i rapporti di mercato continuerebbero a essere costruiti nell'indifferenza ai valori personali)»: P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 416, nota 687.

¹⁴ La non patrimonialità – chiarisce P. FEMIA, *op. loc. ult. cit.* – non deve restare il «rifugio teorico di un mondo perduto», né può costituire il «superamento idealistico di una condizione reale». Si tratta, invece, di un concetto di «teoria della pratica», da impiegare come «strumento per l'affermazione di valori personali» nell'ambito della qualificazione di fattispecie che richiedono la «cooperazione altrui attraverso la forma economica». Solo così il diritto può costruire un'«alternativa alla mercificazione»: riconoscendo che «nel sistema



le ricadute interpretative che la montante retorica della patrimonializzazione dispiega sulle tecniche di protezione della personalità umana¹⁵.

Da che sono oggetto di diritti, gli aspetti immateriali della persona (nome, immagine e dati personali) sono attratti alla circolazione dei diritti e, quindi, al mercato¹⁶. Perciò negare che essi possano entrare nel vincolo contrattuale sarebbe «anacronistico»¹⁷, di più antistorico¹⁸.

Mai la inalienabilità della sfera esistenziale si è tradotta in un divieto assoluto di circolazione economica di singoli elementi che la compongono¹⁹. Riproporre oggi un tale divieto, nell'odierno assetto ordinamentale, sortirebbe il paradossale effetto di mortificare la tutela della persona in nome di un «malinteso concetto di dignità che non può esserle opposto al fine di circoscrivere la sua libertà»²⁰.

L'ordinamento vigente non vieta, né disincentiva le attività economiche attraverso le quali si manifesta un valore costitutivo della persona; piuttosto impone che le medesime attività siano regolate in vista della necessaria «funzionalizzazione»²¹ delle situazioni patrimoniali alle situazioni esistenziali. Di qui la difficoltà insita nel compito di governare, anziché (fingere di) reprimere rapporti patrimoniali nelle cui trame si fronteggiano interessi eterogenei, ma interdipendenti: l'interesse esistenziale del disponente e, dall'altra parte, l'interesse patrimoniale del titolare del trattamento, il quale, investendo tempo e risorse nell'utilizzazione dei dati, deve poter riporre un margine di affidamento sulla stabilità dell'effetto circolatorio.

Altra e diversa questione è comprendere quanto di ciò possa piegarsi anche alle dinamiche del sinallagma, dello scambio²². Ed è qui che la portata

sociale la mercificazione è un esito non soltanto possibile, ma favorito dalla struttura stessa della comunicazione sociale tendente alla razionalità formale».

¹⁵ Sul punto cfr. F.G. VITERBO, *Freedom of contract*, cit., 593 ss.

¹⁶ Rappresenta un punto di riferimento essenziale per gli sviluppi successivi il lavoro di G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 13-133.

¹⁷ Come osserva opportunamente S. POLIDORI, *Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità*, in *Annali SISDiC*, 2020, 233.

¹⁸ L'ideologia del contratto è la medesima che sovrintende alla fondazione teorica dei diritti della personalità. Sfera privata e autonomia privata sono facce della stessa medaglia: per una dimostrazione si rinvia diffusamente a C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, spec. 25 ss.

¹⁹ Già per A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1901, 205, l'ordinamento ammette che dalla sfera esistenziale possa «distaccarsi» un *quid* – azione, atto, attività, oppure il semplice tollerare l'attività altrui – a condizione che l'attribuzione dedotta nel vincolo contrattuale sia sufficientemente determinata. Solo allora il sistema giuridico sarà in grado di riconoscere, «al momento del distacco, che quell'atto abbiamo giuridicamente il potere di obbligarci a farlo»; poiché «quel certo vincolo giuridico che pur c'è, [...] il diritto non lo costituisce sempre, per volontà dei contraenti, ma solo quando lo approva».

²⁰ Testualmente C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, cit., 87.

²¹ Nel senso chiarito da P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 74 s., 154 s.; ID., «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.

²² Da ultimo, V. CONTE, *Disinformazione digitale, fiduciarietà informativa, rimedi contrattuali*, in *Annali SISDiC*, 2023, 269, considera «definitivamente superate le perplessità di chi dubitava della configurabilità di un contratto in senso giuridico, e non soltanto economico, o la qualificazione sinallagmatica del contratto stesso». Per una panoramica sul dibattito



pratica della patrimonializzazione cade tutta all'interno del potere di autonomia, rappresentabile sia dal punto di vista effettuale che della formazione delle regole private.

Discutere di efficacia è inevitabile, trattandosi di capire quali effetti possano legittimamente attuare il c.d. principio di «libera circolazione» dei dati personali sancito dall'art. 1 GDPR.

Un'ampia convergenza di opinioni seguita ad escludere la riconducibilità al consenso di conseguenze reali traslative, che vedano l'interessato spogliarsi della protezione in ordine alle informazioni che lo riguardano²³. È questo un tratto caratterizzante il profilo dinamico delle situazioni essenziali, sin dalle primissime elaborazioni: il loro possibile coinvolgimento in rapporti irriducibili al paradigma della circolazione reale²⁴; donde alcuni limiti d'ordine operativo alla efficacia dei negozi sui diritti della personalità²⁵. Limiti che non sono affatto protesi ad escludere l'attività dispositiva sopra gli attributi immateriali della persona, bensì a circondarla di cautele consone a interessi che «attengono»²⁶ ma non appartengono alla persona²⁷. Limiti

circa la natura contrattuale ed onerosa delle operazioni che prevedono l'erogazione del servizio a fronte del consenso al trattamento dei dati cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, cit., spec. 66 ss., 88 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 701 ss.; C. IRTI, *op. cit.*, 50 ss., 61 ss.; A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, 1385 ss.

²³ Per una accurata disamina si veda F.G. VITERBO, *Freedom of contract*, cit., 605 ss.

²⁴ Ne indagava le ragioni A. RAVÀ, *op. cit.*, 205. L'obbligazione «è un rapporto giuridico molto determinato» che permette all'ordinamento di fissare le «condizioni limitatrici» per la validità di ogni «disposizione di sé fatta in questa forma»; sempre l'obbligazione non «costringe» la persona del disponente «all'azione promessa», ma solo a pagare il danno della mancata esecuzione, «ciò che è una necessità di giustizia sociale per la legittima aspettativa dell'altra parte contraente». Sul ruolo assegnato al modello di circolazione obbligatoria nella prima elaborazione dei diritti della personalità: J. KOHLER, *Das Autorrecht. Eine civilistische Abhandlung, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsegeschäft und vom Individualrecht* (Separatabdruck aus Jhering's Jahrbücher, XVII), Jena, 1880, 74.

²⁵ La civilistica italiana ancorò precocemente il dibattito sui segni evocativi dell'identità personale ai suoi pilastri moderni: a) la rilevanza del consenso dell'effigiato, invero già deducibile dal carattere personale dell'interesse; b) la rilevanza, però, anche della *socialità* che caratterizza l'individuo in quanto persona e che impedisce al singolo di esercitare un dominio assoluto sulla propria esteriorità (E. ROSMINI, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti d'autore. Trattato dei rapporti fra autori e editori, impresarii, direttori teatrali e col pubblico*, Milano, 1890, 529); c) la necessità, che ne consegue, di discernere il *contesto* nel quale l'uso dell'immagine si iscrive, di modo che la sfera esistenziale possa chiudersi a difesa della vita intima dell'individuo, ma anche doverosamente aprirsi in funzione del precipuo interesse dei consociati a conoscere e giudicare eventi, stati o comportamenti di rilievo pubblico (anche C. FADDA e P.E. BENSA, *op. cit.*, 179); d) infine, l'esigenza pratica di differenziare l'uso non autorizzato dell'immagine dall'abuso che interviene nel rapporto «fra chi ordinò il ritratto e chi lo eseguì» (in termini espliciti, tra i primi, E. PIOLA CASELLI, nota a Corte App. Torino, 3 marzo 1903, in *Foro it.*, 1903, 28, 642), giacché nella seconda ipotesi la questione involge direttamente elementi del diritto dei contratti quali la natura (ad esempio, onerosa o gratuita) del rapporto e la verosimile intenzione dei contraenti (G. PACCHIONI, *Il diritto alla propria immagine*, in *Corriere dei tribunali*, 1905, IV, 32; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1924, 35).

²⁶ C. FADDA e P.E. BENSA, *op. cit.*, 151 s., riconoscevano che i diritti «sulla parte immateriale della nostra persona» sono legati da un vincolo di «inerenza attiva» alla persona: tale vincolo può essere così «stretto» che, sebbene non faccia cessare il carattere patrimoniale, può nondimeno «influire sul contenuto del diritto». Sulla presenza di un «evidente e naturale vincolo o rapporto d'inerenza tra la persona e certe sue personalissime esplicazioni di

che, almeno inizialmente, sono intelligibili come risposte ai primi stimoli della comunicazione di massa e alle innovazioni – su tutte quelle in campo fotografico²⁸ – che rendevano possibile, tecnicamente possibile, la reificazione della persona²⁹. Il suo farsi cosa tra le cose³⁰.

La realtà odierna presenta all'interprete problemi assai diversi. A sollecitare cambiamenti epocali nell'ambito della tutela civile della persona sono la rivoluzione digitale e la iper-connessione delle relazioni sociali. Fenomeni nei quali di gran lunga prevalente sulle cose è la conoscenza; prevalente sull'appartenenza è la condivisione. Più del bene-segno o della sua esteriorizzazione, rileva l'attività contrattuale³¹ che, organizzando l'informazione in stabili strutture comunicative, conferisce al dato personale un valore suscettibile di sinallagma monetario³².

Ciò spiega perché, rispetto alle situazioni esistenziali di «ultima generazione»³³, resta forse da compiere il passo successivo. Appartiene ormai alla

attività e libertà» insistette M. FERRARA SANTAMARIA, *Persona (diritti della)*, in *Nuovo dig. it.*, 1939, XI, 914, nonché, per ampi sviluppi si veda ID., *Il rapporto di «inerenza» dei diritti della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 342 ss.

²⁷ Una compiuta ricostruzione viene da S. POLIDORI, *op. cit.*, 227.

²⁸ La genealogia dottrinale del «modernissimo» diritto sulla propria immagine viene ricostruita nel lavoro di E. FUSAR POLI, «*L'impronta esterna del nostro io*». Note intorno ai primi lineamenti del diritto sulla propria immagine, in *Italian Rev. Legal History*, 2021, 7, 377 ss. Fra i civilisti, guardano al passato per collocare il diritto all'immagine nella storia dei diritti della personalità: D. MESSINETTI, *op. cit.*, 355 ss.; A. DE VITA, *op. cit.*, 510 ss.; F.D. BUSNELLI, *Per una rilettura del «diritto delle persone» di cinquant'anni fa*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 91 ss.; G. ALPA e G. RESTA, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 3. *Le persone e la famiglia*, I. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2019, 145 ss.

²⁹ La distinzione tra persone e cose – notava sempre A. RAVÀ, *op. cit.*, 140 s. – «non riguarda la sostanza naturale di esse»; né basta chiamare un diritto «con un nome diverso» perché sia soddisfatta l'esigenza «che la persona non sia parificata alla cosa». Negare che la persona sia cosa è anzi un'affermazione «che rimane platonica», fintanto che non si traduca in «precetti di tecnica giuridica» che conferiscano al diritto «sulla persona» una «struttura tecnicamente diversa da quella del diritto sulla cosa».

³⁰ Il dualismo persona-cosa ha segnato storicamente le forme di qualificazione della personalità umana: ne ripercorre le tappe principali il noto saggio di G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 143 ss. Riconosce che la questione «è tuttavia complessa e da approfondire»: S. POLIDORI, *op. cit.*, 227. Secondo l'A., i termini 'cose' e 'diritti' – adoperati dal legislatore nell'art. 810 c.c. – sembrano «mal conciliarsi con la possibilità di assimilare le situazioni esistenziali, che fanno capo alla persona umana, ai beni suscettibili di appropriazione, godimento e disposizione»; ciò in quanto «nessuno di questi predicati investe le situazioni giuridiche che attengono alla persona in quanto tale».

³¹ La «reticolarità contrattuale» di cui parla P. FEMIA, *Tumulti contrattuali. 'Collettivo fluido' nei social media, socializzazione sinallagmatica, reticolarità, azione contrattuale comune*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza artificiale*, Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze giuridiche – Cà' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021, Padova, 2023, 125 ss.

³² Praticamente inutile trincerarsi in posizioni che negano la natura contrattuale della fattispecie, giacché «la questione da affrontare è come assicurare che i flussi informativi frutto dell'attività contrattuale non producano lesioni alla personalità di ciascun utente»: opportunamente, V. CONTE, *op. cit.*, 270.

³³ Così G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 384, prova a tradurre il passaggio «per così dire dalla metafisica alla fenomenologia», «dal fatto di essere e di presentarsi come un soggetto con



tradizione³⁴ l'insegnamento secondo cui il nucleo imprescindibile della tutela dei dati personali è costituito non dal potere di godimento su un bene – in sé suscettibile di trasferimenti ed acquisti –, bensì dal potere di *controllo* che l'interessato, titolare istituzionale del dato, esercita su di esso in quanto oggetto di attività di trattamento per specifiche finalità meritevoli³⁵. Se così è, non v'è alcuna ragione, alcuna utilità pratica nel confutare la patrimonialità del bene e, quindi, la sua astratta deducibilità all'interno di un vincolo avente natura contrattuale; tantomeno giova più di tanto chiedersi se il vincolo che lega l'interessato al gestore della piattaforma possa essere di tipo sinalagmatico oppure no, atteso che, soprattutto nell'economia digitale, l'area dello scambio è fisiologicamente contaminata da accentuati profili di cointeressenza rispetto all'attività oggetto di programmazione³⁶. Allora, passo logicamente consequenziale è semmai tradurre l'assetto di interessi divisato in categorie di effetti non comprensibili alla sola stregua delle forme con cui si programma l'attribuzione della ricchezza (efficacia reale o obbligatoria)³⁷. È vano pensare che il nostro sistema contempli un intrinseco criterio di collegamento tra patrimonialità del bene e contenuto della struttura precettiva impiegata per disciplinarne l'assetto³⁸. Più corretto è ammettere che il sistema conosce effetti i quali, pur incidendo su valori «monetizzabili», non attribuiscono diritti esclusivi su di essi; effetti che operano una predeterminazione di interessi (finalità) e regole con riguardo non alla dimensione soggettiva dei rapporti attuali tra situazioni giuridiche, ma a quella oggettiva dell'esercizio di attività³⁹. Effetti, in ultima analisi, che non trasferiscono

certe caratteristiche particolari», al «processo [...] che ha reso tali caratteristiche visibili, cioè socialmente e culturalmente rilevanti».

³⁴ S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, 521 ss.; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 588 ss.; G.B. FERRI, *Informare ed essere informati*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 608 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di controllo dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.

³⁵ Su questa linea metodologica, qui pienamente condivisa, si attesta F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 153-175, per il quale i dati personali si configurano come termine di riferimento di «situazioni soggettive plurime e distinte, secondo che si consideri la posizione dell'interessato – titolare istituzionale e organico dei dati –, ovvero la posizione riservata ai terzi qualificati in rapporto al loro interesse alla raccolta dei dati e al relativo trattamento» (opinione di recente ribadita in ID., *Oltre il valore economico dei dati personali*, cit., 307).

³⁶ Anche qui nessuno stupore, ché anzi è un tratto caratterizzante proprio dei mercati digitali la contaminazione dell'area dello 'scambio' con accentuati profili di condivisione e cointeressenza. In una vasta letteratura, si veda A. QUARTA, *Il diritto privato nell'era della sharing economy*, in M. FRANCESCA e C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2020, 239 ss.

³⁷ Distingue la cessione del dato, avente effetto traslativo, dai negozi dispositivi del bene, costitutivi di un diritto (di credito) a trattare i dati personali: V. RICCIUTO, *Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?*, in *Eur. J. Privacy L. Tech.*, 2023, 1, 7, per il quale «sono questi ultimi atti che rendono possibile la realizzazione del principio di circolazione del dato».

³⁸ Così invece G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in ID., *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 175.

³⁹ Per l'inquadramento del controllo quale «chiave esegetica che consente di guardare al profilo funzionale delle situazioni soggettive di là dagli schemi formali che siamo abituati ad utilizzare»: R. DI RAIMO, *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi*



poteri sul dato in sé preso, ma regolano l'attività di trattamento in funzione degli interessi, di natura esistenziale quanto patrimoniale, che convergono su di essa.

3. L'ordinamento si serve della patrimonialità per istituire il mercato o il mercato si serve della patrimonialità per emanciparsi dall'ordinamento?

La prospettiva funzionale è anche la sola che possa mettere un freno alla 'consumerizzazione' della tutela dei dati personali e del relativo apparato rimediabile. È sempre una deriva ermeneutica, infatti, quella che muovendo dal valore economico che il «patrimonio informativo» assume nell'economia digitale, si spinge a configurare un bene di consumo al quale applicare, casomai con qualche adattamento, le classiche tutele consumeristiche⁴⁰. Già la semplice esperienza di navigazione che ciascuno di noi fa nell'ambiente *online* – riguardata sotto questa lente – basta a instillare il dubbio che la ricerca del giusto equilibrio tra il principio di libera circolazione e quello di protezione dei dati personali possa essere deferita a tecniche puramente formali, socialmente ritualizzate, nelle quali la veste della dichiarazione tiene luogo del consenso effettivo.

Detto chiaramente, seppure per inciso: il neoformalismo e gli obblighi informativi si sono rivelati una strategia di protezione ipocrita già all'interno del tradizionale impianto consumeristico⁴¹. Proporne un'acritica trasposizione ai servizi/mercati digitali, quale rimedio più adeguato a tutelare la sfera esistenziale dell'utente, appare un'opzione recessiva se non implausibile. Nella stragrande maggioranza dei casi, l'utente ignora il contenuto e la portata delle norme tecniche che definiscono l'architettura delle piattaforme. Qui, più che in ogni altro settore o ambiente negoziale, le stesse modalità di «sottoscrizione»⁴² delle condizioni di servizio si risolvono – nella realtà dei fatti – in una serie di *click* effettuati ignorando deliberatamente il contenuto

sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività), in ID. (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Atti del convegno tenuto a Gallipoli, 9-10 maggio 2003, Napoli, 2006, 439 ss.; ma sulle difficoltà di individuare poteri di controllo tecnicamente autonomi, che consentano di assegnare al concetto un significato unitario sul piano normativo v. A GENTILI, *Il controllo del creditore sul rapporto*, *ivi*, 13 ss.

⁴⁰ Secondo TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, cit., 102, il patrimonio informativo degli utenti acquista «un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo».

⁴¹ La confluenza all'interno del procedimento degli «esiti di tutti i possibili dubbi sulla maturità del consenso», si rivela funzionale al «raffreddamento» del mercato e perciò «all'interesse degli operatori professionali, ma non sempre quello delle parti deboli»: R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 97, 151; in senso analogo, di «funzione terapeutica» del mercato discorre M. FRANCESCA, *Sicurezza, fiducia e razionalità*, cit., 118 ss.

⁴² La selezione di una casella non è assimilabile all'atto di sottoscrivere: sul punto v. i rilievi critici di A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, 211 ss.

dell'atto dispositivo⁴³. Di norma questo è ciò che fa l'utente medio, nella fretta di accedere a un servizio che non comporta alcun esborso in denaro per chi lo acquista (e ciò a prescindere dal fatto che il servizio sia stato, oppure no, falsamente prospettato come gratuito).

Non è – si badi – questione archiviabile *sic et simpliciter* come fisiologico scarto tra astratta titolarità della situazione ed effettività sociale della tutela; né si potrebbe, d'altro canto, liquidarla così, vertendosi in materia di diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 cost.⁴⁴.

Il nodo da sciogliere risale ai vertici del sistema. Un conto è sostenere che l'ordinamento si serve del «paradigma patrimonialistico» perché necessita di un «concetto-valvola»⁴⁵ che, misurando valori, istituisca il mercato quale «logica normativa dei rapporti economici»⁴⁶. Tutt'altra cosa è permettere che il mercato – così istituito – si serva a sua volta della patrimonialità per emanciparsi dall'ordinamento⁴⁷, dai suoi controlli e dai suoi principi: quelli che economici non sono, e purtuttavia restano giuridicamente vincolanti⁴⁸; ma anche da quelle stesse logiche che, nel mondo reale, valgono per i comunissimi scambi patrimoniali⁴⁹.

⁴³ È la critica al «mito del consenso», portata, in tempi non sospetti, da S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1971, 50 ss. Usa toni caustici P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, cit., 46: «Come un cagnolino, cui si chiede di dare la zampa prima di ricevere un biscotto: il padrone ha davvero il suo consenso, quando riceve la zampa? Tutto ciò in un'epoca nella quale si vive, ben altro che nel culto geloso della propria solitudine, nell'ossessione della vetrina, nell'angoscia di non essere visti, di non ricevere sciocchissimi *like*, di non avere abbastanza *followers* su qualche sito *social*».

⁴⁴ Il principio personalistico «funge per tutti da garanzia e da strumento di promozione e di emancipazione», perciò prospettare una lettura formalista equivale a capovolgere l'intero sistema costituzionale: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, cit., 67 s., 86.

⁴⁵ Scontato il riferimento a M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 361 ss., 364 s., 371 ss. Potenzialità e limiti del paradigma patrimonialistico sono stati approfonditi da D. LA ROCCA, *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, spec. 73 ss., 78 ss., 191 ss.

⁴⁶ R. MESSINETTI e G. DI LORENZO, *Ordine giuridico ed evoluzione tecnologica, a proposito del recente libro su "i dati personali nel diritto europeo"*, in *Nomos*, 2019, 3, 7, ove si dice: «è in virtù di questo collegamento che la transizione delle risorse dall'economico al giuridico viene affidata (dal diritto) al mercato; alla sua misura oggettiva costituita dalla scambiabilità».

⁴⁷ Lo spiega bene J. DE TULLIO, *Riflessioni sulla disposizione dei dati personali nei negozi di adesione a piattaforme online*, in *Tecn. dir.*, 2023, 99, quando afferma che «né l'evoluzione del comune sentire, né l'assetto *data-driven* assunto dalla moderna economia sono di per sé sufficienti a decretare quale sia la disciplina applicabile all'atto col quale l'utente aderisce a un *social network*. Lo stesso processo di 'oggettivazione' e di 'patrimonializzazione' degli attributi immateriali della persona sembra avanzare viepiù irresistibile sotto la spinta di una presunta forza emancipatoria della *lex digitalis*. Eppure, tale processo non può che trovare sempre "nell'ordinamento, nella sua unitarietà, una valutazione in termini di meritevolezza"» (la citazione è di P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 338).

⁴⁸ Il fatto che i flussi comunicativi entrino a far parte del patrimonio aziendale dell'impresa non significa che essi possano essere apprezzati unicamente nella prospettiva della redditività dell'attività economica organizzata: V. CONTE, *op. cit.*, 268 ss.

⁴⁹ La legalità costituzionale non impone la mera differenziazione tra sottosistemi valoriali eterogenei, in vista del mantenimento di «isole» non patrimoniali, con logiche proprie, che



4. Ostacoli procedurali (sludge) e legittimità dello scambio ‘dati contro servizio’.

Il punto è questo. L’attività negoziale di raccolta dei dati e di organizzazione del trattamento, imputabile al gestore predisponente, non si sottrae al controllo di legittimità⁵⁰ che deve investire tanto il *contenuto* delle regole private, quanto la loro *referibilità* all’interessato tramite il consenso⁵¹.

È qui che la retorica della patrimonializzazione rischia di oscurare questioni relevantissime che attengono alla consapevolezza, alle modalità di espressione del consenso⁵² ed alle possibilità – tecniche, materiali, prima ancora che giuridiche – della sua revisione attraverso il tempo.

Ed è qui, semmai, che la norma deve vendicare la prassi⁵³.

Due gli interrogativi. Entrambi attengono alla complessa e decisiva operazione di riconoscimento dell’assetto di interessi da parte dell’ordine giuridico, operazione per sua indole «sottratta ad ogni disponibilità dei privati»⁵⁴.

Primo interrogativo. Siamo certi che, nel nostro sistema, sia sempre possibile riferire all’interessato, sulla base di un suo assenso libero, informato e

l’oceano dell’«economico» può lambire ma non attraversare (cfr. D. GRIMM, *Autonomia e libertà – Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la commercializzazione*, in *Nomos*, 2001, spec. 9 ss.). Il disegno costituzionale impone la funzionalizzazione del mercato e delle sue istituzioni alla persona umana, dell’«avere» all’«essere», nel senso chiarito da P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 74 s., 154 s. Ne consegue che la patrimonialità non implica un giudizio meramente tecnico, ma di valore. Non è un criterio strutturale di collegamento tra fattispecie ed effetti, che precede (e prescinde da) una esaustiva qualificazione della fattispecie; ma un criterio sostanziale che assolve una funzione selettiva e ordinante alla luce dei principi di ordine pubblico costituzionale. Di grande attualità, perciò meritevoli di essere ricordate, le riflessioni di L. FERRONI, *Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e principi di ordine pubblico costituzionale*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale SISDiC., Napoli, 2006, 627 ss. La patrimonialità serve a segnalare la strumentalità del «sostegno economico» (P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit., 473 s.) rispetto ai valori esistenziali coinvolti nella fattispecie, orientando coerentemente la selezione della disciplina applicabile al rapporto.

⁵⁰ R. DI RAIMO, *Autonomia privata*, cit., 36, il quale reputa «possibile ed anzi necessario giudicare le regole di autonomia privata usando gli stessi parametri con i quali si giudicano tutte le altre regole: la legalità e la legittimità». Il procedimento di interpretazione del fatto non è «un procedimento di ricostruzione della volontà ma ha rilevanza normativa secondo l’ordinamento giuridico»: P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 495.

⁵¹ Il consenso è un criterio di referibilità dei regolamenti, sebbene non l’unico, come ha spiegato C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino-Napoli, 1992, 72 ss., spec. 76.

⁵² Questioni che rimontano al noto dibattito sugli scambi privi di accordo e sulla supposta disumanizzazione del contratto: N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss., seguito dalla replica di G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 529 ss.

⁵³ L’art. 1174 c.c. non può legittimare surrettiziamente la sostituzione del giudizio sulle forme di tutela dei beni giuridici e degli interessi protetti, fissato dall’ordinamento, con una *lex mercatoria* fondata su contratti e sentenze, perché ciò risolverebbe la legalità costituzionale in «una sorta di ordine economico coloniale» (P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, 66 ss., 83 ss.).

⁵⁴ C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 85.



specifico (art. 4, 1° co., GDPR), gli effetti di un atto col quale si «conviene» che egli manterrà il vantaggio collegato all'uso del servizio fintanto che i suoi dati personali – compresi quelli non ancora esternati – saranno resi disponibili a soggetti commerciali non definibili anticipatamente ed operanti in settori anch'essi non preindicati?

A monte, occorre prendere posizione su un punto: o si reputa che il consenso al trattamento dei dati sia libero pur dove venga posto in relazione con l'accesso a beni o servizi⁵⁵; oppure si ammette che tale libertà di scelta possa in concreto venir meno in situazioni nelle quali il diniego del consenso «costringerebbe» l'utente a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio⁵⁶, legando così il requisito di libertà del consenso a più ampie valutazioni secondo parametri di mercato (quali la posizione occupata sul mercato dal professionista, la sostituibilità del servizio e/o l'essenzialità dello stesso per l'interessato)⁵⁷.

Sciolta questa riserva, avremmo comunque un'altra alternativa: o si reputa che l'interessato sia realmente messo in condizione di comprendere e valutare *ex ante* le esatte implicazioni del vincolo, assumendo al riguardo una decisione ponderata e consapevole (ma ciò significa che non soltanto gli attributi coinvolti, ma anche contesto, finalità e modalità della profilatura commerciale debbono essere conosciute o conoscibili anticipatamente); oppure si reputa che l'atto non consenta di discernere con precisione le modalità di interferenza con la sfera esistenziale e/o contenga clausole sostanzialmente equipollenti a quelle che conferiscono all'utilizzatore ogni possibile facoltà d'uso⁵⁸ su tutti i dati personali dell'interessato (così spogliando quest'ultimo, nella sostanza, di un potere di controllo che si possa reputare normativamente sufficiente).

⁵⁵ In realtà, l'art. 7, 4° co., GDPR non esclude la libertà del consenso qualora lo stesso sia necessario per accedere a un bene o un servizio. La disposizione prevede che ai fini della valutazione sulla libertà del consenso si tenga in «massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto».

⁵⁶ Una posizione di chiusura è da ricondurre al Garante per la protezione dei dati personali, il quale con la pronuncia del 28 maggio 1997, in *Foro it.*, 1997, III, 317, ha affermato che il consenso al trattamento dei dati non può ritenersi libero qualora l'interessato al trattamento abbia dovuto fornirlo per poter ricevere un bene o usufruire di un servizio. L'orientamento è stato ripreso dal Garante in diverse decisioni, tra cui la più recente 15 gennaio 2020, doc. web n. 9256486, in *garanteprivacy.it*.

⁵⁷ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, III, 530 ss., afferma che «l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato» e che la libertà del consenso posto in relazione allo scambio con un servizio sia da valutare sulla scorta della «fungibilità» o rinunciabilità del servizio stesso per l'interessato. Su questa linea sembrano porsi le argomentazioni della giurisprudenza tedesca, nella pronuncia di *Oberlandesgericht Frankfurt a.M.*, 27 giugno 2019, Az.: 6 U 6/19, in *Tecn. dir.*, 2020, I, 361 ss., con nota di T. PERTOT, *Libertà del consenso al trattamento dei dati personali e portata del c.d. Koppelungsverbot: il punto di vista dell'OLG Frankfurt a.M.*

⁵⁸ Opportunamente, F.G. VITERBO, *Oltre il valore economico dei dati personali*, cit., 308, esclude che possa ammettersi, «sul piano giuridico, un mercato dei dati personali nel cui ambito individui, imprese, intermediari [...] traggano profitti a fronte di un uso sfrenato e incontrollato di dati, solo apparentemente legittimato da consensi e deleghe *omnibus* acquisiti dagli interessati».



Nel primo caso, *nulla quaestio*; nel secondo caso, un simulacro di consenso, per quanto ritualizzato, nulla toglie alla lesività della fattispecie⁵⁹.

Secondo interrogativo. Siamo certi che le disposizioni sull'utilizzazione dei dati personali, predisposte dal gestore del sito/piattaforma, siano riferibili alla volontà «libera» e «inequivocabile» dell'aderente (art. 4, 1° co., GDPR) anche laddove tale volontà venga desunta da comportamenti che si risolvono nel mancato rifiuto dell'atto o di taluni suoi effetti?

In rete, per accettare basta un *click*, mentre chi voglia rifiutare il trattamento è atteso da un «pantano»⁶⁰ di schermate, caselle e informative⁶¹.

Così è per il consenso all'uso dei c.dd. *cookie*: una finestra di intralcio, superabile in un istante cliccando su «accetta tutti» / «accetta e continua»; laddove all'utente che viceversa voglia rifiutare il trattamento tocca aprire la finestra “preferenze” e prendersi la briga di esprimere un consenso – a quel punto sì esplicito e specifico – per ciascuna finalità.

Tanto basterebbe, se non altro, a dubitare che sia autenticamente libero, e non piuttosto manipolato⁶² quel consenso che sulla propria strada incontra un ostacolo formale, procedimentale. Il che accade esattamente quando, dietro le mentite spoglie del sostegno alla consapevolezza delle scelte negoziali, l'informazione si frappone all'esercizio dell'autonomia prendendo forma di un impedimento, congegnato e messo lì apposta per scoraggiare, rendendole più gravose, determinate scelte della parte debole.

A ciò si aggiunge che numerosissimi siti *web* sono strutturati in modo che «Navigando sul sito l'utente acconsente ai termini d'uso e alle condizioni»; termini e condizioni, visualizzabili spesso tramite un *link* presente nel fondo della *homepage*, che possono includere disposizioni sull'utilizzo dei dati personali. Il che getta un'ombra pesantissima sul carattere di non

⁵⁹ A ciò si aggiunge che l'impiego di matrici formative automatiche – sul modello degli *smart contract* – minaccia di svuotare ancor più di significato un consenso che già da tempo è ridotto ad alibi di comodo per ammantare di legittimità, quale frutto di accordo, una massiccia attività di alienazione dell'identità personale nella *click-community*. Il tema della negoziazione automatica sulla rete meriterebbe ulteriori sviluppi. Spunti significativi, intanto, provengono dal contributo di J. DE TULLIO, *op. cit.*, 100 ss., ove ci si domanda se l'elevato coefficiente di 'automaticità' sia davvero compatibile con una matrice formativa propriamente consensuale.

⁶⁰ C.R. SUNSTEIN, *Sludge: What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, Cambridge Mass., 2021, *passim*. Il 'paternalismo liberale' (la «spinta gentile» di cui parlano R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Heaven, 2008, *passim*) che caratterizza la regolazione del mercato dei dati personali – in tema v. F. PASQUALI, *Nudging contro nudging. Big data, privacy e paternalismo*, in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Roma, 2020, 155 ss. – può facilmente degenerare in capitalismo della manipolazione di massa. È il lato oscuro del *nudging*, per il quale v. C. MCCRUDDEN e J. KING, *The Dark Side of Nudging. The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism*, in A. KEMMERER, C. MÖLLERS, M. STEINBEIS e G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016, 75 ss.

⁶¹ Per accettare basta un *click*, per rifiutare è «necessario tempo e fatica»: se ne avvede anche A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale*, cit., 706.

⁶² Sulla necessità di configurare, quale stretto corollario del diritto all'informazione, un diritto a non essere manipolato: P. FEMIA, *Tumulti contrattuali*, cit., 136 s.; V. CONTE, *Recesso ad nutum nei social, corrispettività e rilevanza della buona fede posteriore all'inadempimento*, in *Tecn. dir.*, 2021, 136 ss.

equivocità che deve connotare ogni trattamento avente la propria base giuridica nel consenso dell'interessato (art. 6, 1° co., lett. a, GDPR).

Le prassi appena riferite strutturano materialmente il processo di patrimonializzazione dei dati personali e, così facendo, rendono inevitabile traslare le relative questioni dal piano degli interessi sostantivi a quello degli interessi procedimentali⁶³. Qui determinante non è tanto la qualificazione dello schema formale attraverso cui si possa dire raggiunto l'accordo telematico, nell'ottica, ormai superata, della sua riconducibilità entro i modelli formativi tipici⁶⁴. Determinanti sono invece i principi che sovrintendono al controllo sul modo in cui è strutturata la fase dinamica⁶⁵, in funzione del grado di consenso che essa riesce ad esprimere.

È da tale angolo prospettico che, di qui in avanti, conviene guardare al problema del «come» si forma lo scambio 'dati contro servizio', lasciando che le considerazioni di carattere funzionale rifluiscono dal controllo sul contenuto a quello sulle modalità di perfezionamento.

5. Scambi manipolati, scambi inconsapevoli, scambi inesistenti: dentro e oltre l'ipotesi patrimonialistica.

Con ordine, nel nostro sistema può dirsi asseverata la bilateralità di strutture che alla proposta di una parte fanno corrispondere un comportamento omissivo (silenzio) dell'oblato il quale, anziché accettare, può limitarsi a non rifiutare⁶⁶.

E purtuttavia l'ordinamento mostra di apprestare tale criterio semplificato quando si tratta di munire di forza vincolante assetti economici sostanzial-

⁶³ Giova evidenziare come la prospettiva procedimentale sia valorizzata anche da chi ancora preferisce rigettare l'impostazione sinallagmatica del fenomeno. Così, anche per F.G. VITERBO, *Oltre il valore economico dei dati personali*, cit., 315 ss., la fornitura e il trattamento di dati personali – anziché costituire prestazione corrispettiva – «sono un procedimento, che può porsi in relazione al contratto secondo assetti negoziali variabili che non possono prescindere dalla prestazione di un consenso libero».

⁶⁴ Sul punto si registra un'ampia convergenza di opinioni: per tutti v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 85, il quale ammette: «In Rete, la scelta dell'uno o dell'altro schema normativo di riferimento non va quindi sopravvalutata e rischia, anzi, di rivelarsi operazione interpretativa affetta da un certo semplicismo nell'approccio ad un fenomeno che [...] innova dimensioni fondamentali del pensiero umano quali tempo, spazio, linguaggio».

⁶⁵ «[S]ul come si è formata la regola», aspetto che – secondo R. DI RAIMO, *Autonomia privata*, cit., 112 s. – oltre ad essere sottoposto al giudizio di legalità, ossia di mera conformità al modello legale, è altresì valutabile «in termini di legittimità, ogni qual volta si vada oltre la qualificazione formale dell'attività delle parti per guardare ai suoi presupposti e moventi sostanziali: al consenso, alla consapevolezza».

⁶⁶ È compito dell'interprete distinguere il silenzio con valore di consenso dalle figure (non riconducibili a fattispecie negoziali) che si limitano a statuire una decadenza conseguente all'omissione della dichiarazione entro il termine fissato (ad esempio l'art. 1399, 4° co., c.c., là dove la legge prevede che «nel silenzio, la ratifica si intende negata»). Una pietra miliare si rinviene nello studio di M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, spec. 336 s., il quale ha ben evidenziato l'esigenza di svincolare l'indagine sulle ipotesi specifiche di silenzio dal solo tenore letterale.

mente «unidirezionali»⁶⁷, in forza dei quali la parte inattiva non sopporta alcun sacrificio patrimoniale per effetto dell'atto (art. 1333 c.c.)⁶⁸ e, comunque, nei limiti in cui l'applicazione di tale schema formativo non possa recarle alcun pregiudizio⁶⁹.

Ben diversa sarebbe l'ipotesi del regolamento rispondente alla logica dello scambio 'dati contro servizio'. In tal caso, infatti, lo schema formativo è chiamato a esprimere la sufficiente partecipazione⁷⁰ alla struttura di un negozio che – stante l'ipotesi patrimonialistica – incide su interessi economici tanto quanto esistenziali della parte non predisponente⁷¹. Ma se così è, allora il non-rifiuto costituirebbe un criterio di riferimento inadeguato anzitutto

⁶⁷ L'espressione "obbligazioni a carico del solo proponente" viene interpretata estensivamente, comprendendovi non soltanto le obbligazioni in senso tecnico ma le attribuzioni patrimoniali in genere: M. SEGNI, *op. ult. cit.*, 393. Tra le ipotesi insuscettibili di inclusione nella fattispecie ex art. 1333 c.c., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1998, 258, aggiunge i contratti a titolo gratuito che stabiliscono a carico del beneficiario obbligazioni modali, in quanto destinate a limitare l'entità del beneficio.

⁶⁸ Il criterio di riferimento semplificato si spiega col passaggio dalla logica di «intangibilità» a quella di «protezione» delle sfere giuridiche individuali. L'applicazione del principio di intangibilità implica che un soggetto debba concorrere a formare ogni atto produttivo di effetti nella propria sfera giuridica, a prescindere dalle sue conseguenze favorevoli o sfavorevoli. Viceversa, il principio di protezione impone la partecipazione del terzo, con una propria dichiarazione di volontà, solamente agli atti che possano avere conseguenze sfavorevoli nei suoi confronti: C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 68 ss. Al riguardo, L. TAFARO, *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto*, in *Notariato*, 2008, 624, evidenzia che «l'esigenza della semplificazione del procedimento di conclusione del contratto incontra dunque il limite del principio del rispetto per le sfere patrimoniali, costituito dal carattere vantaggioso dell'effetto».

⁶⁹ L'effetto vincolante si produce soltanto con il trascorrere del tempo utile all'esercizio del potere di rifiuto; nonché, sempre a protezione della parte inattiva, si reputano applicabili al contegno omissivo le regole in tema di incapacità e vizi del volere (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 383). Aderiscono alla tesi dell'accordo a struttura leggera, tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2011, 117 (l'art. 1333 c.c. «realizza, rispetto allo schema generale, una semplificazione ancora più marcata»); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 259 s. («la vantaggiosità della promessa non ne fa presumere l'accettazione da parte di colui che tace»); C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 87, il quale puntualizza che tale schema, «oltremodo semplificato», non reca pregiudizio all'oblato, «la posizione del quale rinviene adeguata tutela nel conferimento ad essa del potere di rifiutare la proposta (si badi, non gli effetti del contratto)». Com'è noto, l'opposta tesi che configura un negozio unilaterale a rilievo bilaterale si deve a R. SACCO, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016, 221.

⁷⁰ È di G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 169 s., la constatazione che «la tutela giuridica dell'autonomia negoziale continua, sostanzialmente, ancora a fondarsi sulla partecipazione di ciascun contraente alla determinazione del regolamento contrattuale».

⁷¹ A prescindere dalla qualità – favorevole o sfavorevole – dell'effetto prodotto dal negozio, la struttura di quest'ultimo è determinata dalla sua funzione e dalla situazione iniziale degli interessi. Rileva pertanto la presenza o assenza di «un autonomo interesse giuridicamente rilevante» (P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1892, 63 s.), sì che ogni soggetto che sia portatore di un interesse giuridicamente rilevante in ordine all'effetto che un fatto produce deve partecipare alla struttura di quel fatto (ID., *Profili del diritto civile*, 3^a ed., Napoli, 1994, 88).



laddove di queste operazioni se ne affermi la natura contrattuale e il carattere di onerosità.

Le cose, per vero, non cambiano di molto a seconda che si preferisca puntare il compasso sulla disciplina oggettiva dell'attività di trattamento, oppure sulla attribuzione di un diritto sopra un bene patrimoniale in sé suscettibile di traslazione/godimento. In ogni caso, non è il titolare del sito – ipotetico autore della proposta – colui che promette senza ripromissione, bensì l'utente-cedente che sopporta un sacrificio⁷² cui corrisponde, in capo al gestore, l'acquisto di una posizione di vantaggio socialmente e giuridicamente riconosciuta come tale⁷³. D'altronde, si può anche ammettere che il dato personale riveste sì un'utilità economica, ma soltanto per il gestore del servizio⁷⁴; non si può invece cadere a piè pari nel paradosso di uno «scambio» che sarebbe tale per colui che «desidera ottenere il 'bene' dato personale» e non anche per «colui che, solo, è in grado di fornire quella 'particolare' ricchezza, patrimonialmente valutabile»⁷⁵.

Sicché ancora due sono le alternative: o si reputa che sulla rete le parti siano libere di forgiare e/o scegliere arbitrariamente lo schema formativo che preferiscono⁷⁶; oppure si reputa che sia sempre compito dell'ordinamento operare un giudizio di congruenza tra il contenuto degli interessi da realizzare e gli svariati procedimenti che possono essere predisposti per riferire il disposto assetto di interessi a una pluralità di parti⁷⁷.

Di qui in avanti si dà per condivisa la seconda ipotesi. Perciò non soltanto possibile, ma anche doveroso si mostra l'approccio esattamente rovesciato: permettere all'interessato di respingere, mediante l'apporto volitivo più semplice, tutti gli effetti non strettamente necessari all'esecuzione del servizio, riservando viceversa il mezzo formativo più defatigante per chi voglia autorizzarne alcuni. Su questo versante c'è, inutile negarlo, un problema vistosissimo di ineffettività della tutela; di scarto (patologico) tra diritto e

⁷² «[I]l consenso concesso non è gratuito: la gratuità è soltanto apparente, perché in realtà esso attribuisce all'utilizzatore il potere di gestione dei dati personali»: P. PERLINGIERI, *Privacy digitale*, cit., 484.

⁷³ Sulla patrimonialità come «ascrivibilità al patrimonio di un soggetto di un vantaggio, socialmente o giuridicamente riconosciuto come tale, e liceità della relativa negoziazione»: R. DI RAIMO, *Poteri della maggioranza, diritti individuali e modifiche statutarie nelle associazioni non riconosciute*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli, 1993, 162; su questa linea di pensiero, prima di lui, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 232 ss. e 241 s.

⁷⁴ Per il quale i dati acquistano un valore non nella loro singolarità, ma soltanto in virtù della loro possibile aggregazione: C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract*, cit., 629.

⁷⁵ «Quasi un paradosso» – osserva opportunamente V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 41 – «che trova un suo fondamento nella realtà sociale ed economica, ove si consideri che la effettiva possibilità di rifiutare o meno il consenso al trattamento o negoziarne termini e condizioni è, come si è detto, ipotesi sempre più remota, comportando tale scelta la rinuncia al bene e/o al servizio».

⁷⁶ «Il problema del "come" si forma il contratto, in Internet, non è forse poi così importante: la prassi non "chiede", in questi casi, interventi esterni, ma crea da sé le proprie regole»: A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 87, nota 138.

⁷⁷ Esclude la competenza a forgiare criteri di riferimento innominati C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 85 ss. Secondo l'A., i privati sono ammessi dall'ordinamento a esercitare «una sorta di *ius eligendi*»: a scegliere, «sia pure entro certi limiti [...] tra i vari criteri reperibili nell'esperienza normativa, quello da impiegare nel caso specifico».

prassi. Se ne avvertono la gravità e la diffusione anche solo confrontando le schermate dei siti *web* di più largo utilizzo con le linee guida del Garante *privacy* sulla predisposizione dei moduli di consenso all'uso dei *cookie* e di altri dispositivi di tracciamento⁷⁸.

Analogo discorso si può fare con riguardo al fenomeno, frequentissimo sulla rete, che vede i professionisti raccogliere i dati dagli utenti sulla base della predisposizione di caselle preimpostate (c.d. *opt-out*).

Tale procedura può essere strutturata in modo che i dati siano prelevati al momento dell'accesso al sito, lasciando così all'utente la sola possibilità di revocare il consenso successivamente, ma non anche la libertà di negarlo *ab initio*. In tale ipotesi, più che un consenso informato avremmo una sorta di «rifiuto informato». Scelta, quest'ultima, che può aver luogo dopo un rilevante lasso di tempo, verosimilmente quello necessario all'utente per sperimentare le conseguenze dell'atto sulla propria sfera informativa (ad es. dovute all'integrazione della piattaforma con siti e *app* di terzi)⁷⁹.

Nel nostro sistema si può parlare di consenso – e ancor più di consenso informato – a fronte di una dinamica formativa che precede e, perfino, che prescinde dalla conoscenza effettiva delle regole private?

Sì, certo, a condizione che del regolamento sia assicurata la previa conoscibilità (art. 1341 c.c.); ma ciò appunto non si verifica laddove le caselle preimpostate siano destinate a divenire «efficaci» prima ancora che l'utente abbia modo di visionarle.

Eccezion fatta per l'esercizio del potere di unilaterale predisposizione, di una «logica» come quella sottesa all'art. 1341 c.c. manca tutto. Difatti, la prassi delle caselle preselezionate, anche laddove sia strutturata dando all'utente la possibilità di negare il consenso in via preventiva, comunque non si limita a rendere superflua la conoscenza effettiva⁸⁰ dei termini del trattamento; di fatto la ostacola, disincentiva cioè la stessa scelta di non concedere oppure di revocare il consenso alla cessione dei dati. Questo è ciò che si verifica nella realtà, ogni volta che la procedura sia resa particolar-

⁷⁸ Delibera del Garante per la protezione dei dati personali n. 231 del 10 giugno 2021, pubblicato sulla G.U., 9 luglio 2021, n. 163.

⁷⁹ Nel provvedimento dell'AGCM, 29 novembre 2018, n. 27432, cit., si legge: «il Professionista avrebbe esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell'utilizzo di FB, verrebbero costretti a consentire a FB/terzi la raccolta e l'utilizzo, a fini commerciali, dei dati che li riguardano [...], in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati»; ed ancora: «la piattaforma di integrazione/trasmisione dati da FB a siti web/app di terzi e viceversa risultava, pertanto, automaticamente attivata con validità autorizzativa generale»; in tal senso, anche «l'utente continua [...] a fornire, inconsapevolmente, una preventiva generale abilitazione alla integrazione tra piattaforme, con la conseguente predisposizione automatica del sistema alla trasmissione dei propri dati da/a FB a/da terzi».

⁸⁰ «[S]arebbe tacciato di ipocrisia chi dicesse che qui l'informazione è veicolo di conoscenza; e basta osservare ciò che di consueto accade, nella pratica, quando un contratto per adesione è concluso, per averne conferma»: G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 65.



mente ostica e complessa da varie circostanze come omissioni informative, rimandi a *link* esterni e scarsa intuitività⁸¹.

Detto ciò, chi compra un biglietto ferroviario senza fermarsi a leggere le condizioni generali comunque ha voluto contrarre; il consenso c'è ed è valido, sul presupposto che il viaggiatore vuole gli «effetti normali»⁸² di quel contratto e, in vista di questi, accetta senza leggere. Quel minimo di consenso può essere valutato dall'ordinamento come sufficiente a impegnare il dichiarante. Ben diversa è però la situazione del cibernauta che si limita a non deselezionare caselle sulla cessione dei dati personali preimpostate dal professionista. L'ipotesi dello scambio 'dati contro servizio' mal si concilia con la possibilità che la semplice percezione sociale o personale dell'«affare» soppianti un consenso dato con piena cognizione di causa: il contenuto stesso dell'accordo esula dalla precomprensione che l'interessato possa avere in merito alla consistenza e alla portata dei relativi effetti, vuoi per la loro complessità tecnica vuoi per lo spessore degli interessi incisi. Senza dire che proprio siffatta percezione potrebbe mancare del tutto nel caso di specie, ove si ritenga che a fare difetto sia, a monte, la stessa percezione personale di *contrarre*. La cognizione cioè di stare dando vita, con la propria gestualità di navigazione, a una dinamica propriamente negoziale⁸³.

In sintesi: a prescindere dalla presenza di elementi ulteriori, tali da far pensare a un consenso coartato o manipolato, si potrebbe dubitare in generale che il mancato rifiuto di una casella preimpostata sia un valido mezzo espressivo del consenso⁸⁴.

Ora è il caso di notare che una tale valutazione di congruità – da intendersi come adeguatezza dello schema formativo al contenuto dell'assetto di interessi diviso – investe ordinariamente le più svariate operazioni. Anche quelle che non coinvolgono la sfera esistenziale, strettamente intesa, e che perciò nessuno si aspetta di sottrarre alla fredda logica dei rapporti patrimoniali. Comprese operazioni che, da ambo le parti, iniziano e finiscono col pagamento di una somma di denaro: basti dire che l'art. 15 della direttiva europea n. 2225 del 18 ottobre 2023⁸⁵, relativa ai contratti di credito ai consumatori, vieta espressamente agli intermediari di desumere da una casella

⁸¹ «Sicché, piuttosto che intraprenderla, il fruitore del servizio è portato a preferire la cessione dei propri dati al fornitore»: D.M. MATERA, *Patrimonializzazione dei dati personali e pratiche commerciali scorrette*, in *Tecn. dir.*, 2022, 178. Anche per S. THOBANI, *Diritti della personalità*, cit., 169 si potrebbe «quantomeno dubitare che il consenso sia effettivamente libero se la scelta di prestarlo si presenta come molto più agevole e meno complessa rispetto a quella di negarlo».

⁸² R. DI RAIMO, *Autonomia privata*, cit., 63: «È tuttavia assai difficile immaginare che qualcuno proponga o accetti una proposta senza avere una, sia pure superficiale o parziale, idea degli effetti del contratto che si appresta a concludere [...]. Normalmente avviene invece che si concludano contratti senza leggerne il testo semplicemente perché la volontà si forma sinteticamente su una percezione 'sociale' o personale dell'affare».

⁸³ Il contraente può trovarsi in una situazione di «*sheer ignorance*», come la definisce M.J. RADIN, *The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton, 2013, 23 ss.

⁸⁴ Corte giust., Grande sezione, 1 ottobre 2019, c. 673/17, Bundesverband c. Planet49 GmbH, in *Racc.*, 2019, ha negato che per l'uso dei *cookie* sia sufficiente una casella di spunta preselezionata.

⁸⁵ Direttiva (UE) 2023/2225 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la dir. 2008/48/CE.



preselezionata che vi sia il consenso del consumatore alla conclusione di contratti di credito o all'acquisto di servizi accessori.

Nulla infine porta a concludere che la semplice attività di navigazione nel sito possa configurare una «azione positiva inequivocabile» (art. 4, 1° co., n. 11, GDPR), in sé rivelatrice della volontà di consentire a tutte o quasi le finalità di trattamento *ivi* indicate.

Nel nostro sistema, astrattamente, si può perfezionare un accordo tramite un comportamento concludente o tramite l'inizio dell'esecuzione⁸⁶.

Del perfezionamento tramite esecuzione anticipata, anche ammesso che sia ravvisabile un impulso del proponente e una correlativa esigenza di velocizzare lo «scambio» in capo all'utente⁸⁷, difetta sicuramente il presupposto oggettivo. Manca cioè quel comportamento commissivo (*facere*) capace di ingerirsi nella altrui sfera giuridica e perciò munito di rilevanza esterna, senza il quale lo schema dell'art. 1327 c.c. si deve reputare del tutto inconfigurabile⁸⁸. Esauendosi la condotta di navigazione nella sfera dell'utente,

⁸⁶ Soltanto quest'ultima ipotesi è qualificata per presunzioni, nel senso che «è la stessa legge a darne, con norma particolare, una interpretazione tipica», tale che «almeno per quel che concerne il valore espressivo del contegno, il problema è superato in termini»: G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 110. Tuttora ineccepibile la distinzione tra comportamento concludente e inizio di esecuzione illustrata da C. FADDA e P.E. BENZA, *Note*, cit., IV, 424: «[m]entre la dichiarazione tacita è il risultato di un'argomentazione, che si fa in base alle particolari circostanze del caso concreto, la *presunta* è la conseguenza che l'ordinamento trae *a priori* dall'esistenza di uno o più fatti».

⁸⁷ In realtà così non è. I contratti che si concludono ai sensi dell'art. 1327 c.c. sono quelli che presuppongono un ordine, un incarico o un'autorizzazione, come nelle ipotesi della vendita per corrispondenza, ove la merce viene ordinata per posta e si riceve a domicilio senza una preventiva accettazione dell'oblato. All'interno di codesta area operativa, lo schema del perfezionamento senza previa accettazione sposta l'asse del controllo sulla dinamica formativa a favore di chi esegue – sul presupposto che è nel suo interesse che con l'inizio dell'esecuzione scatti subito il vincolo contrattuale e, quindi, il diritto alla controprestazione –, dando in cambio al proponente una maggiore velocità nel portare a termine l'operazione. Le cose stanno diversamente nello «scambio dati contro servizi». Qui, infatti, si vorrebbe ipotizzare un meccanismo operante contestualmente in ambedue le direzioni: esegue lo scambio il gestore del sito, all'atto stesso di mettere a disposizione i contenuti *ivi* presenti; ed esegue l'utente il quale, navigando nel sito e sin dal momento del primo accesso, esercita il diritto che gli viene attribuito e cede in cambio i suoi dati personali alla controparte (ovvero si impegna, contestualmente, a non vietarne l'utilizzazione da parte del gestore del sito). La vicenda, nei termini in cui è stata appena descritta, più che a quella sottesa al perfezionamento tramite inizio d'esecuzione somiglia al funzionamento dei distributori automatici, oppure alle vendite *on-line* di beni e servizi ove l'acquirente digita gli estremi della carta di credito per effettuare il pagamento (sostiene la tesi dell'accettazione mediante esecuzione: S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2001, 89 ss.). In nessun caso, però, l'attività di navigazione si risolve di per sé in una procedura d'acquisto corrispondente a quelle appena prospettate. Al contrario, essa si caratterizza per un «flusso di scambi, messaggi, informazioni, dati di natura immateriale» (G. PERLINGIERI, *Appunti sul contratto telematico*, Napoli, 2000, 9) insuscettibili di assimilazione ai termini di una vendita *on-line*, ed ancor più distanti dall'immagine di una moneta che il cliente inserisce dentro un distributore automatico affinché gli procuri lo *snack* esposto (cfr. A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., 205).

⁸⁸ Nel senso della necessità, anche nei contratti conclusi per via telematica, di un «comportamento concludente commissivo non equivoco e capace di ingerirsi nella sfera giuridica altrui»: G. PERLINGIERI e F. LAZZARELLI, *Formazione e conclusione del contratto telemati-*



non si può ad essa assegnare l'efficacia formativa propria di un fatto *a priori* qualificabile come espressivo della volontà di assumere l'obbligazione corrispondente. In parole povere, navigare su un sito non è un comportamento dal quale l'ordinamento possa presumere, oggettivamente, la volontà inequivocabile di (impegnarsi a) eseguire alcunché, tantomeno la volontà di assumere un'obbligazione negativa⁸⁹ consistente proprio nel sopportare (*partiti*)⁹⁰ oppure nell'astenersi dall'inibire la circolazione dei propri dati personali⁹¹.

Perciò nessuna esecuzione cui possa riconoscersi efficacia formativa *ex se*. Laddove invece si rinunci all'idea che la navigazione possa assumere il rilievo di un atto d'iniziativa in sé idoneo a tenere luogo dell'accettazione, secondo la «logica» dell'art. 1327 c.c., non resterebbe che attribuire all'attività di navigazione il valore di accettazione tacita (come accade al cinema, quando per accedere a uno spettacolo cinematografico ci si limita a consegnare alla cassiera il prezzo del biglietto). Con un particolare non da poco: che qui lo «scambio» diviene efficace già al momento del primo accesso al sito e con la semplice visione dei suoi contenuti. E ciò, a tacer d'altro, precluderebbe all'agente, in un tempo che precede la condotta concludente o che sia almeno a questa coeva, ogni possibilità di manifestare in modo espresso una volontà contraria a quella che, secondo il gestore del sito, l'ordinamento dovrebbe desumere in via di illazione.

co, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, 3ª ed., Napoli 2016, 308.

⁸⁹ Di là dalle difficoltà che si incontrano nel costruire una tale situazione – per le quali vedi *infra*, nelle note successive –, sta di fatto che lo schema dell'art. 1327 c.c. è inapplicabile a quei contratti che prevedano prestazioni di non fare, o prestazioni la cui esecuzione resti chiusa nella sfera dell'oblato: *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 117, il quale avverte che «senza questi limiti si rischierebbe di *pregiudicare ingiustamente la posizione dell'oblato*, accollandogli un contratto che egli non desidera».

⁹⁰ Ammesso che sia rigoroso, dal punto di vista concettuale, configurare come prestazione in senso tecnico quella cui è tenuto l'utente, il quale 'patisce' perché consente che altri si serva dei propri dati personali. In proposito, merita di essere ricordata l'opinione di F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 515 ss. («agisce chi si serve dei mezzi altrui, patisce chi consente che se ne serva») e la risposta polemica di L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni* (1931), Roma-Napoli, rist. 2010, 35 ss., che ripristinando il «criterio differenziale» tra rapporto reale e rapporto obbligatorio («il fare serve di mezzo al dare» significa proprio «il fare serve di mezzo al lasciar prendere») provvedeva a depurare l'obbligazione negativa da qualunque venatura psicologica («Allo stesso modo allora si potrebbe ben dire che si patisce un'attività che non si sarebbe tenuta ad osservare se l'obbligazione non esistesse. E più ancora si potrebbe dire che si patiscono i lavori forzati!»).

⁹¹ Prestazione negativa, dunque, perché consistente nel tollerare un'attività che si avrebbe titolo per inibire o un effetto che si avrebbe diritto di respingere. Giunti a tal punto, però, ce n'è anche per dubitare che sia soltanto la prassi linguistica a far supporre che codesta «inattività» indichi proprio l'oggetto di un diritto di credito ed anche, nella segnata prospettiva, differenti possibili oggetti. A ben vedere, nulla lascia intendere che detta tolleranza assuma la forma del mancato rifiuto di effetti contrattuali (quale corollario del già menzionato principio di protezione delle sfere giuridiche individuali: C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 68 ss.), e non assuma invece la forma di un'autorizzazione che si limita a incidere, in via del tutto provvisoria e perciò sempre revocabile, sulla soglia del *neminem laedere*, spostandola «dall'ordine dei parametri sociali ai vincoli fissati dal disponente nel conformare l'altrui attività entro il limite del rispetto della propria identità personale» (D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., 352).

Nuovamente: diffusa inconsapevolezza di stare dando vita a una vicenda negoziale, e nessuna possibile *protestatio*; nessun margine di tempo per impedire che una frazione sia pur minima di efficacia si produca prima che, materialmente, se ne possa arrestare il corso. Risultato quest'ultimo invero ottenibile in un solo modo: non navigando in rete.

Peccato che un tale esito smentisce vistosamente i principi tecnici sui quali si reggono la negoziabilità delle situazioni esistenziali e, in ultimo, lo stesso traffico giuridico patrimoniale.

«Quando gli interessi incisi [...] attengano alla persona [...], il soggetto titolare di tali interessi deve sempre partecipare alla struttura»⁹². Detta partecipazione costituisce il nucleo contenutistico del diritto alla protezione dei dati personali, che è potere di controllo. Ma allora, pare evidente che non ci può essere alcuna partecipazione, ed alcun controllo relativamente a effetti prodottisi prima che l'interessato abbia modo di manifestare un consenso di qualche tipo, sia pure presunto⁹³.

Di più, non c'è alcuna dichiarazione, neppure tacita, allorché l'agente non abbia modo di attribuire tempestivamente alla propria condotta un significato diverso da quello che l'ordinamento vi assegna per giustificare la natura negoziale dell'effetto: se così fosse, dovremmo dire che l'effetto circolatorio promana dal fatto in sé, a prescindere da qualunque, sia pure larvata, libertà di scelta⁹⁴, e quindi dal consenso effettivo⁹⁵.

Questi i termini della questione sotto il profilo tecnico. Lasciando (volutamente) impregiudicata la riserva di fondo: se alla mera attività di navigazione, ai gesti tipici della comunicazione tramite internet, possa oppure no essere attribuito il valore di mezzo espressivo della volontà contrattuale, alla luce del significato che tali gesti assumono nell'ambiente sociale e della funzione che gli stessi assolvono nell'ordine costituzionale, in quanto esercizio delle fondamentali libertà di comunicare, di informarsi e di intrecciare relazioni umane⁹⁶.

⁹² P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit., 566, nota 884: «sì che non vi è un “terzo danneggiato”, ma una parte che contratta (dispone di interessi che ricevono il proprio senso da valori non disponibili)».

⁹³ Dove il potere di chi agisce si inquadra nelle linee tradizionali delle norme attributive di diritti, là anche la nozione di ‘controllo’ «assume forma non autonoma» ed invece qualificabile strettamente nelle linee del medesimo rapporto, «poiché i poteri (dispositivo e di controllo) sono omogenei e confluiscono nell'unitario disegno teleologico sottostante all'attribuzione di diritti e doveri posti tra loro in relazione biunivoca»: R. DI RAIMO, *Forme di controllo*, cit., 443.

⁹⁴ Secondo A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., 213, a differenza della selezione di una casella, che «segnala un momento di manifestazione del consenso», il *browse-wrap agreement* è idoneo «a determinare la conclusione di un contratto anche nella potenziale piena inconsapevolezza dell'utilizzatore».

⁹⁵ In un sistema democratico e pluralista, l'«idea del consenso libero ed effettivo» diviene irrinunciabile «ogni qual volta si riconosca all'autonomia privata il potere di creare regole [...] sia pure attraverso atti massificati»: R. DI RAIMO, *Autonomia privata*, cit., 28 ss., 83 ss., 97 ss.

⁹⁶ Su questa linea di pensiero cfr. A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., 214 ss.



6. Un tentativo di ripristinare il consenso effettivo (il caso *Meta Platforms*).

La necessità di ripristinare un minimo di consenso effettivo è alla base della recente decisione della Corte di giustizia sul caso *Meta Platforms*⁹⁷.

La sentenza trae origine dal provvedimento del *Bundeskartellamt* (autorità federale garante della concorrenza in Germania) col quale si vietava a *Meta Platform* di subordinare, nelle condizioni generali, l'uso di *Facebook* da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento dei loro dati «off Facebook» (dati raccolti all'esterno del *social network* che includono informazioni di navigazione su siti *web* e *app* di terze parti) e di procedere, senza il consenso di detti utenti, al trattamento di tali dati sulla base delle condizioni generali allora vigenti. In risposta al ricorso di *Meta* contro questa decisione, l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land) ha sospeso il giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali circa l'interpretazione delle disposizioni del GDPR riguardo al trattamento dei dati da parte di un operatore di un *social network*.

Questi i punti salienti della decisione che investono il consenso, sotto il duplice profilo della necessità e delle modalità di manifestazione.

a) Il consenso dell'interessato è l'unica base legale del trattamento, non potendo il gestore invocare la giustificazione secondo cui il trattamento dei dati per finalità di profilazione pubblicitaria sarebbe necessario per l'esecuzione del contratto (art. 6, comma 1, lett. *b*, GDPR) o per la tutela di interessi legittimi (art. 6, comma 1, lett. *f*, GDPR). In proposito, rileva il giudice che «sebbene tale personalizzazione sia utile per l'utente, in quanto gli consente in particolare di visualizzare un contenuto in larga misura corrispondente ai suoi interessi, resta il fatto che [...] la personalizzazione dei contenuti non appare necessaria per offrire a tale utente i servizi del *social network online*», ciò in quanto «[t]ali servizi possono, eventualmente, essergli forniti sotto forma di un'*alternativa equivalente che non implichi tale personalizzazione*». Parimenti, secondo i giudici di Lussemburgo, deve essere escluso che i legittimi interessi del titolare del trattamento prevalgano sui diritti fondamentali dell'utente, atteso che «nell'ambito di siffatta ponderazione dei contrapposti diritti e interessi in gioco [...] si deve tener conto [...] delle ragionevoli aspettative dell'interessato, nonché della portata del trattamento in questione e dell'impatto di quest'ultimo su tale persona». Segnatamente, in merito alle aspettative dell'utente, la Corte osserva che «malgrado la gratuità dei servizi [...], l'utente [...] non può ragionevolmente attendersi che, senza il suo consenso, l'operatore di tale *social network* tratti i suoi dati personali a fini di personalizzazione della pubblicità»; perciò «si deve ritenere che i diritti fondamentali e gli interessi di tale utente prevalgano sull'interesse dell'operatore a tale personalizzazione della pubblicità mediante la quale egli finanzia la sua attività». Quanto poi all'impatto sulla persona, si conclude che il trattamento «è particolarmente esteso, giacché verte su dati potenzialmente illimitati», stante il controllo

⁹⁷ Corte giust., Grande Sezione, 4 luglio 2023, c. 252/21, *Meta Platforms* e a. (Condizioni generali di utilizzo di un social Network), in GUUE, 21 agosto 2023, C 296/03.



esercitato su «gran parte, se non la quasi totalità, delle attività *online*, il che può suscitare [nell'utente] la sensazione di una continua sorveglianza della sua vita privata».

b) Il mero accesso a siti e *app* che fanno riferimento a dati sensibili (come *app* di incontri, siti per incontri omosessuali, siti di partiti politici, siti relativi alla salute) e/o l'attivazione di pulsanti (“*plug-in social*” come “Mi piace”, “Condividi” o “Facebook Login” o “Account Kit”) integrati in tali siti o *app*, non permettono di desumere che detti dati personali siano stati manifestamente resi pubblici. Al contrario, gli utenti devono avere «esplicitamente acconsentito, sulla base di un'informazione espressa fornita da tale sito o da tale applicazione *prima di tale inserimento o attivazione*, a che i suddetti dati possano essere visualizzati da chiunque abbia accesso a detto sito o a detta applicazione»; sicché l'utente rende manifestamente pubblici i dati «soltanto se abbia *esplicitamente* espresso *preliminarmente*, se del caso sulla base di un'*impostazione individuale di parametri* effettuata con piena cognizione di causa, la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone».

c) Più in generale, con riferimento al trattamento dei dati diversi da quelli relativi al comportamento degli utenti all'interno del *social network* (c.dd. dati *off Facebook*), la Corte di giustizia ritiene che gli utenti «devono disporre della libertà di rifiutare individualmente, nell'ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso a operazioni particolari di trattamento di dati non necessarie all'esecuzione del contratto, senza essere per questo tenuti a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio offerto dall'operatore del *social network online*, il che implica che *a detti utenti venga proposta, se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo, un'alternativa equivalente non accompagnata da simili operazioni di trattamento di dati*».

La reazione di *Meta* non si è fatta attendere. Alla fine di ottobre del 2023, il colosso americano ha annunciato l'offerta di una versione a pagamento di *Facebook* e *Instagram* senza pubblicità; nel comunicato si afferma: «continueremo a sostenere la necessità di un Internet supportato da annunci pubblicitari, anche con la nostra nuova offerta di abbonamenti. Ma rispettiamo lo spirito e lo scopo di queste normative europee in evoluzione e ci impegniamo a rispettarle».

Difficile prevedere quanti utenti preferiranno pagare il servizio in denaro sonante, anziché continuare a usarlo “gratuitamente” (vale a dire, a costo della propria *privacy*). Non saranno molti, presumibilmente. Intanto, il solo annuncio di questa decisione ha comportato un riflesso positivo sulle azioni di *Meta*, che hanno registrato un sensibile rialzo all'apertura dei mercati.

A scampo di fraintendimenti, però, va detto che l'offerta di un servizio alternativo a pagamento – senza profilatura commerciale – non basta a sciogliere tutti i pesanti rilievi mossi dalla Corte di giustizia. Essa, infatti, non abilita certo il gestore del servizio a raccogliere e usare i dati personali degli utenti della versione “gratuita” al riparo da qualunque controllo di tipo sostanziale o procedimentale. Tale esito, chiaramente inaccettabile, comporterebbe una totale mercificazione del diritto alla protezione dei dati personali,



a quel punto degrado a interesse dei soli individui che possono permettersi di pagare (un operatore privato) al fine di godere della relativa protezione.

7. Alcune domande, un po' meno che retoriche, ai 'patrimonialisti' e ai loro oppositori.

Tirando le fila del discorso, l'abituale ritrosia ad applicare le logiche patrimonialistiche alla materia dei dati personali vacilla al cospetto della realtà, sia normativa che fattuale.

Ha ancora senso appellarsi al legislatore affinché protegga da sé stesso il consumatore che dispone dei suoi dati come di una «comune merce»⁹⁸? Forse quando il consumatore dispone di quella lo fa con maggiore avvedutezza. È utile auspicare poi (per paradosso?) l'introduzione di una disciplina ispirata al modello di controllo invalso nel consumo di massa? Di quel modello, come si è visto, mancano i presupposti, sia in termini di strutture che di funzioni. Non sarebbe più coerente proseguire – anziché sospenderla – l'opera ermeneutica di selezione delle vicende formative che porta l'interprete a stabilire quale sia il minimo di consenso impegnativo sulla rete⁹⁹? Possiamo continuare a negare la patrimonialità del dato personale, ma resta il fatto che nel nostro sistema siamo più liberi di scegliere quale sorte dare alle cose che ci appartengono e, paradossalmente, meno liberi di controllare che fine fanno le informazioni che ci riguardano.

All'opposto, chi alle logiche patrimoniali non fa nulla per opporsi, ed anzi invoca senza remore la mano visibile del diritto perché governi il mercato delle informazioni personali¹⁰⁰ – assimilandone così il funzionamento ad altri mercati, come quello energetico, finanziario o dei beni di consumo¹⁰¹ –, dovrebbe a sua volta domandarsi per quale ragione le regole che negli altri mercati ancora presidiano una parvenza di consenso dovrebbero essere a tal punto sospese in questo particolare mercato¹⁰². Perché, ad esempio, il prin-

⁹⁸ A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale*, cit., 705.

⁹⁹ Facendo uso dei criteri di affidamento ed autoreponsabilità, che devono essere ragionevolmente informati al rischio – «endemico e strutturale» – di «mancata riferibilità» della manifestazione di volontà «esternata per mezzo del terminale connesso in rete»: concettualmente rigoroso, perciò da riprendere, lo studio condotto quasi vent'anni or sono da L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Napoli, 2005, 159.

¹⁰⁰ E. GIORGINI, *Governance dei dati e Autorità amministrative indipendenti*, in M. ANGELONE e M. ZARRO (a cura di), *Diritto civile della regolazione. Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati*, Napoli, 2022, 232, la quale definisce «parziale, se non addirittura, fuorviante [...] l'impostazione che concepisce il dato personale unicamente alla stregua di un attribuito della persona».

¹⁰¹ Solo di recente iniziano ad assumere rilevanza, anche con riferimento al trattamento dei dati personali, i profili del c.d. diritto privato regolatorio: ne dà conto C. SOLINAS, *Verso la regolazione della libera circolazione dei dati personali. Il ruolo del Garante*, in M. ANGELONE e M. ZARRO, *op. cit.*, 233 ss., osservando che «la circolazione dei dati personali assume a fenomeno economico, si svolge nel contesto di dinamiche patrimoniali e secondo le logiche contrattuali dello scambio; coinvolge e contribuisce a costituire il funzionamento di nuovi mercati».

¹⁰² P. PERLINGIERI, *Privacy digitale*, cit., 482, avverte come sia «limitativo proporre la disciplina relativa ai dati, ai *big data* come autonoma, separata dal resto del sistema ordinamentale».



cipio di libera circolazione del credito deve passare per una «azione positiva chiara», con cui il consumatore fornisca «un'indicazione libera, specifica, informata e inequivocabile» del suo «assenso», che non può consistere nel «silenzio» o nella «inattività»¹⁰³ e che, perciò stesso, nessuno penserebbe seriamente di desumere dalla mera esperienza di navigazione fatta dal cliente sul sito dell'intermediario; mentre il principio di libera circolazione dei dati personali dovrebbe passare per una scelta – a conti fatti – anticonsensualistica, che muove formalmente dai medesimi criteri normativi ma poi li declina facendo di un'attività avente tutt'altri fini (la navigazione, secondo il modello *browse-wrap agreement*) o al più di un silenzio debolmente circostanziato¹⁰⁴, gli indici di un consenso equivoco, generico, influenzato quan-

¹⁰³ Così recita il considerando n. 49 della citata Direttiva n. 2225 del 2023, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che ricalca il disposto del considerando n. 32 GDPR.

¹⁰⁴ L'idea muove dall'assunto, «infondato e fuorviante», secondo cui le riferite condotte, ontologicamente prive di una intrinseca significatività, la acquisterebbero soltanto in virtù di particolari circostanze esterne al comportamento, che consentono all'interprete, «varcando per mezzo di esse questa soglia di opacità, di colmare tale lacuna»: così, in senso critico, F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Napoli, 1999, 267 s., al quale si deve il rilievo, fondamentale ai nostri fini, che le circostanze «cui fare riferimento per attribuire un significato positivo ad un contegno di per sé inespressivo» non possano essere «elementi di fatto, selezionati all'interno della c.d. fattispecie reale: vale a dire, uno o più fatti del mondo fenomenico che circonda quel dato contegno». Ed invece, dette circostanze consistono «proprio al contrario, nel richiamo di criteri di qualificazione del contegno omissivo di natura genericamente normativa, espressione cioè di una *regula iuris*, di fonte sì diversa [...] ma pur sempre preventiva» (*ivi*, 269 s.). Se ne deduce che un «silenzio circostanziato» si possa radicare unicamente nell'alveo di una pregressa relazione tra le parti, là dove una regola ponga a carico di una di esse l'onere di manifestare la propria volontà in forma espressa. Insomma, soltanto a condizione che sia ravvisabile un «dovere di parlare» o un «onere di parlare», tale per cui il silenzio di una parte possa intendersi come adesione all'altrui volontà: così, in dottrina, R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 55, nota 3; e prima di lui, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª rist., Torino, 1960, 146. A questo precisamente allude la giurisprudenza quando afferma che l'«onere di parlare» può trovare la sua fonte nella pratica invalsa tra le parti oppure, allargando il compasso, in una prassi diffusa sul piano sociale (*ex multis*, Cass., 4 dicembre 2007, n. 25290, in *Notariato*, 2008, 619 s.). Ma a tale proposito, nega recisamente l'esistenza di una prassi sociale che valga ad attribuire alla navigazione un significato formativo chiaro e condiviso: A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., 292.

All'interno delle surriferite coordinate pratico-applicative – radicate nella migliore tradizione (F. ADDIS, *op. ult. cit.*, 269) –, non si vede in che modo possa trovare collocazione lo schema del «perfezionamento mediante navigazione». Difatti, ammesso che sia consentito invocare la consuetudine come fonte di un obbligo di pronunciarsi nella materia della formazione dei contratti – e ciò sia sul piano generale (in senso ostativo, L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 380), sia, ed ancor più, quando la manifestazione di volontà è dalla legge circondata di stringenti connotazioni funzionali (il consenso al trattamento dei dati personali deve essere espressione di una volontà «libera, specifica, informata e inequivocabile», secondo il dettato dell'art. 4 GDPR) –, resta il fatto che a «colorare» il contegno negoziale deve giocoforza intervenire un «interesse di contraddire», la cui rilevanza è un tutt'uno con la possibilità materiale di far valere detto interesse. Anche per la giurisprudenza, può assurgere a manifestazione di volontà, ove concorrano «peculiari circostanze», il silenzio di «chi abbia interesse a contraddire e si trovi nella possibilità di farlo»: *ex multis*, Cass., 12 aprile 1977, n. 1367, in *Mass. Foro it.*, 1977; Cass., 15 aprile 1980, n. 2451, in *Mass. Giust. civ.*, 1980. Epperò proprio codesta possibilità sembra fare difetto in presenza di uno «scambio» che si vorrebbe produttivo di effetti senza che l'interessato abbia modo di comprendere il presunto valore negoziale della sua condotta e, eventualmente, di smentirlo in forma espressa e inequivoca. In ultima analisi, occorre che il silente sia stato nella possibilità di



do non manipolato, nella stragrande maggioranza dei casi del tutto inconsapevole, in una parola inesistente.

Perché mai, messo di fronte a questi «scambi», l'interprete, e con lui l'ordinamento, dovrebbe decidere di abdicare in favore di un «mondo autonomo»¹⁰⁵, spogliandosi così del senso normativo di quei principi di legalità, legittimità e democraticità¹⁰⁶ sui quali doverosamente poggia ogni dinamica circolatoria avente fondamento negoziale?

dissentire: una possibilità – come puntualizza C.F. GABBA, *Del silenzio nel diritto civile*, in ID., *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, 89 – che «s'intende non solo fisica, [...] ma eziandio morale, cioè piena libertà di dissenso, non contrastata in nessuna guisa [...] da chi vorrebbe prevalersi del silenzio». Così è destinata a cadere anche l'ipotetica obiezione secondo cui un modo di 'contraddire' esisterebbe sempre, ed è non accedere al sito. Difatti, considerato che buona parte dei siti *online* ricorre a questo meccanismo, e non potendo l'utente sapere in anticipo quali siano i gestori che adottano l'accettazione tramite navigazione, si arriverebbe al «paradosso» di reputare moralmente possibile (in quanto libero) il dissenso di chi, per custodire la propria *privacy*, decide di rinunciare totalmente «alle possibilità di comunicazione offerte dalla rete» (cfr. A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., 215).

¹⁰⁵ «[D]estinato ad essere disciplinato da regole proprie, che arrivano a costituire una “sovrannità concorrente a quella dello stato”»: così E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, 139.

¹⁰⁶ La *lex mercatoria* globale «importa un deficit di democrazia» e implica uno «scontro» tra «sistemi diversi» e tra «filosofie diverse»: pagine intense, ispirate alla visione del diritto come cultura, in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., I, 2.

