

## Facebook è gratis? “Mercato” dei dati personali e giudice amministrativo\*

Antonio Leo Tarasco, Michele Giaccaglia

SOMMARIO: 1. *Social network* e pratiche commerciali ingannevoli o aggressive. – 1.1. Il caso *Facebook*. – 1.2. Il caso *WhatsApp*. – 2. I dati personali: attributi della personalità *vs.* beni di scambio. – 2.1. Patrimonialità e liceità della prestazione avente ad oggetto dati personali. – 3. L'utilizzo di *Facebook* è gratuito? – 3.1. Sulla nozione di onerosità dei contratti di iscrizione ai *social network*. – 4. Dati personali e Codice del consumo. – 5. Pratiche commerciali scorrette. – 5.1. Pratiche commerciali ingannevoli. – 5.2. Pratiche commerciali aggressive. – 6. Pratiche commerciali scorrette e riparto di competenza tra Autorità indipendenti. – 7. Verso un “mercato” dei dati personali?

### 1. *Social network* e pratiche commerciali scorrette

L'acquisizione (con inganno) dei dati personali degli utenti delle piattaforme *social* e la successiva profilazione a scopi commerciali, dietro la falsa rappresentazione della completa gratuità dell'utilizzo della piattaforma, rappresenta una prassi che si ripete costantemente, qualunque sia il *social network* e la sua area di origine. A ben guardare, dietro l'apparente gratuità di utilizzo delle piattaforme di interconnessione (cd. *social networks*) si nasconde una strategia commerciale di acquisizione e successiva utilizzazione a fini di *marketing* dei dati personali degli utenti il cui volume d'affari può raggiungere finanche (come nel caso di *Facebook*) il 90% del fatturato commerciale dell'azienda.

Di qui l'interesse per la tematica che consente di riflettere criticamente su una serie di aspetti tra cui: 1) trattamento ed utilizzazione commerciale dei dati personali degli utenti dei *social network*; 2) concetto di gratuità di utilizzo di tali

\* Lo scritto è frutto di una comune riflessione sulle tematiche dei rapporti tra diritto e nuove tecnologie, condotta sia sul versante pubblicistico che civilistico. Pur nella impossibilità di distinguere in maniera netta i contributi forniti dagli Autori, si precisa, a meri fini concorsuali, che Antonio Leo Tarasco è autore dei paragrafi 1.1, 1.2, 5, 5.1, 5.2, 6, 7, mentre i paragrafi 1, 2, 2.1, 3, 3.1, 4, sono opera di Michele Giaccaglia.

piattaforme e, dunque, ampiezza della nozione di onerosità dei negozi; 3) nozione delle pratiche commerciali scorrette (tanto ingannevoli quanto aggressive)<sup>1</sup>.

### 1.1. *Il caso Facebook*

Di recente, la problematica è emersa nelle sentenze di Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 e 261<sup>2</sup>, che hanno avuto modo di esaminare fatti risalenti al 2008 quando l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di *Facebook Inc.* e *Facebook Ireland Limited* in relazione a pratiche commerciali ritenute scorrette. L'attività censurata è quella di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti, effettuata dalla società americana (con sede anche in Irlanda) senza la necessaria informativa agli utenti stessi e, per di più, con il falso messaggio della gratuità completa dell'utilizzo della piattaforma («*Facebook è gratis e lo sarà sempre*», poi mutato, a seguito di tali vicende giudiziarie, in un più piatto ed anodino «*Iscriviti. È veloce e semplice*»).

In particolare, la prima pratica (raccolta e utilizzo dei dati personali degli utenti), ritenuta “ingannevole”, consisteva nell'aver adottato, nella fase di pri-

<sup>1</sup> Un'ulteriore problematica è rappresentata dalla responsabilità della società capo-gruppo per la violazione della normativa *antitrust* integrata da società del gruppo (cd. *parental liability*) su cui si rimanda, per tutti, a F. Cannizzaro, M. Siragusa, *Selection of recent developments in EU competition law*, in *Conc. merc.*, 2013, 339 ss.; M. Casoria, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato conc. reg.*, 2, 2014, 365 ss.; P. Manzini, *Rethinking the parental liability for antitrust infringements*, in *Dir. un. eur.*, 4, 2016, 709 ss.; M. Siragusa, *Recent trends in antitrust enforcement*, in *Riv. it. Antitrust*, 2, 2015, 7 ss. La tematica è accennata nelle sentenze del Tar Lazio n. 260 e n. 261 del 2020 che hanno sanzionato l'attività materialmente realizzata da *Facebook Ireland* riconducendola alla statunitense *Facebook Inc.* in virtù dei legami strettissimi tra di esse. Come noto, il diritto della concorrenza dell'Unione europea (art. 101 TFUE, che vieta gli accordi anticoncorrenziali, e art. 102 TFUE, che vieta l'abuso di posizione dominante) hanno come riferimento soggettivo l'impresa. Quest'ultima, al fine di garantire la più ampia applicazione della normativa anticoncorrenziale, viene individuata dai giudici dell'Unione europea in qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico; in tal modo, la normativa comunitaria conferisce rilievo unicamente all'aspetto economico, trascurando, intenzionalmente, il profilo giuridico della soggettività e della personalità (*ex multibus* Corte. giust. UE, sentenza 08.05.2013, causa C-508/13). La conseguenza applicativa di tale interpretazione sta nel fatto che, nel caso di infrazioni commesse da imprese che fanno parte di gruppi di società, e a prescindere dal fatto che ci si trovi di fronte a una serie distinta di persone giuridiche, l'unità economica da esse rappresentata è tale da fondare la responsabilità solidale della controllante per l'attività esercitata dalla/e controllata/e in violazione delle norme *antitrust*.

<sup>2</sup> Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 è pubblicata in *Diritto & Giustizia*, 2020, 13 gennaio; la n. 261 risulta, invece, inedita. Entrambi i provvedimenti sono comunque esaminati da M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020, 209 ss. nella più ampia analisi comparatistica delle decisioni assunte dal *Bundeskartellamt* nei confronti di *Facebook*. Le due sentenze sono di identico contenuto motivazionale; identico è il provvedimento impugnato (provvedimento n. 27432 reso nel procedimento PS/11112 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato deliberato nella adunanza del 29 novembre 2018, notificato in data 7 dicembre 2018; esso è pubblicato in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 205) mentre si differenziano unicamente per la parte ricorrente: nella sentenza n. 260 la ricorrente non è la statunitense *Facebook Inc.* (come nella n. 261) ma la sua società «figlia», con sede irlandese, cioè *Facebook Ireland Limited*.

ma registrazione dell'utente nella Piattaforma *Facebook*, un'informativa giudicata (dall'Autorità prima e dal Tar Lazio poi) non chiara e non completa. L'incompletezza delle informazioni fornite consisteva nel fatto che, a fronte dello *slogan* di pretesa "gratuità" del servizio, il consumatore non era posto in grado di comprendere che il professionista (cioè la statunitense *Facebook Inc.* e la sua società "figlia", con sede irlandese) avrebbe poi utilizzato i dati dell'utente a fini remunerativi, così perseguendo un intento commerciale (di qui anche l'indagine del Tar Lazio intorno alla cd. *parental liability*<sup>3</sup>). L'inganno consisteva proprio – secondo Agcm e Tar Lazio – nella ritenuta idoneità della pratica a trarre in inganno il consumatore e a impedire la formazione di una scelta consapevole, omettendo di informarlo del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della sua registrazione al *social network*.

La seconda pratica, ritenuta "aggressiva", consisteva in un meccanismo che, tramite vari passaggi, secondo la ricostruzione dell'Agcm poi smentita dal Tar Lazio, consentiva la trasmissione dei dati degli utenti dalla piattaforma del *social network* ai terzi (siti *web* e *app*) e viceversa, senza preventivo consenso espresso dell'interessato. Secondo l'Agcm, la trasmissione di dati avveniva con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore che poteva solo effettuare una autorizzazione di carattere generale, secondo un modello binario (sì/no), al massimo residuando una mera facoltà di *opt-out*.

L'Autorità ha rilevato che la piattaforma era «automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da *FB*, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di *opt-out*»; l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le conseguenze per lui penalizzanti, sia nella fruizione del *social network*, sia nella accessibilità e utilizzo dei siti *web* e *app* di terzi, sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario.

In pratica, secondo l'Autorità, sussisteva una pratica commerciale aggressiva in quanto *Facebook* continuava nella condotta di «preflaggare le opzioni a disposizione dell'utente e di disincentivarne la deselection ricorrendo all'uso di espressioni atte a condizionare l'utente sulla reale portata delle conseguenze derivanti dalla deselection medesima».

L'Autorità ha contestato, quindi, alla parte ricorrente l'esistenza di una «pre-attivazione» della piattaforma che, in ragione del meccanismo di *opt-in* preimpostato, non consentirebbe agli utenti di comprendere la modalità e finalità di utilizzo, sia da parte dei terzi che da parte di *Facebook*, dei dati raccolti a seguito dell'integrazione tra piattaforme.

---

<sup>3</sup> V. *retro*, *sub* nota n. 1.

In definitiva, *Facebook* (senza consenso e informazione) avrebbe prima ottenuto e poi utilizzato a fini commerciali i dati personali e le preferenze dei suoi utenti, nonostante lo *slogan* della gratuità dell'utilizzo della piattaforma. Il procedimento avviato dall'Agcm si è concluso con il divieto di continuazione delle pratiche scorrette e l'irrogazione di due sanzioni amministrative pari a € 5.000.000,00 per ciascuna delle due pratiche, oltre ad una dichiarazione rettificativa.

Il Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 261, accogliendo parzialmente il ricorso proposto da *Facebook Inc.* ha annullato il provvedimento dell'Agcm, limitatamente alle pratiche commerciali aggressive (di cui agli artt. 24 e 25, Codice del Consumo) e non anche per le pratiche commerciali di cui agli artt. 21 e 22, Codice del Consumo (azioni od omissioni ingannevoli), confermando conseguenzialmente la legittimità della sola sanzione di 5 milioni di euro inerente a queste ultime. In sostanza, il Tar Lazio ha giudicato scorretta l'informazione del consumatore in ordine allo scambio di prestazioni sotteso all'adesione al contratto per la fruizione del servizio di *social network* (l'informativa, dunque, è stata giudicata incompleta e oscura); mentre non è stato ritenuto sussistente da parte dei giudici amministrativi di *prime cure* il presunto meccanismo di trasmissione dei dati personali dei propri utenti da parte di Facebook ai siti di terze parti e viceversa, senza preventivo consenso, contrariamente a quanto ritenuto dall'Agcm.

Dunque, solo la sanzione relativa alla pratica sub *b*) originariamente irrogata da Agcm è stata annullata dal Tar Lazio, essendo stata confermata la legittimità della sanzione di 5 milioni di euro irrogata a Facebook da Agcm per la pratica commerciale ingannevole (pratica ingannevole sub *a*)).

Impugnata la sentenza del Tar Lazio n. 2620/2020 davanti al Consiglio di Stato, con ord. 8 giugno 2020, n. 3285 i giudici d'appello hanno accolto la richiesta cautelare mediante fissazione dell'udienza per la discussione di merito "in modo sollecito", cioè dopo soli 3 mesi, dopo aver «riconosciuto [...] la complessità delle questioni sottoposte allo scrutinio [...] e tenuto conto del bilanciamento di tutti gli interessi in gioco»<sup>4</sup>.

## 1.2. Il caso WhatsApp

Il tema del rilievo economico dei dati personali è nel recente passato venuto in rilievo anche su un notissimo sistema di comunicazione istantanea che utilizza la connessione internet più utilizzato nel mondo, *WhatsApp*, a sua volta di proprietà della società *Facebook Inc.* a partire dal febbraio 2014.

---

<sup>4</sup> Identico è il contenuto e il dispositivo dell'ordinanza n. 3309 pubblicata il 9 giugno 2020 dal Consiglio di Stato e resa su ricorso non di *Facebook Ireland Limited* ma di *Facebook incorporation* ed avente ad oggetto la sentenza del Tar Lazio n. 2621/2021, di cui si è dato conto *retro* e, specificamente, *sub* nota n. 2.

Con due provvedimenti dell'11 maggio 2017, non impugnati, l'Agcm (pres. Pitruzzella, est. Ainis), dopo aver analizzato i rapporti intercorrenti tra il *provider WhatsApp* (professionista *ex art. 3 c. cons.*) e gli utenti/consumatori del servizio, ha concluso per la vessatorietà di alcune clausole contenute nei termini d'uso e la illiceità delle modalità di acquisizione del consenso sulla modifica di una specifica clausola, che autorizzava la condivisione da parte di *Facebook* di alcuni dati personali degli utenti *WhatsApp*<sup>5</sup>.

In particolare, nel primo procedimento istruttorio<sup>6</sup>, l'Agcm ha analizzato le procedure di modifica dei termini d'uso sulla condivisione dei dati degli utenti *WhatsApp* da parte di *Facebook* per fini pubblicitari, con specifico riferimento alla trasparenza e correttezza delle informazioni rese nonché al connesso effetto di condizionamento dei consumatori. In sostanza, gli utenti trovavano le opzioni di gestione del proprio profilo già preimpostate sulla condivisione di alcuni dati personali con il *social network* (c.d. *prespuntatura*). Contestualmente, la mancata accettazione di tali modifiche veniva prospettata come causa di interruzione nell'erogazione del servizio. Per gli utenti registrati, il passaggio al trattamento multiplo ed interoperabile tra le due piattaforme dei dati personali era invece proposto in via facoltativa, lasciando libera la possibilità di continuare a fruire dei servizi anche in mancanza di accettazione delle nuove condizioni generali. Tale opportunità non veniva però indicata in maniera chiara ed immediata, ma era visualizzabile soltanto a seguito dell'accesso alla pagina in cui erano riportati in versione integrale i termini d'uso e la normativa sulla *privacy*.

Nel secondo procedimento istruttorio<sup>7</sup>, l'Agcm ha accertato la vessatorietà di un gruppo di clausole inserite nei termini d'uso di *WhatsApp* (e per la verità comuni a molte altre *App*) in quanto esse venivano sottoposte all'attenzione dell'utente in blocco e senza prevedere la possibilità di farne oggetto di trattativa individuale; inoltre, le clausole di salvaguardia con cui venivano limitati i diritti legali spettanti ai consumatori in alcune giurisdizioni sono apparse generiche e foriere di incertezza; analogamente è stata giudicata indeterminata la pratica del prestatore/professionista di imporre condizioni uniformi per tutti i paesi in cui viene offerto il servizio, senza apprestare un qualsivoglia adattamento alle specificità dei singoli ordinamenti.

I casi "*Facebook*" e "*WhatsApp*" esaminati dalle Autorità per la concorrenza e dalla giurisprudenza italiana appaiono complementari a quanto di recente affrontato dalla Autorità tedesca per la concorrenza, la *Bundeskartellamt* (BKartA) nel-

---

<sup>5</sup> I provvedimenti dell'Agcm sono commentati da G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Dir. inf.*, 2, 2017, 418 ss.

<sup>6</sup> CV154.

<sup>7</sup> PS/10601.

la decisione 6 febbraio 2019, B6-22/16<sup>8</sup>, con cui *Facebook* era stata condannata a modificare le proprie condizioni di servizio laddove condizionava la fornitura dello stesso alla circostanza che gli utenti a loro volta fornissero non solo i dati necessari per l'accesso al *social network* ma anche quelli prodotti dall'utilizzo di *WhatsApp* e *Instagram*. Secondo l'Autorità tedesca, infatti, tale comportamento poteva essere ricondotto ad un abuso di posizione dominante mediante il quale si frustrava il diritto all'autodeterminazione degli utenti. Tale pronuncia è stata poi sospesa, in via cautelare, dall'*Oberlandesgericht*, con decisione del 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19(V), nella quale la Corte d'Appello tedesca smentisce la ricostruzione del *Bundeskartellamt*, contestando al BKartA di non avere svolto sufficienti indagini nella prospettiva della *Als-ob Wettbewerb* e di non aver fornito sufficienti elementi sulle condizioni di garanzia della concorrenza<sup>9</sup>. Successivamente, in data 23 giugno 2020, la legittimità della decisione del *Bundeskartellamt* B6-22/16 è stata confermata dalla Corte federale di giustizia tedesca (decisione KVR 69/19): secondo il *Bundesgerichtshof*, non sussisterebbero seri dubbi sulla posizione dominante che ricopre *Facebook* nel mercato tedesco dei *social network*, né che la Piattaforma abbia abusato di tale posizione dominante secondo i termini già sanzionati dal *Bundeskartellamt*.

Sebbene si tratti di questione parzialmente diversa rispetto a quella esaminata in questa sede, e relativa, come detto, all'ipotesi di condotta anticoncorrenziale piuttosto che anti-consumeristica, è utile osservare che il giudice tedesco ha considerato in primo luogo come i dati raccolti dalla piattaforma *social* siano duplicabili, nonché come non sia in alcun modo riscontrabile una perdita di controllo degli stessi per gli utenti, in quanto l'attività di trattamento posta in essere da *Facebook* rispetta i termini di utilizzo e richiede il consenso. In secondo luogo, l'*Oberlandesgericht* ha sostenuto la natura essenzialmente gratuita della piattaforma, altresì sottolineando come il fatto che l'utilizzo della stessa sia subordinato al consenso al trattamento dei dati rappresenti un necessario bilanciamento dei vantaggi derivati dall'utilizzo di un *social network* supportato da pubblicità (e quindi gratuito). In sostanza, ha affermato la Corte d'Appello tedesca, è assolutamente legittimo un modello di *business* che preveda l'offerta di servizi gratuiti ma finanziati tramite pubblicità targettizzata per utenti che accettano i termini del servizio offerto<sup>10</sup>. D'altro canto, è notorio, proprio in Germania, come il valore medio di

<sup>8</sup> Consultabile, anche in inglese, in [www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.htm](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.htm)

<sup>9</sup> Va notato che l'appello è stato proposto da Facebook nonostante la condanna della BKartA tedesca contenesse solo un ordine di *facere* (divieto di prosecuzione della prassi aziendale censurata) e non di pagamento di una sanzione pecuniaria.

<sup>10</sup> Per un esame approfondito della pronuncia, si vedano M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, cit., 220 ss. e, nella letteratura tedesca T. Körber, *Die Facebook - Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?*, in *NZKart*, 4, 2019, 187 ss.

un account *Facebook* sia stimabile nell'ordine di circa 88 euro, proprio in ragione dell'utilizzabilità, a fini pubblicitari e commerciali, dei dati personali forniti dagli utenti<sup>11</sup>. L'assunzione della consapevolezza del valore economico dei dati personali degli utenti, però, non può che rifluire anche sulla disciplina giuridica applicabile nei rapporti con questi e, dunque, sulla qualificazione della natura giuridica delle relazioni tra utenti e piattaforme *social*. Sono questi gli aspetti che si intendono approfondire nel presente studio.

## 2. *I dati personali: attributi della personalità vs. beni di scambio*

Lo sviluppo e l'innovazione tecnologica<sup>12</sup>, che costantemente conforma il nostro modo di vivere (e non solo)<sup>13</sup>, ha determinato trasformazioni epocali anche per quanto concerne i diritti della personalità<sup>14</sup>, sia che ci si riferisca a quel-

<sup>11</sup> Questa la stima di Deutsche Bank Research, *Bid data. Die ungezähmte Macht*, 2014, 20.

<sup>12</sup> Come osserva correttamente S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto. Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2018, 45, «[t]radizionalmente lo sfruttamento degli attributi immateriali della persona ha riguardato prevalentemente il nome, l'immagine e altri elementi evocativi dell'identità, utilizzati per il loro valore notorio o in ragione di altre qualità della persona [...], l'evoluzione tecnologica [...] ha determinato un cambiamento qualitativo del valore da attribuirsi alle estrinsezioni immateriali della persona e delle possibilità del loro sfruttamento».

<sup>13</sup> Si pensi, ad esempio, all'invenzione della fotografia, alla avvenuta diffusione della stampa, all'evoluzione delle tecnologie di elaborazione dei dati, agli sviluppi in ambito medico e scientifico che hanno condotto alla procreazione medicalmente assistita e alla nutrizione artificiale, ai contratti informatici, alle decisioni algoritmiche. Tali fenomeni sociali, resi possibili proprio grazie alla tecnologia, hanno stimolato le riflessioni dei giuristi, a partire da F. Carnelutti, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 921 ss.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; Id., *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, in *Dir. questioni pubb.*, 2005; P.M. Putti, *Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale*, in *Contr. impr.*, 6, 2014, 1229 ss.; G. Resta, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 6, 2014, 891 ss., e di A. Alpini, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, reperibile in *comparazionediritto.civile.it*. Più recentemente, inoltre, sebbene si tratti di un *software* creato nel 2009, ha assunto particolare rilevanza nel panorama internazionale, tanto che il legislatore italiano ne ha recentemente fornito una definizione normativa all'art. 8ter del d.l. 135/2018, conv. in l. 12/2019, la tecnologia *blockchain*. Sul tema si vedano, per tutti, M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. inf.*, 6, 2018, 989 ss.; S. Capaccioli, *La blockchain*, in *Tecnologia e diritto*, II, a cura di S. Ziccardi, P. Perri, Milano, 2019; M. Giaccaglia, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, 3, 941 ss.

<sup>14</sup> Come noto ai civilisti, la nozione dei diritti della personalità è conquista giuridica relativamente recente. Basti considerare che, generalmente, la loro nascita come categoria viene fatta risalire all'opera di O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, la quale contiene un capitolo dedicato ai «*persönlichkeitsrechte*». Le motivazioni che sono alla base di siffatto «ritardo», in quello che potrebbe definirsi come «processo di valorizzazione» della persona umana, vanno ricercate prevalentemente nella visione che il Codice civile italiano del 1942 ci consegnava dell'uomo, ovvero sia quella di un soggetto il cui obiettivo principale consisteva nella accumulazione della ricchezza e nello scambio di beni e servizi, e la cui protezione era bensì garantita, ma affidata a complessi normativi altri rispetto al diritto civile, primo tra tutti quello del diritto penale. Si deve, quindi, agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza, prima, e all'intervento del legislatore nazionale e sovranazionale, poi, il pieno sviluppo di un impianto giuridico, costituito da una unica, o da una pluralità, a seconda che si acceda alla tesi monista o a quella pluralista, di situazioni giuridiche soggettive, aventi ad oggetto (gli attributi del)la persona, anche giuridica, in tutte le sue manifestazioni e sviluppi, passati, presenti, e futuri. Alla base del sistema dei

li attinenti alla persona intesa nella sua dimensione corporea (si pensi al materiale biologico umano, intorno alle quali esiste una fitta serie di norme nazionali e sovranazionali, finalizzate alla sua tutela e che ne regolano la circolazione)<sup>15</sup>, sia che ci si riferisca a quelli attinenti alla dimensione immateriale della persona (si pensi all'identità digitale<sup>16</sup> e, prima ancora, alla reputazione, all'onore, all'immagine). A tale sviluppo tecnologico va ricondotto non solo l'avvenuto riconoscimento di un nuovo diritto della personalità, quello alla protezione dei propri dati

---

diritti della personalità vi è, dunque, l'esigenza, avvertita sempre più fortemente con l'evoluzione della società, di proteggere tutti quegli interessi della persona ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Le forme di protezione più rilevanti che circondano tali situazioni giuridiche possono facilmente essere individuate nel diritto penale, da una parte, e nel diritto civile, dall'altra. In questa sede, non ci si soffermerà oltre sul tema brevemente accennato: si rimanda a A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1959; A. Di Majo, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1962, 69 ss.; D. Messinetti, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983; O.T. Scozzafava, *Nuovi e vecchi problemi in tema di diritti della personalità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 207 ss.; A. Gambaro, *I diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 421 ss.; P. Rescigno, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; V. Zeno-Zencovich, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1996; Id., *I diritti della personalità*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, Milano, 2009; G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006. Nella letteratura straniera, si veda, in generale, R. Savatier, *Le métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Troisième série, Approfondissement d'un droit revouvé*, Parigi, 1959, 5 ss.; P. Tiercer, *Der Entwicklungsstand des Persönlichkeitsschutzes in Kontinentaleuropa*, in Aa.Vv., *Das Persönlichkeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Informationsauftrag und Menschenwürde: Vortragsveranstaltung*, München, 1989, 71 ss.; Karl-Nikolaus Peifer, *Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen*, Tubinga, 2001; N. Witzleb, *Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien*, Tubinga, 2002. Per importanti spunti comparatistici Stig Strömholm, *Right of Privacy and Rights of the Personality: A Comparative Survey*, Stoccolma, 1967, in particolare 25 ss.

<sup>15</sup> È, questo, l'ambito di elezione della bioetica che si è sviluppato, sul piano filosofico, etico e giuridico, a partire dalla possibilità di medice di addvenire alla procreazione medicalmente assistita (l. 40/2004) e che a sua volta ha posto ulteriori e delicati problemi di trattamento di dati personali sanitari (disciplinati dal d.m. 336/2004) che hanno reso necessario l'intervento autorizzatorio del Garante per la *privacy* (Autorizzazione n. 8/2016 al trattamento dei dati genetici). In dottrina si veda, per tutti, A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici cui adde A.L. Tarasco, *Etica e diritto nella sentenza costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Queste istituzioni*, 30 aprile 2014, in *queste istituzioni. it/fecondazione-artificiale-ruolo-paralegislativo-corte-constituzionale-ragioni-riforma-1787*, nonché in precedenza *Valori e diritto nel contratto di maternità surrogata*, in *Bioética y Ciencias de la Salud*, 2002, 22 ss. L'utilizzazione di parti del proprio corpo, scarsamente disciplinata dall'art. 5 c.c. (su cui si veda A. Galasso, *Biotechnologia e atti di disposizione del corpo*, in *Familia*, 2001, 911 ss.), è stata inaugurata dalla l. 458/1967, sul trapianto di rene; poi seguita dalla l. 483/1999 sul trapianto parziale di fegato; nonché dalla ancor più recente l. 167/2012 sul trapianto parziale di polmone, pancreas ed intestino. A livello europeo, invece, basti il riferimento alla direttiva 2010/45/UE del 13 luglio, del Parlamento e del Consiglio europeo, che stabilisce le procedure informative per lo scambio tra Stati membri di organi umani destinati ai trapianti. Sul tema dell'ingresso della logica mercantile nella sfera della persona, nella letteratura straniera, si vedano, per tutti, D. Nelkin L. Andrews, *Homo economicus: commercialization of body tissue in the age of biotechnology*, in *Hasting center report*, 1998, spec. 30 ss.; R.N. Nwabueze, *Biotechnology and the Challenge of Property: Property Rights in Dead Bodies, Body Parts, and Genetic Information*, Farnham, 2007.

<sup>16</sup> Sul tema G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 511 ss.; e M.F. Cocuccio, *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 949 ss.; e G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 3, 2017, 723 ss.



personali<sup>17</sup>, ma anche l'affermarsi di un fenomeno inverso rispetto a quello, precedente, di «valorizzazione della persona» e che, con felice espressione, può essere definito di «reificazione»<sup>18</sup>. Quale che sia la giustificabilità morale<sup>19</sup>, e l'ammissibilità giuridica (sulla quale poi si ritornerà brevemente), di fatto non si può contestare l'esistenza del fenomeno del farsi *res* degli attributi della persona, sempre

<sup>17</sup> Che può essere considerato come il risultato di una evoluzione della realtà fattuale, prima, e giurisprudenziale e normativa, poi, durato più di un secolo. Si deve necessariamente prendere l'abbrivio dal noto contributo di S. Warren, L. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard L. Rev.*, 1890, nel quale veniva concettualizzato per la prima volta il diritto a non subire ingiustificate intrusioni nell'ambito della propria vita privata, un diritto ad essere lasciati soli, e in pace, denominato *right to privacy*. Questo si è poi sviluppato nel nostro ordinamento, per via esclusivamente giurisprudenziale (riconosciuto per la prima volta da Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giust. civ.*, 1975, p. 1686 ss.; in *Dir. aut.*, 1975, p. 351 ss., con commento di G. Barbieri, *Approdo giudiziario della riservatezza*; in *Foro it.*, 1976, p. 2895, con nota di M. Monteleone; in *Dir. fam.*, 1976, p. 611 ss.; in *Giur. it.*, 1976, p. 970 ss.; in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 294 ss.), sotto la forma di diritto alla riservatezza, inteso come diritto al rispetto della propria vita privata. Si è giunti, infine, stante la consapevolezza che la crescita esponenziale delle modalità di conservazione e raccolta di informazioni è direttamente proporzionale alle possibili modalità di aggressione delle stesse, a un diritto alla protezione dei propri dati personali, e cioè di tutte quelle informazioni che identificano o rendono identificabile, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica e via dicendo. Si è passati, quindi, da una prospettiva negativa, escludente, adeguata ai rischi e alle aggressioni di fine XIX secolo, ad una positiva, dinamica, che assegna al soggetto il potere di controllare le informazioni che lo riguardano, pur muovendosi nell'ottica della libera circolazione delle stesse. In generale, sul tema della protezione dei dati personali, la dottrina è vastissima, pertanto ci si limiterà a rimandare a S. Rodotà, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 721 ss.; Id., *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 2 ss.; S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 563 ss.; V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, cit.; Id., *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, cit.; più recentemente, con riferimento alla nuova normativa, E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 113 ss. Per la lettura del diritto alla protezione dei dati personali come nuovo diritto della personalità, si vedano G. Alpa, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, 703 ss.; V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, 466 ss.; Id., *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 733 ss.; S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, cit., 2 ss. Uno dei più grandi studiosi della materia, S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 589, ha brillantemente osservato come si sia passati «dal diritto d'essere lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni; dalla *privacy* al diritto all'autodeterminazione informativa; dalla *privacy* alla non discriminazione; dalla segretezza al controllo».

<sup>18</sup> Vedi V. Cuffaro, *A proposito del ruolo del consenso*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich Milano, 1988, cit., 121; e G. Resta, *L'appropriazione dell'im-materiale*, cit., 41.

<sup>19</sup> Per un interessante studio di tali problematiche, si rimanda al bel contributo di G. Pino, *Diritto e morale*, in *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, a cura di G. Bongiovanni, G. Pino, C. Rover-si, Torino, 2016, 3 ss., spec. § 3.

più inseriti nel mercato<sup>20</sup> e nei tradizionali circuiti di scambio<sup>21</sup>, nonostante le resistenze della massima parte della dottrina ferma nella tesi della incomunicabilità tra ciò che attiene strettamente alla persona e ciò che attiene invece ai traffici commerciali<sup>22</sup>.

Le sentenze n. 260/2020 e 261/2020 del Tar Lazio (caso *Facebook*), così come gli inimpugnati provvedimenti Agcm dell'11 maggio 2017 (caso *WhatsApp*), mostrano di tesaurizzare quella letteratura<sup>23</sup> che da tempo si è interessata del fenomeno della patrimonializzazione dei diritti della personalità<sup>24</sup>, con particolare riguardo a quelli inerenti agli attributi immateriali della persona, suggerendo di superare una visione esclusivamente difensiva degli stessi, che non sia legata a doppio filo al requisito della non patrimonialità e all'unico rimedio della responsabilità extracontrattuale<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> È chiaro che anche il legislatore, in alcuni casi, si sia occupato di costruire un sistema di norme atte a regolare in maniera più chiara l'attività negoziale che può interessare i diritti inerenti alla persona. Basti pensare alla l. 633/1941 sul diritto d'autore. Sul piano empirico, invece, in assenza di regole scritte, importanti sono le riflessioni della dottrina: si vedano V. Zeno-Zencovich, voce *Personalità (diritti della)*, cit., 440 ss.; Id., *Profili negoziali*, cit., *passim.*, e G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 113 ss.; Id., *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 5 ss.

<sup>21</sup> Di recente, il tema della utilizzabilità dei dati personali è venuto alla ribalta a causa dello scoppio della pandemia da Covid-19 che ha imposto di ripensare il tema della tradizionale massima riservatezza con cui i dati personali di origine sanitaria venivano trattati. Sul punto, si veda la *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19* del Comitato europeo per la protezione dei dati adottata il 19 marzo 2020 dal *Comitato europeo per la protezione dei dati*. Intorno all'utilità di tali dati, si veda ad esempio, S. Iaconesi, *Dati usati per ricostruire le relazioni sociali*, in *Sole 24 ore*, 5 aprile 2020, pag. 15

<sup>22</sup> Preme precisare, comunque, che il riferimento che qui si fa al «mercato» è atto ad individuare quelle situazioni in cui sono i soggetti interessati al trattamento a mettere in circolazione i propri dati nei circuiti di scambio esistenti, e non quelle in cui sono i titolari del trattamento a disporre a favore di soggetti terzi.

<sup>23</sup> Oltre alla dottrina citata nella nota n. 15, sul tema della patrimonializzazione dei diritti della personalità, con particolare riferimento ai dati personali e ai rapporti di scambio, si vedano D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.; F. Olivero, *Dati personali*, cit., 157 ss.; A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano, 2011, 133 ss., spec. 135 ss.; F. Agnino, *Disponibilità dei diritti nei social network: fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, in *Giur. mer.*, 2555 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 689 ss.; Id., *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi-Galgano, Padova, 96 ss.; S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 513 ss.; Id., *Diritti della personalità*, cit., *passim.*

<sup>24</sup> Sottolineando, altresì, e a ragione, come il «tema dell'operazione economica e della sua disciplina in termini di fenomeno negoziale-contrattuale e di definizione e di regolazione di un mercato è rimasto assente o sullo sfondo nelle riflessioni della dottrina italiana, che ha continuato ad interrogarsi sul nuovo fenomeno dei dati personali ancora – e solo – in termini di diritti soggettivi assoluti [...]». Si veda, in tal senso, V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 96.

<sup>25</sup> Che, rispetto alla contrattuale, oltre, ovviamente, alle differenze strutturali, funzionali e disciplinari proprie del diritto interno, presenta delle rilevanti differenze anche per quanto attiene all'aspetto internazional-privatistico. Sebbene non debba dimenticarsi che, come osserva C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 101, «l'inserimento della persona nel circuito del diritto privato patrimoniale [...], per quanto possa apparire paradossale, è accaduto sul terreno del diritto positivo quando è stato

Come visto, anche nel recente passato, con riguardo al servizio di messaggistica *WhatsApp*, ai dati personali è stato condivisibilmente riconosciuto rilievo economico; e di tal guisa si è pervenuto ad una tutela dell'utente nella logica consumeristica, nonostante l'assenza di un formale corrispettivo in denaro da parte dell'utente (il che lascerebbe deporre, ad un primo e superficiale approccio, per la gratuità del rapporto contrattuale)<sup>26</sup>.

Proprio il rilievo economico dei dati personali garantisce «in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiplo idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l'accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della *privacy* digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principî di trattamento lecito e prevenzione del rischio introdotti dall'art. 6, n. 4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016»<sup>27</sup>.

La base teorica di tale condivisibile impostazione non può che ricondursi agli studi che sostenevano l'opportunità di un superamento della teoria generale dei beni<sup>28</sup>, tutta incentrata (allora) sul requisito, ancorché non scritto, della mate-

---

previsto [...] il risarcimento del danno non patrimoniale e la lesione della vita [...] è assurda a fatto illecito civile», non si comprende per quale ragione anche nel caso in cui un soggetto compia degli atti negoziali aventi ad oggetto un proprio diritto della personalità la sua tutela dovrebbe rinvenirsi nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. e non, invece, come sarebbe consono, nella disciplina propria dell'atto giuridico posto in essere. Ecco perché sembra opportuno separare nettamente, quando ci si occupa di diritti della personalità, l'aspetto negativo e di tutela, attinente alla sfera morale di tali diritti, da quello positivo, e negoziale, attinente alla sfera patrimoniale, che ci fornisce lo studio delle nuove forme di circolazione di alcuni di tali beni.

<sup>26</sup> Secondo G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo*, cit., 420, «l'elemento della mancata gratuità del servizio reso dai *social network* permette così di guardare al rapporto tra utente e prestatore in un'ottica consumeristica, in special misura orientata alla garanzia della libertà di scelta nel mercato dei *consumer communication services* e, quindi, diretta al contrasto di concentrazioni e posizioni dominanti».

<sup>27</sup> G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo*, cit., 424.

<sup>28</sup> La letteratura sul tema dei beni, materiali e immateriali, è sterminata, per cui si è costretti a limitare i richiami a P. Greco, voce *Beni immateriali*, in *Noviss. dig.*, Torino, 1958; M. Are, voce *Beni. IV. - Beni immateriali. a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959; G. Pugliese, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1135 ss.; C. Maiorca, voce *Cose*, in *Enc. giur.*, Roma, 1986; D. Messinetti, voce *Beni immateriali I)*, *Diritto privato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; Id., *Circolazione dei dati personali*, cit., 339 ss. Più di recente G. Resta, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 21 ss.; A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 2012. Sulla tematica dei dati personali come beni aventi un rilievo economico ed la conseguente qualificazione onerosa dei relativi contratti, si vedano S. Rodotà, *Tecnopolitica*, Roma-Bari, 2004, 155 ss.; F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, 114 ss.; R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, ivi, 96 ss.; S. Sica-G. Giannone Codiglione, *I social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, 2717 ss.; F. Olivo, *Dati personali*, cit., 157 ss.; P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, 353 ss.; V. Zeno-Zencovich, F. Mezzanotte, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. inf.*, 2008, 148 ss. In letteratura straniera si vedano, invece, N. Purtova, *Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation*, in *Eur. J. Legal Studies*, 2010, 193 ss.; J. Litman, *Information Privacy/Information Property*, in *Stan. L. Rev.*, 2000, 1283 ss.; L. Lessig, *Privacy as Property*, in *Social Research: An International Quarterly of Social Sciences*, 2002, 247 ss.; P.M. Schwartz, *Property, Privacy and Personal Data*, in *Harv. L. Rev.*, 2004, 2056 ss.; B.A. Huberman, E. Adar, L.R. Fine, *Valuating*

rialità. Al diritto non è certo ignoto il generale fenomeno per cui alcune *res qui tangi non possunt* hanno assunto nel tempo la qualità di «bene» in senso giuridico<sup>29</sup>, suscettibile di valutazione economica e, dunque, commerciabile<sup>30</sup>: basti pensare ai beni culturali immateriali, dal 2003 oggetto di protezione quantomeno in ambito internazionale grazie alla Convenzione stipulata in sede Unesco<sup>31</sup>

Per i beni immateriali, però, il principio della tipicità e del numero chiuso caratteristico delle *res qui tangi possunt* è stato modulato diversamente rispetto ai beni materiali. Esso, infatti, «viene enunciato unicamente in relazione ai diritti “primari” su entità incorporeali e non anche in relazione ai diritti “derivati” di sfruttamento. Riguardo a questi ultimi prevale l’idea che l’autonomia negoziale possa liberamente creare posizioni soggettive atipiche aventi contenuto reale»<sup>32</sup>. Ciò significa sostanzialmente concepire come ripartito lo stesso diritto che insiste sul bene immateriale (come ad esempio il dato personale). Da una parte, la situazione giuridica oggetto di protezione in quanto diritto della personalità e dall’altra la situazione giuridica liberamente disponibile in quanto diritto (a contenuto economico) derivato dal primario diritto della personalità<sup>33</sup>. Tale schema gene-

---

privacy, in *IEEE Security and Privacy Magazine*, 2005, 5, 22 ss.; A. Acquisti, L.K. John, G. Loewenstein, *What Is Privacy Worth?*, in *The Journal of Legal Studies*, 2013, 2, 249 ss.; R.S. Heimes, *Privacy and Innovation: Information as Property and the Impact on Data Subject*, in *New Eng. L. Rev.*, 2015, 649 ss.; G. Malgieri, B. Custers, *Pricing privacy. The right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2017, 294 ss.; A.G. Winegar, C.R. Sunstein, *How Much Is Data Privacy Worth? A Preliminary Investigation*, in *Journal of Consumer Policy*, 2019, 1 ss.

<sup>29</sup> È certamente a tutti noto come, difatti, oggi una parte assolutamente rilevante della ricchezza odierna sia costituita da beni immateriali. Tra questi, oltre al diritto d’autore, le invenzioni, i brevetti, i segni distintivi delle imprese, anche, si è correttamente sostenuto, la reputazione digitale (M. Zarro, *La tutela della reputazione digitale quale «intangibile asset» dell’impresa*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, 1507 ss.).

<sup>30</sup> Nel senso del necessario riconoscimento legislativo di diritti su entità incorporeali, v. V. Zeno-Zencovich, *Cosa*, in *Dig. civ.*, Torino, 1989, 438 ss., spec. 460. Il principio della tipicità, insieme a quello del *numerus clausus* dei diritti reali, è fortemente consolidato nella dottrina, soprattutto in quella meno recente.

<sup>31</sup> La traduzione nell’ordinamento giuridico nazionale non è priva di difficoltà e resistenze, come è ricostruito in A.L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più) solo italiana*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2261 ss., ed ora in A.L. Tarasco, *Il patrimonio culturale. Concetto, problemi, confini*, Napoli, 2019, 93 ss., ed ivi ulteriori richiami bibliografici.

<sup>32</sup> G. Resta, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. Resta, Torino, 2010, 24-25. In questo senso anche V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., spec. 574; e V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 100, secondo cui si può cogliere «una certa ritrosia a prendere atto che sull’attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero [...] due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità».

<sup>33</sup> Sulla natura non esclusivamente personale (ma anche patrimoniale) dei dati sembra trovarsi indiretta conferma anche nella complessa e interessante vicenda che ha riguardato il tema della morte e dell’eredità digitale, affrontato di recente dalla giurisprudenza tedesca (citare visto che viene richiamata; ma citare qui, non dopo). Il giudizio riguardava la richiesta, avanzata dai genitori di una minorene deceduta a seguito di un incidente in metropolitana, di poter accedere ai contenuti dell’*account Facebook* della figlia. A seguito di una prima pronuncia favorevole agli attori, e di un successivo ribaltamento in grado di appello, la Corte di Cassazione Federale, annullando la sentenza di appello, ha affermato la sussistenza del diritto di accesso in capo ai genitori della defunta facendo applicazione dei principi di diritto successorio, ai sensi dei quali i beni (anche imma-

rale appare pienamente applicabile ai dati personali per i quali è stato affermato che «sull'attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insist[ono], per la natura così speciale del bene, due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative e assolute, un diritto delle obbligazioni e un diritto assoluto della personalità»<sup>34</sup>. Così ragionando, riconoscendo l'esistenza di un elemento separato rispetto alla persona che ne è titolare, sebbene riferibile a questa, si giunge a giustificare il potere di disporre per contratto di quegli stessi diritti immateriali della personalità<sup>35</sup>.

Partendo dal diritto alla protezione dei propri dati, regolato per la prima volta nella legge 31 dicembre 1995, n. 675 (che sembrava tralasciare quasi del tutto l'aspetto circolatorio per privilegiare quello di tutela), e passando per il Codice della *privacy* (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) si è giunti ad una regolazione che sembra prendere in considerazione l'esistenza di un mercato di dati personali e la possibilità che di essi si possa disporre mediante contratto. È, infatti, proprio nel regolamento (UE) n. 2016/679 (cd. GDPR)<sup>36</sup>, che è stata scorta la «possibilità di costruire e definire il fenomeno trattamento dati anche in chiave economica e di mercato»<sup>37</sup>.

Naturalmente tale lettura non è priva di ostacoli giuridico-fattuali.

## 2.1. *Patrimonialità e liceità della prestazione avente ad oggetto dati personali*

Oltre al profilo “dinamico” della personalità, con conseguente difficoltà di individuare il carattere della vincolatività proprio del diritto dei contratti e delle obbligazioni, va evidenziato che se si volesse sostenere la libera disponibilità degli attributi

(materiali) che formano parte del patrimonio del defunto entrano a far parte del patrimonio ereditario. Si vedano Landgericht Berlin, Urteil vom 17.12.2015, Az. 20 O 172/15; Kammergericht, Urteil vom 31.05.2017, Az. 21 U 9/16; Bundesgerichtshof, BGH, Urteil vom 12. Juli 2018, Az. III ZR 183/17). Per quanto concerne la letteratura, invece, trattandosi di temi che sono stati assai approfonditi soprattutto negli ultimi anni, è obbligatorio il rimando a G. Resta, *La morte digitale*, cit., 891 ss.; Id., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, 1, 2019, 85 ss.; G. Camardi, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 65 ss.

<sup>34</sup> Così V. Ricciuto, *op. ult. cit.*, 100. Il corsivo è nostro.

<sup>35</sup> Questa è l'opinione espressa da V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 690 ss.; e Id., *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 96 ss.

<sup>36</sup> Recante il «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE». Per l'ordinamento italiano, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della *privacy*), dal ultimo modificato con d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

<sup>37</sup> Così V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 691, il quale (*op. ult. cit.*, 711 ss.) indica quale elemento che fa propendere per l'avvenuto riconoscimento dell'esistenza di un mercato dei dati nel menzionato regolamento il fatto che l'art. 20 regolamento (UE) n. 2016/679 (cd. GDPR) attribuisce al soggetto interessato al trattamento dei dati il diritto di ottenere il trasferimento dei propri dati dall'originario titolare (con un vero e proprio dovere giuridico in capo a questi) ad un altro.

ti della personalità mediante contratto, dovrebbe essere verificata la sussistenza del requisito della patrimonialità richiesto sia come prestazione oggetto dell'obbligazione (art. 1174 c.c.) che come natura del rapporto contrattuale (art. 1321 c.c.)<sup>38</sup>.

Tuttavia, il concetto di patrimonialità della prestazione non è nozione univoca in dottrina. Infatti, ai fautori di una teoria soggettiva, che consegnano alla volontà delle parti la valutazione circa la patrimonialità della prestazione, si oppongono i sostenitori della teoria oggettiva (oggi prevalente) che, consapevoli del rischio di confondere patrimonialità della prestazione e giuridicità del vincolo, sostengono la necessità di valutare la prima in base al contesto ordinamentale o sociale in cui questa viene pattuita<sup>39</sup>. Nel primo caso, la patrimonialità sussisterebbe purché la prestazione non si ponga in contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume, risolvendosi quindi la valutazione della prestazione nella verifica della liceità della stessa; nel secondo caso, invece, la patrimonialità della prestazione sarebbe rinvenibile nel fatto stesso che di quel determinato bene si dispone sul mercato. Di quest'ultima circostanza non è dato dubitare, sebbene nella maggior parte dei casi gli atti dispositivi inerenti agli attributi immateriali della persona non siano ancora passati dallo stadio della tipicità sociale a quello della tipicità legale<sup>40</sup>. Tale patrimonialità, dunque, potrebbe essere implicitamente riconoscibile nella rilevanza economica del dato personale e dall'esistenza di un «mercato» in cui tali dati personali vengono obiettivamente «commerciati».

Più complesso, invece, il discorso relativo alla liceità<sup>41</sup> del contratto che abbia ad oggetto diritti della personalità. Questa, difatti, va esclusa solamente per quegli atti dispositivi a titolo oneroso che riguardano la persona intesa nella sua corporeità, stante l'esistenza di un articolato impianto normativo<sup>42</sup>, generale e

<sup>38</sup> Su tali temi, ampiamente, S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 66 ss. Attenta dottrina (F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente*, cit., 112) ha invece ritenuto del tutto superflua la necessità di chiarire la sussistenza di tali requisiti così come quella di risolvere il problema «onerosità-gratuità» del rapporto che si instaura tra singolo utente e *social network* escludendo alla radice che possa discorrersi di contratto. Secondo il medesimo Autore, si potrebbe fare ricorso per inquadrare tale rapporto alla categoria del contratto di rete, figura contrattuale caratterizzata «da singoli contratti bilaterali idonei ad assumere un significato pratico apprezzabile, e quindi una precisa rilevanza giuridica, solo qualora si trovino inseriti nel contesto di altre relazioni bilaterali della medesima natura».

<sup>39</sup> Maggior fautore della teoria oggettiva è stato M. Giorgianni, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, 38 ss. Dello stesso avviso la dottrina pressoché maggioritaria, v., *ex multis*, P. Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 185 ss., F. Carresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1987, 17; A. Palazzo, *Le donazioni*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991; e G. Amadio, *La condizione di inadempimento. Contributo allo studio del negozio condizionato*, Padova, 1996.

<sup>40</sup> Per alcuni esempi di contratti socialmente tipici con i quali si dispone di attributi della persona si pensi al contratto di sponsorizzazione o a quello di *testimonial*.

<sup>41</sup> Nozione che, come correttamente osserva S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 78, spesso è stata erroneamente sovrapposta a quella della indisponibilità con riguardo ai diritti della personalità.

<sup>42</sup> Vedi per tutti G. Resta, *Autonomia contrattuale*, cit., che al § 4 ne offre una interessante panoramica.

speciale, che regola la materia degli atti dispositivi del corpo<sup>43</sup> e li relega esclusivamente nell'alveo della gratuità.

Discorso diverso, invece, va fatto per quel che concerne gli attributi immateriali (o astratti) della persona e, cioè, tutti quei caratteri che non rientrano nella sua sfera corporea, come l'immagine, il nome, la voce o i dati personali, appunto. In queste ipotesi, infatti, non rinvenendosi alcuna normativa da cui poter dedurre il divieto di porre in essere atti di disposizione a titolo oneroso da parte del titolare<sup>44</sup>, non sembrano sussistere quei «limiti imposti dalla legge» all'autonomia privata, di cui all'art. 1322, comma 1 c.c. Sotto tale profilo, lo scambio di dati personali come controprestazione (sempre, beninteso, dietro adeguato consenso ed informativa e non con le modalità adottate da *Facebook* o *WhatsApp* e poi sanzionate dall'Agcm) sarebbe pienamente lecita<sup>45</sup>. Tale scambio, che tuttavia non integra una compravendita *stricto sensu*, difettando il trasferimento della proprietà tipico di tale contratto, non esclude la necessità di un controllo su tali eventuali pattuizioni ai sensi dell'art. 1343 c.c. In sostanza, se si concorda con l'affermazione secondo cui «l'art. 1322 c.c. svolge una funzione di filtro, impedendo l'ingresso nell'ordinamento giuridico di schemi negoziali inidonei [...], mentre l'articolo 1343 c.c. ha il compito [...] di valutare la conformità del concreto regolamento di interessi all'ordinamento giuridico»<sup>46</sup>, ne consegue che sono ammessi atti dispositivi aventi ad oggetto gli attributi immateriali della persona, non essendo vietati esplicitamente nel nostro ordinamento, ma questi non possono in ogni caso porsi in contrasto con le norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume.

Da quanto appena detto deriva poi la necessità di verificare alcune questioni assai rilevanti che sono ricollegabili all'avvenuto riconoscimento della possibilità della commercializzazione dei dati personali. Basti pensare a quella relativa alla loro appartenenza<sup>47</sup>: sebbene i dati personali possano essere considerati beni

<sup>43</sup> Approfonditamente G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 4-8; Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, cit., 808.

<sup>44</sup> Come correttamente osserva V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità*, cit., 510.

<sup>45</sup> Per un riconoscimento giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi sottesi ad un contratto che abbia ad oggetto attributi immateriali della persona, si veda Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, in tema di contratto di sponsorizzazione.

<sup>46</sup> Così A. Astone, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, 259.

<sup>47</sup> Sul tema della proprietà e della circolazione dei dati personali, si vedano, per tutti, P. Rescigno, *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit.; V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., 562 ss.; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.; F. Olivo, *Dati personali*, cit., 157 ss.; A. Nicolussi, voce *Autonomia privata*, cit., 144 ss.; S. Thobani, *La libertà del consenso*, cit., 513 ss.; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 689 ss.; G. Alpa, *La "proprietà" dei dati personali*, cit., 13 ss. Con riguardo alla letteratura straniera, in generale, e con posizioni differenti, M. Dorner, *Big Data und "Dateneigentum"*, *Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels*, in *Computer und Recht*, 2015, 617 ss.; H. Zech, *Daten als*

immateriali<sup>48</sup>, la dottrina maggioritaria è orientata in senso sfavorevole alla sussistenza di un diritto di proprietà (intellettuale) sugli stessi<sup>49</sup>. Da ciò deriva pure l'impossibilità – tranne isolate, seppur autorevoli opinioni<sup>50</sup> – di discorrere di atto dispositivo, in quanto mai il soggetto potrebbe definitivamente trasferire la proprietà dei dati a terzi, potendosi unicamente sussistere facoltà e poteri dell'interessato, ma non già un supposto diritto a cederli liberamente a terzi<sup>51</sup>. Anche chi sostiene la necessità di ammettere l'esistenza di un mercato di circolazione dei dati personali, comunque riconosce che «[n]el modello della *privacy* gli attributi individuali sono configurati come costitutivi dell'identità ed al pari di questa insuscettibili di dismissione definitiva per atto del suo titolare»<sup>52</sup>. Appare, quindi, assai complicato poter sostenere che mediante l'atto dispositivo concernente i propri dati personali questi fuoriescano dalla sfera giuridica di appartenenza del disponente in maniera completa e definitiva. In tal senso, non di compravendita vera e propria dovrebbe parlarsi, ma più correttamente di utilizzazione dei dati personali che sempre restano nella sfera dominicale del suo originario titolare<sup>53</sup>.

*Wirtschaftsgut - Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers"*, ivi, 2015, 137 ss.; Id., *Data as a tradeable commodity*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2017, 51 ss.; J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 5 ss.; Aa.Vv., *Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-10*, 2017, 1 ss.

<sup>48</sup> E ciò accade anche e nonostante l'assenza di una corrispondente situazione giuridica soggettiva sugli stessi collocabile nell'alveo dello schema proprietario, in quanto l'art. 810 c.c. del 1942, diversamente rispetto al codice precedente del 1865 (che all'art. 406 definiva beni tutte le cose che possono essere oggetto di proprietà), fa riferimento a beni che possono formare oggetto di diritti, senza alcuna ulteriore specificazione.

<sup>49</sup> Se ciò è sicuramente vero in senso giuridico, è altrettanto vero che, in virtù del fatto che le grandi società tecnologiche detengono la quasi totalità dei dati personali, queste possono essere definite come proprietarie quantomeno in senso economico. Questo è il ragionamento di N. Duch-Brown, B. Martens, F. Mueller-Langer, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, in *Digital Economy Working Paper 2017-01; JRC Technical Reports*, 23-24. Sembra potersi affermare come l'evoluzione tecnologica stia (tra le altre cose, anche) provocando una perdita di centralità del diritto di proprietà nel nostro ordinamento, sempre più sostituito dallo "stratagemma giuridico" delle licenze e delle forniture di servizi. Basti pensare al fenomeno degli *e-books* i quali, sebbene il congegno giuridico creato dai contraenti assuma la forma di una classica vendita, questi non possono essere donati o prestati ad altri. Per questo ed altri interessanti esempi sul tema, si rimanda a A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore e connessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 471 ss., qui 480 ss. Analizza brevemente alcune ipotesi anche M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, cit., 209-211.

<sup>50</sup> G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 124 ss.

<sup>51</sup> Si veda, per tutti, A. Orestano, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 119 ss., ma spec. § 9.

<sup>52</sup> Così G. Resta, *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Dir. inf.*, 2004, 45. Preme comunque sottolineare come autorevole dottrina ha ritenuto potersi includere nell'alveo del fenomeno dispositivo non solo «ogni atto giuridico che importi diminuzione del patrimonio [...] ossia importi perdita», ma anche l'atto dal quale derivi una «limitazione di diritti patrimoniali»: così E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 292.

<sup>53</sup> Va comunque rilevato che, come rilevano P. Jurcys, C. Donewald, J. Globocnik, M. Lampinen, *My Data, My Terms: A Proposal for Personal Data Use Licenses*, cit., 3, nel *California Consumer Privacy Act* del 2018,



Sulla scorta di tali riflessioni, è stato affermato che la suddivisione, all'interno del diritto della personalità alla protezione dei propri dati personali, tra diritto assoluto e diritto relativo potrebbe non essere calzante<sup>54</sup>, perché non potendosi, appunto, dismettere tale diritto, l'unica possibilità sarebbe quella di permettere l'utilizzo o lo sfruttamento mediante un atto unilaterale come il consenso o mediante la conclusione di un contratto o l'assunzione di una obbligazione.

Vi è, poi, una serie di altre (rilevanti) problematiche come quella relativa alla natura negoziale o meno del consenso al trattamento dei dati personali<sup>55</sup>, oppure quella relativa alla disciplina applicabile in caso di vizi dello stesso. Pur ammesso che si possa discorrere di contratto (sebbene non traslativo) avente ad oggetto dati personali, sia come prestazione principale sia come prestazione accessoria, appare problematica l'individuazione del tipo contrattuale e, di conseguenza, della disciplina in concreto applicabile<sup>56</sup>.

### 3. *L'utilizzo di Facebook è gratuito?*

Oltre ai profili giuridici sopra segnalati, certamente l'argomento centrale attorno a cui ruotano le pronunce del Tar Lazio n. 260 e 261 del 2020 è rappresentato dalla configurabilità o meno come contratto gratuito dell'iscrizione alla piattaforma *Facebook*; in sostanza, il Tar è stato chiamato ad affrontare il tema della qualificabilità (gratuita o onerosa?) dell'uso della piattaforma pur in presenza di una sistematica attività (peraltro non adeguatamente evidenziata dalla socie-

---

è espressamente prevista l'ipotesi della vendita di dati personali e che «consumers have the right to require companies to disclose what information about a particular consumer they are collecting for sales and business purposes (§ 1798.115) and can even opt-out of sales of their personal data (§ 1798.120)».

<sup>54</sup> Vedi S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 63 ss.

<sup>55</sup> Il *punctum dolens* sta tutto nella concezione di consenso "libero" che viene fatta propria dal GDPR. Da una lettura del combinato disposto di cui agli artt. 4, n. 10 e 7, comma 4 si potrebbe sostenere che, tutte le volte che sia rispettato il diritto dell'interessato a ricevere informazioni ampie e chiare sulla natura dell'atto che sta per compiere (cosa che *Facebook* non sembra aver fatto), sarebbe ammissibile concepire il consenso al trattamento dei dati come controprestazione al servizio fornito dal *social network*: v. G. Resta, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di G. Resta, F. Caggia, Roma, 2019, 128 ss. Sul tema del consenso, oltre alla dottrina citata, che comunque si occupa (anche) di tale tematica, si vedano S. Patti, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 4, 455 ss.; S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 6, 621 ss.; e, più recentemente, I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 1, 67 ss. La questione che qui maggiormente interessa, però, è quella del consenso inteso come elemento che concorre alla formazione della fattispecie contrattuale (scambio di dati contro servizio di *social networking*).

<sup>56</sup> Su tutti questi temi vedi le approfondite riflessioni di V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., 553 ss.; G. Resta, *Autonomia privata*, cit., 250 ss.; Id., *Autonomia contrattuale*, cit., 99 ss., e spec. § 5; V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 121 ss.; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., *passim*; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 436 ss.

tà e, dunque, autonomamente censurabile) di raccolta e utilizzo dei dati personali degli stessi utenti della piattaforma. Se l'uso del *social* è condizionato (e senza possibilità di alternative) all'utilizzo di tali dati personali (identità personale, contatti, fotografie, localizzazioni geografiche e preferenze desunte dalla navigazione)<sup>57</sup>, si pone il problema giuridico della configurazione dell'iscrizione a *Facebook* come gratuita, secondo quanto recitava lo *slogan* (poi edulcorato) della sua schermata iniziale («*Facebook è gratis e lo sarà sempre*»): se l'utilizzo di quei dati da parte del colosso americano sono le condizioni per la fruizione del servizio, si può in termini astratti definire l'iscrizione e l'uso di *Facebook* come «gratuita»?

La tesi della società *Facebook* è nel senso che il servizio sarebbe fornito agli utenti gratuitamente; la nozione di gratuità eccepita è evidentemente tecnico-oggettiva: nessun corrispettivo patrimoniale (nemmeno indiretto) è richiesto.

Opposta la ricostruzione dell'Antitrust, accolta dal G.A. nel giudizio sfociato nelle sentenze n. 260 e 261 del 2020: «Sino al 15 aprile 2018, l'utente che accedeva alla homepage di *Facebook* per registrarsi sulla Piattaforma (sito *web* e *app*), a fronte di un *claim* sulla gratuità del servizio offerto «*Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre*», non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di *FB*»<sup>58</sup>. L'informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come contro-prestazione del servizio offerto dal *social network*, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, osservava Agcm, «i ricavi provenienti dalla pubblicità *on line*, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di *Facebook Ireland Ltd.* e il 98% del fatturato di *Facebook Inc.*».

Le notazioni dell'Antitrust sono coerenti con la strategia commerciale di *Facebook* che è essenzialmente focalizzata sulla conclusione di accordi con terze parti per monetizzare il valore dei dati personali trattati. In pratica, come si evince anche dalle sentenze del Tar Lazio n. 2620 e 2621 del 2020 in merito alle valutazioni dell'Agcm, *Facebook* non trasferisce i dati personali degli utenti a terzi ma li elabora per fini di pubblicità “targettizzata”, ossia calibrata sulla profilazione dei propri utenti, dopo che di questi sono stati analizzati, tra l'altro, tendenze e preferenze di consumo. In pratica, *Facebook* – più che cedere a terzi i dati personali dei propri utenti – li rielabora onde comprendere le preferenze commerciali di questi così da proporre i “consigli per gli acquisti” più adatti; ed in tal modo esso realizza la quasi totalità dei propri ricavi. Detto altrimenti, i dati personali degli

<sup>57</sup> Una precisazione è, però, dovuta. Difatti, alcuni dati sono naturalmente necessari ai fini dell'erogazione del servizio (basti pensare a quelli della carta di credito per il pagamento del bene acquistato online, o l'indirizzo di consegna), e la loro “cessione” è inevitabile. È con riguardo, invece, a tutti gli altri dati richiesti ai fini di compiere attività di profilazione e di *marketing* che si può parlare di corrispettivo in senso giuridico.

<sup>58</sup> Cfr. § 18 del provvedimento.

utenti vengono utilizzati da Facebook per fornire a terzi la possibilità di creare una pubblicità (c.d. *advertising*) sempre più calibrata sulle esigenze in qualunque modo espresse dal singolo utente.

Come si è accennato sopra (v. § 1.1, in fine), l'Agcm sosteneva (v. provvedimento PS11112, n. 27432, § 5 e 23, pratica *sub b*) che Facebook avesse previsto un meccanismo che, tramite vari passaggi, comportava la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito web/app) del social network ai siti web/app di terzi e viceversa, senza preventivo consenso. Ma il Tar Lazio ha ritenuto tale pretesa trasmissione automatica frutto di un evidente travisamento dei fatti da parte dell'Autorità ed ha accolto il ricorso della società irlandese, annullando, *in parte qua*, il provvedimento Agcm (pratica *sub b*)).

Può dirsi, dunque, acclarato che il trasferimento dei dati personali non avviene in alcuna direzione: né da parte dell'utente verso Facebook né da parte di questi verso terze imprese commerciali, anche se sono queste ultime a remunerare la piattaforma *social* proprio in ragione del fatto che Facebook offre la pubblicità di prodotti sulla base di analisi mirate dei dati personali degli utenti<sup>59</sup>.

Nondimeno, il rilievo economico dei dati personali trattati da Facebook, ancorché non ceduti a terzi, impone una tutela non limitata alla sfera della *privacy* (come ad esempio: revoca del consenso, accesso, rettifica, oblio); infatti, come condivisibilmente ritenuto dal Tar Lazio, la tesi fatta valere in giudizio da Facebook «sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un “asset” disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di “controprestazione” in senso tecnico di un contratto»<sup>60</sup>.

### 3.1. Sulla nozione di onerosità dei contratti di iscrizione ai social network

Contrariamente all'impostazione difensiva di parte ricorrente ed in linea con quanto ritenuto dal Tar Lazio, è indubbio che il contratto sia qualificabile a titolo oneroso tutte le volte in cui i contraenti ricevono una controprestazione, qualunque essa sia, ancorché non identificabile con un flusso monetario, mentre si configura a titolo gratuito quando solo uno dei contraenti riceve dall'altro una prestazione che gli arreca un vantaggio<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Dati personali che, comunque, mantengono un valore economico *ex se*, e sono inquadrabili come controprestazione del rapporto utente-piattaforma, a prescindere dall'utilizzo che questa ne faccia con i terzi.

<sup>60</sup> Tar Lazio, n. 261/2020, cit., § 6.

<sup>61</sup> Di questo avviso è la dottrina maggioritaria: si vedano, per tutti, A. Cataudella, *Bilateralità, corresponsività e onerosità*, in *Studi senesi*, 1968, 98; O.T. Scozzafava, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 71; E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 722; P. Morozzo Della Rocca, voce *Negozi a titolo gratuito*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, 2002, 1-2.

Si tratta di una distinzione apparentemente semplice ed intuitiva, ma che in realtà merita di essere approfondita<sup>62</sup>. In primo luogo, va evidenziato come il contratto oneroso non sempre è caratterizzato dalla corrispettività, intesa come collegamento tra le due prestazioni, che trovano dunque reciproca giustificazione, con la conseguenza che il contratto può, sì, essere a titolo oneroso, ma potrebbe non sussistere quel nesso tra prestazioni che lo rende «a prestazioni corrispettive»<sup>63</sup>. In conclusione «[t]utti i contratti con prestazioni corrispettive sono onerosi, ma non tutti i contratti onerosi sono con prestazioni corrispettive»<sup>64</sup>.

In secondo luogo, a partire dalla differenza tra liberalità e gratuità<sup>65</sup>, se è vero che nel contratto gratuito manca un corrispettivo, ciò non esclude che sussista un interesse, anche patrimonialmente valutabile, in capo a chi effettua la prestazione, pur se questi non ricava direttamente una prestazione in senso stretto dalla controparte<sup>66</sup>.

Ebbene, se è vero che il fenomeno della gratuità del contratto ha ormai acquisito una posizione di grande rilevanza<sup>67</sup>, ciò non può condurre a confutare che «la logica dello scambio [*continua a*] prevale[re] sulla logica del dono» e, dunque, che «la prima e più elementare ragione giustificativa degli spostamenti di ricchezza [...] è la reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici»<sup>68</sup>. In fondo, è l'egoismo che ispira ogni atto giuridico (e non); e di ciò non può che risentire anche la fenomenologia contrattuale, sia privata che pubblica.

Ecco perché, in linea con quanto ritenuto dal Tar Lazio nelle sentenze 260 e 261 del 2020, è da respingere l'idea che la gratuità di rapporti vada configurata tutte le volte in cui manca un corrispettivo monetario immediato. Infatti, atte-

<sup>62</sup> Innanzitutto, per distinguere quelle ipotesi in cui a tale terminologia il legislatore fa riferimento in senso atecnico rispetto a quelle in, invece, è «più pregnante, quanto meno, da un punto di vista giuridico». V. O.T. Scozzafava, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, cit., 68.

<sup>63</sup> Purché, quindi, pur non essendoci sinallagma, la parte che effettua l'attribuzione patrimoniale riceva un vantaggio dall'altra.

<sup>64</sup> V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2011, 440. Dottrina minoritaria, seppur autorevole, ha criticato in passato la riconduzione della *species* della corrispettività al *genus* della onerosità: si v. U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 142 ss.; *contra, ex multis*, P. Morozzo Della Rocca, voce *Negozi a titolo gratuito*, cit., 2.

<sup>65</sup> Anche in questo caso vale infatti un principio simile a quello su accennato e, cioè, che «se è vero che tutti gli atti di liberalità sono gratuiti, non è vero il contrario». Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 839.

<sup>66</sup> Situazione che potrebbe essere definita come di gratuità interessata. Nella giurisprudenza di legittimità si veda come esempio paradigmatico quello dell'avallo di cambiali compiuto da una società a favore di altra, giuridicamente autonoma dalla prima: Cass., 14 settembre 1976, n. 3150.

<sup>67</sup> Difatti, come efficacemente affermato da autorevole dottrina, ci troviamo ormai «lontani dalla concezione ispiratrice del Codice civile del '42 che – nell'ottica del diritto privato patrimoniale – relega il contratto “gratuito” a mera eccezione del “corrispettivo”, guardandolo addirittura con sospetto». Così A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo-S. Mazzaresse, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2008, 5.

<sup>68</sup> Così V. Roppo, *Il contratto*, cit., 369. Il corsivo è mio.

so che il nucleo fondante dell'attività di *Facebook* consiste nella raccolta e trattamento di dati personali messi a disposizione degli utenti (che pur non erogano un corrispettivo economico), e che proprio tali dati vengono utilizzati per la profilazione degli utenti medesimi e per finalità di analisi del mercato (*marketing*)<sup>69</sup>, appare ingenuo sostenere che «Facebook è gratis. E lo sarà sempre», in quanto sono i dati stessi a rappresentare il compenso per il *social network*, ovvero la contropartita immediata e diretta<sup>70</sup> del servizio di *networking*. In sostanza, nonostante la mancanza di un prezzo stabilito per poter accedere a *Facebook*, la piattaforma genera un valore economico sfruttando, su larga scala, proprio i dati personali ceduti dagli utenti<sup>71</sup>.

Si pensi che nella proposta di direttiva COM/2015/0634, presentata nel dicembre del 2015 dalla Commissione Europea, «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale»: l'art. 3, comma 1, prevedeva espressamente che questa si applicasse «ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato». Inoltre, il «Considerando» n. 13, riconosce al di là di qualsiasi ragionevole dubbio che «nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato». Partendo da tale consapevolezza, la Commissione ritiene irragionevole «introdurre una differenziazione a seconda della natura della «controprestazione» poiché ciò «significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati»; ne deriva l'applicabilità delle disposizioni della pre-

<sup>69</sup> Tutti i dati personali di cui disponiamo a favore, tra gli altri, di *Facebook* vengono utilizzati, dopo essere stati rielaborati, per fornire a soggetti terzi la possibilità di creare un *advertising* sempre più mirato al singolo utente. Sulla rilevanza, ai fini della sussistenza del carattere oneroso del contratto, dell'intera operazione economica considerata nel suo complesso, si veda E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 722.

Resta chiaro che i dati personali assumono un valore ove trattati in grandi quantità, così come accade nel caso di specie mentre, presi in relazione ad un singolo individuo perdono parte della loro appetibilità. Privilegiando un approccio squisitamente economico, il *Financial Times* ha creato un algoritmo per calcolare il valore dei dati personali. Reperibile in [ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/#axzz2WDzN1Z8V](http://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/#axzz2WDzN1Z8V).

<sup>70</sup> In assenza di tali caratteristiche della controprestazione, secondo G. Scalfi, *Corrispettività e alea nei contratti*, Varese, 1963, 105, non si potrebbe discutere di onerosità.

<sup>71</sup> Sulla ammissibilità, nonostante le modifiche alla menzionata direttiva e il parere espresso dal GEPD, dello scambio tra dati personali e altre prestazioni sulla scorta di una interpretazione sistematica e testuale dell'art. 7, comma 4 GDPR, v. G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 426 ss.

sente direttiva» a prescindere dal fatto che la fornitura del servizio dipenda «dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione».

È noto, altresì, che a tale proposta seguì l'intervento, mediante parere n. 4 del 2017, del Garante Europeo della protezione dei dati (GEPD), nel quale veniva fortemente stigmatizzato l'utilizzo del termine "controprestazione" in riferimento ai dati personali, i quali, in virtù della natura di diritto fondamentale che deve essere attribuita al diritto alla loro protezione, non possono essere considerati alla stregua di una merce. Anche se può ripugnare alla coscienza dei più, la visione "mercantilistica" dei dati personali è comunque nella sostanza prevalsa, come si ricava dal fatto che nella Direttiva 2019/770/UE, l'art. 3, comma 1 se è vero che non fa (più) riferimento alla controprestazione, è pur vero che parla del «caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico». Nonostante la diversa terminologia utilizzata rispetto all'originaria proposta del Parlamento e del Consiglio COM(2015) 634, non può negarsi che la Direttiva del Parlamento e del Consiglio mostra chiara consapevolezza della rilevanza economica dei dati personali immessi dagli utenti dei servizi a contenuto digitale e che questi, anche se non qualificati espressamente come una "controprestazione", rappresentano obiettivamente quel che «il consumatore fornisce o si impegna a fornire» all'operatore economico in cambio del «contenuto digitale o un servizio digitale» ricevuto.

E poco importa che il dato personale non possa essere considerato oggetto di un diritto di proprietà, perché se l'utente, al fine di perseguire il proprio interesse (fruizione del servizio<sup>72</sup>) rinuncia ad un bene che ha un rilievo economico a favore di chi tale interesse può soddisfare, a sua volta soddisfacendo il proprio, non vi è chi non veda come questo congegno giuridico possa essere ricondotto nell'alveo della (corrispettività e, quindi, anche della) onerosità. A meno di non voler concordare con quanto capziosamente sostenuto in giudizio da *Facebook Ireland Ltd.*, secondo la quale «se anche si accettasse che la fornitura di dati personali possa costituire una forma di corrispettivo per l'uso del servizio, i consumatori non sarebbero comunque ingannati dalla condotta della società giacché l'utente medio comprende il termine 'gratuito' secondo il significato tipico e ordinario del termine stesso, e quindi secondo il senso con cui questo è utilizzato – vale a dire, che non vi è alcun costo finanziario»<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Non patrimoniale, seppur sempre suscettibile di valutazione economica (v. art. 1174 c.c.), giacché l'utente-consumatore, mediante l'accesso al *social network*, persegue obiettivi che ineriscono strettamente allo sviluppo della persona umana (sviluppo che ciascuno è libero di perseguire e raggiungere come meglio crede, ovviamente).

<sup>73</sup> Vedi Provvedimento Agcm PS11112, n. 27432, p. 36.

In sintesi, «[l]a qualificazione dell'atto come oneroso dipende dal verificarsi in capo a tutti i soggetti del rapporto giuridico da esso scaturente di un sacrificio»<sup>74</sup>. E nel caso di specie quest'ultimo corrisponde, valutando il rapporto, ovviamente, dalla prospettiva di entrambe le parti, da un lato all'interesse della piattaforma *social* ad ottenere il diritto al trattamento dei dati degli utenti, e dall'altro, invece, all'interesse di questi ultimi ad utilizzare i servizi offerti dalla piattaforma<sup>75</sup>. Negare la qualificazione giuridica in termini onerosi al rapporto in esame, per come si delinea obiettivamente, significherebbe, ad avviso di chi scrive, anche sottovalutare l'utente e disconoscere la sua capacità di percepire il rilievo patrimoniale delle proprie condotte nei rapporti con i terzi<sup>76</sup>.

Sotto altra angolazione, chi nega la tesi dell'onerosità dovrebbe pure spiegare quale sarebbe il vantaggio economico delle società del gruppo *Facebook* in assenza del trattamento (interessato) dei dati personali degli utenti: come farebbero, queste, a ricercare e conseguire quel lucro che è elemento teleologico-costitutivo della società? È piuttosto nello scambio (*lato sensu*) tra dati personali e possibilità di accesso alla piattaforma che va individuato il nesso di corrispettività; è nello "scambio" tra la "fornitura di dati" e "fornitura del servizio" che si caratterizza la normale onerosità del contratto. Tale moderna forma della onerosità caratterizza, a ben vedere, tutte le modalità di accesso ai servizi digitali che pur si presentano come apparentemente gratuiti: da *Facebook* a *WhatsApp*, da *YouTube* a *Instagram* fino al colosso di *Google* con tutte le sue articolazioni che si pretende siano ostentatamente filantropiche, come *Google Arts & Culture* (che, infatti, lucra a scapito dei diritti di proprietà delle diverse Amministrazioni pubbliche sulle relative collezioni). Basti pensare che secondo le stime fatte dal Garante europeo per la pro-

<sup>74</sup> Così P. Morozzo Della Rocca, voce *Negozi a titolo gratuito*, cit., 1.

<sup>75</sup> Si pensi che, secondo G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 417, addirittura «sorge il dubbio che la situazione si possa rovesciare: sono gli utenti che forniscono un servizio (di dati) a determinate imprese e vengono da questi remunerati con dei servizi digitali». Ciò si afferma (anche) in virtù del fatto che l'utente consumatore continua a fornire i propri dati anche quando non utilizza il servizio, poiché interagendo con funzionalità e pubblicità della piattaforma, vengono aggiunte ulteriori informazioni al profilo mediante *cookies*.

<sup>76</sup> D'altronde, questa scarsa (o inesistente) consapevolezza che sovente accompagna l'utente nella conclusione di rapporti con piattaforme *online* "gratuite" non sembra possa escludere l'esistenza di tale accordo mediante il riferimento alla totale assenza di volontà giacché qui in questi casi non vi è bensì alcun trasferimento definitivo di un bene da un patrimonio ad un altro, ma si tratta di un servizio che funziona in maniera ininterrotta (a meno che, come già osservato, non si cancellino tutti i *cookies* o, più drasticamente, si decida di rompere il proprio dispositivo). Si veda, al riguardo, B. Custers, *Click here to consent forever: Expiry dates for informed consent*, in *Big Data & Society*, 2016, 1 ss. Non è un caso, infatti, che sia stato correttamente sostenuto come, al fine di creare un sistema di licenze per dati personali che aiuterà le persone a determinare le condizioni per concedere a terzi l'accesso agli stessi, «individuals must understand that their personal data is valuable and should be armed with tools that enable them to manage data relationships with third parties». Così P. Jurczyk, C. Donewald, J. Globocnik, M. Lampinen, *My Data, My Terms: A Proposal for Personal Data Use Licenses*, in *Harvard J. L. & Technology, Digest Spring 2020*, 33, 2.

tezione dei dati personali (GEPD), il “mercato” europeo dei dati personali nell’economia digitale vale ben 300 miliardi di euro<sup>77</sup>.

Se la ricostruzione fosse errata, gli enti privati gestori di quei servizi sarebbero da qualificarsi non come società ma come multinazionali della carità universale. Il che è falso.

D’altro canto, è la corrispettività la norma di qualsiasi umana operazione negoziale. Ce lo insegnava già Adam Smith che, proprio nel teorizzare la logica dello scambio, ne *La ricchezza delle nazioni* riconosceva con franchezza da pochi altri ammessa che «l’uomo ha un bisogno quasi costante dell’aiuto dei suoi simili, ed invano se l’aspetterebbe soltanto dalla loro benevolenza. Potrà più probabilmente se può indirizzare il loro egoismo a suo favore, e mostrare che per loro è vantaggioso fare ciò che egli richiede (...). Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro desinare, ma dalla considerazione del loro interesse personale. Non ci rivolgiamo alla loro umanità ma al loro egoismo»<sup>78</sup>. Declinati tali principi nella fattispecie in esame, può affermarsi che, *Facebook* ambisce alle informazioni personali e il consumatore desidera ottenere determinati prodotti o servizi. In questa dialettica, anche nel caso di Facebook possono rinvenirsi gli elementi tipici del commercio che, come noto, si configura non solo quando ad essere scambiato è il denaro ma anche quando si cedono altre utilità.

L’egoismo, dunque, lungi dal dover essere avversato, rappresenta il motore potente di ogni attività umana e non va mascherato ipocritamente dietro insistenti operazioni gratuite che non reggono a confronto né della comune morale societaria né dei fatturati delle relative società. Se, dunque, il contratto corrispettivo è perciò stesso oneroso, ben si può aderire all’impostazione del Tar Lazio che ha giudicato poco persuasiva<sup>79</sup> la concezione del dato personale fatta valere in giudizio da *Facebook Inc.* È, invece, nel processo di patrimonializzazione dei dati personali che va individuata l’onerosità corrispettiva del contratto di iscrizione alla piattaforma *social*.

<sup>77</sup> GEPD, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*, Bruxelles, 2014. Sulla circostanza che le piattaforme online siano adeguatamente remunerate in dati personali, oltre alla dottrina italiana citata in precedenza, si veda anche A. Metzger, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2016, 817 ss.; Id., *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, 1 ss.; e M. Bisges, *Personendaten, Wertzuordnung und Ökonomie*, in *Multimedia und Recht*, 2017, qui 301.

<sup>78</sup> A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, a cura di Anna e Tullio Biagiotti, Milano, (1776) 2013, 30-31 (corsivi nostri).

<sup>79</sup> G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 414 invece, in riferimento alle teorie che sostengono, appunto, la gratuità di tali servizi, hanno detto che esse sono frutto di una «profonda misconoscenza (per dirla eufemisticamente) sia del diritto che dell’economia».



Tale considerazione può giudicarsi non solo ragionevole sulla base dei veduti principi (logici e giuridici) di carattere generale, ma anche pacifica presso le istituzioni comunitarie e diverse Autorità indipendenti<sup>80</sup>.

La Commissione Europea, ad esempio, negli “Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE” relativa alle pratiche commerciali sleali del 2016<sup>81</sup>, sostiene che «[i] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi»; anche la Consumer Protection Cooperation Network, nel 2019 ha ritenuto che «*Facebook failed to clarify that their business model and main source of revenue are based on the commercial use of data and generated content that users give in exchange of using Facebook’s services*»<sup>82</sup>; analogamente, l’Agcm, nel procedimento istruttorio attivato a carico di *WhatsApp* e, dunque, diverso da quello poi sfociato nelle sentenze n. 260 e 261 del 2020, ha riconosciuto che «la rilevanza economica dei dati degli utenti [...] per la stessa *WhatsApp* che ha, infatti, dichiarato la possibilità di utilizzarli direttamente per ottenerne un ricavo tramite, ad esempio, un servizio di messaggistica relativa a notifiche e aggiornamenti per conto di altri operatori economici»<sup>83</sup>. Di tal guisa, «[i] dati degli utenti di *WhatsApp* assumerebbero [...] rilevanza economica in quanto la loro condivisione consentirebbe a *Facebook* di migliorare la propria attività di *advertising* e a *WhatsApp* di prevedere che su servizi fondati sui dati potrebbe ricevere un compenso economico»<sup>84</sup>. A ciò si aggiunga che l’art. 3 della direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali stabilisce che la normativa si applica, oltre che naturalmente ai contratti in cui il contenuto o servizio digitale è servito dietro corrispettivo di un prezzo, «altresì nel caso in cui l’operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico».

<sup>80</sup> Preme ricordare, oltre a quanto si dirà subito appresso, che la natura di prestazione corrispettiva dei dati personali degli utenti *social* è riconosciuta anche nell’ambito delle valutazioni delle concentrazioni tra imprese. Si veda quanto affermato dalla Commissione europea nel caso *Comp/M.7217– Facebook/Whatsapp*: «[t]he vast majority of social networking services are provided free of monetary charges. They can however be monetized through other means, such as advertising or charges for premium services».

<sup>81</sup> Commissione europea, *Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016, 28, reperibile in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN).

<sup>82</sup> Consumer Protection Cooperation Network, *Consumer Protection Cooperation Action on Facebook’s Terms of Service*, Bruxelles, Aprile 2019, reperibile in [ec.europa.eu/info/sites/info/files/live\\_work\\_travel\\_in\\_the\\_eu\\_consumers/documents/factsheets\\_on\\_the\\_changes\\_implemented\\_by\\_Facebook.pdf](http://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu_consumers/documents/factsheets_on_the_changes_implemented_by_Facebook.pdf).

<sup>83</sup> Agcm, procedimento istruttorio 11 maggio 2017, n. PS/10601 (Pres. Pitruzzella, rel. Muscolo), punto 28, in [Agcm.it/doccms/DOC/allegati-news/PS10601\\_scorrsanz\\_omi.pdf](http://Agcm.it/doccms/DOC/allegati-news/PS10601_scorrsanz_omi.pdf), annotata da G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo*, cit., 418 ss.

<sup>84</sup> Agcm, procedimento istruttorio 11 maggio 2017, n. PS/10601, cit., punto 29.

Sulla base di tali evidenze, appare scarsamente contestabile che i dati personali ben «possono costituire un *asset* disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di controprestazione in senso tecnico di un contratto»<sup>85</sup>; e ciò anche a prescindere dall'alienazione definitiva degli stessi dati, evidentemente non configurabile per la natura personalissima degli stessi, come già rilevato *retro*.

Ad ulteriore conferma di tale tesi si pensi che una delle novità introdotte dalla Direttiva 2019/770/UE consiste proprio (art. 13, 14 e 16) nell'attribuzione al consumatore-utente della possibilità di esperire una serie di rimedi «contrattuali» (*id est* riduzione in pristino del servizio e diritto di recesso) anche quando il servizio non è prestato dietro pagamento di un prezzo<sup>86</sup>. Dal che si desume come sia pienamente assentita anche la fornitura dei propri dati personali dietro corrispettivo (ovvero, se si preferisce, l'utilizzazione di servizi digitali dietro fornitura dei dati), a prescindere dalla espressa qualificazione di tale fornitura quale controprestazione in senso stretto.

Tale impostazione, concettuale e giuridica, comunque pienamente aderente all'ordinamento vigente, anche europeo, comporta la riconduzione dell'atto di iscrizione nella piattaforma *social* di *Facebook* (ma lo stesso dicasi per ogni altro *social network*) nell'alveo contrattuale<sup>87</sup>, prima, e sinallagmatico-oneroso, poi<sup>88</sup>. Il superamento della tesi che rinviene in tali rapporti un contratto di tipo gratuito

<sup>85</sup> Tar Lazio, sez. I, n. 260 e 261 del 2020, cit., § 6. Così ragionando il Tar Lazio mostra di avvalorare la tesi secondo cui possono presentarsi aspetti diversi di uno stesso diritto della personalità: l'uno avente carattere assoluto e contenuto non patrimoniale e l'altro avente carattere relativo e contenuto patrimoniale. Sul tema si vedano, per tutti, V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., spec. 574, che individua l'oggetto del negozio nella prestazione più che nell'attributo; e V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 100, secondo il quale si può cogliere «una certa ritrosia a prendere atto che sull'attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero [...] due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità». *Contra*, però D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali*, cit., 339 ss.; e A. Orestano, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 161 ss. Contraria alla necessità di ricorrere a tale ricostruzione dogmatica anche S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 63, la quale sottolinea come «non sia necessario tentare di individuare un bene esterno al soggetto da poter trasferire», poiché con l'attività contrattuale relativa ai diritti della personalità non vi è nulla da trasferire, non essendo possibile, ma, bensì, si assume una obbligazione di *patti, facere* o non fare.

<sup>86</sup> Sul tema qui solamente accennato si veda, in generale, A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali nella proposta di Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018.

<sup>87</sup> Poiché la manifestazione per eccellenza dell'autonomia privata è il contratto, il problema per gli studiosi è stato principalmente quello di interrogarsi sulla ammissibilità e i limiti di commistione tra autonomia privata e diritti della personalità. Per tutti, vedi G. Resta, *Contratto e persona*, cit., 3 ss.

<sup>88</sup> Molto spesso, invece, come è stato correttamente osservato (vedi G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 414 e 422 ss.; V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 121 ss.), si è fatto addirittura ricorso a categorie giuridiche diverse rispetto a quella del contratto, come quella delle obbligazioni naturali o a quella dei rapporti di mero fatto o a categorie che nemmeno accedono all'area del giuridicamente rilevante, come quella dei rapporti di cortesia.

costituisce non una impotente accettazione, per il giurista, di logiche mercantili-stiche ma, al contrario, consente all'interprete di estendere ogni possibile garanzia giuridica all'utente (anche prevista dal Codice del consumatore) ben oltre la stretta normativa sulla protezione dei dati personali.

Ne deriva, pertanto, l'opportunità (e la necessità) di indagare intorno alle conseguenze che comporta il riconoscimento di un rapporto di tipo oneroso e a prestazione corrispettive tra il soggetto che fornisce un servizio digitale e quello che tale fornitura remunera mediante i propri dati personali. Infatti, è noto che solo nel contratto gratuito il contraente che deve effettuare la prestazione potrà rivestire una posizione più vantaggiosa sia, ad esempio, nella fase fisiologica<sup>89</sup> dello stesso che in quella patologica<sup>90</sup>; regole diverse sono stabilite anche per la fase costitutiva<sup>91</sup>. Viceversa, solo nel contratto a prestazioni corrispettive, quale quello di iscrizione a *Facebook*, è applicabile il rimedio funzionale della risoluzione<sup>92</sup>, in quanto la prestazione dell'un contraente trova giustificazione in quella dell'altro. Il che comporterebbe la possibilità, in questo caso, anche per il *social* che fornisce il servizio di risolvere il contratto nel caso in cui, in ipotesi, i dati dell'utente si scoprissero incompleti o non veritieri.

#### 4. *Trattamento dei dati personali e applicabilità del Codice del consumo*

L'importanza della ricostruzione del rapporto utente-*social network* in termini di contratto a titolo oneroso si riverbera nell'applicabilità della normativa consumeristica in tema di tutela del contraente (debole) rispetto alle pratiche commerciali scorrette eventualmente realizzate dal professionista-imprenditore. Infatti, è noto il *favor* con cui il legislatore (generalmente) circonda gli atti caratterizzati dalla onerosità giacché maggiore è la protezione assicurata all'acquirente a titolo oneroso quando si tratti di risolvere conflitti, individuare una discipli-

---

<sup>89</sup> Si pensi al *favor* che il legislatore manifesta con la previsione di cui all'art. 1371 c.c., ai sensi del quale, nell'ipotesi in cui «il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito».

<sup>90</sup> Come nell'ipotesi di inadempimento, laddove: i) è prevista, dall'art. 1468 c.c. una disciplina *sui generis* di risoluzione; e ii) la responsabilità del contraente che avvantaggio l'altro a titolo gratuito è valutata con maggiore indulgenza, rilevando molto spesso solo il dolo o la colpa grave (v., ad esempio, artt. 1710, comma 1 e 1821, comma 2).

<sup>91</sup> Difatti, l'art. 1333 c.c. prevede che il contratto si debba ritenere concluso nel caso in cui il contraente che riceve la proposta non provveda a rifiutarla il che, evidentemente, differisce dalle modalità di conclusione del contratto, per così dire, tipiche, di cui all'art. 1326 c.c. Sulla *vexata quaestio* relativa alla natura uni/bilaterale della situazione giuridica scaturente dalla proposta di cui al menzionato art. 1333 c.c. si rimanda, per tutti, a E. Damiani, *Sulla inutilità del negozio unilaterale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 599 ss.

<sup>92</sup> È chiaro in tal senso l'art. 1453 c.c., laddove limita chiaramente il rimedio risolutorio ai contratti con prestazioni corrispettive.

na o garantire tutela (si pensi, rispettivamente, a quanto stabilito dagli artt. 534, 1054 e. 2901 c.c.). Ecco che, allora, se ci si muove nell'ottica secondo cui l'utente del *social network* è (anche) consumatore, e vanta un diritto (della personalità) alla protezione dei propri dati, le conseguenze derivanti dall'inquadramento del rapporto che si instaura con la piattaforma sembrano essere (soprattutto) positive.

Nella vicenda che ha interessato il Tar Lazio nel 2020, la ricostruzione intorno alla qualificabilità a titolo oneroso (e non gratuito) del contratto di iscrizione alla piattaforma *Facebook* rappresenta la premessa per poter giungere all'affermazione di responsabilità in ordine alle condotte tenute dal colosso americano come pratiche commerciali scorrette<sup>93</sup>, disciplinate, come noto, dal d.lgs. 146/2007, emanato in attuazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali.

Infatti, solamente dopo aver qualificato il rapporto *Facebook*-utente come contratto a titolo oneroso appare poi applicabile la normativa contenuta nel Codice del consumo; diversamente, se fossero state ritenute fondate le censure di *Facebook* relative all'assenza di qualsivoglia corrispettivo a carico dell'utente per l'utilizzo del servizio, l'unica disciplina applicabile sarebbe stata quella sulla *pri-*

---

<sup>93</sup> La dottrina sul tema è sterminata il che impone di limitare i rimandi. Si vedano M. Clarich, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, 688 ss.; F. Ghezzi, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, 680 ss.; M. Libertini, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 147 ss.; R. Garofoli, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra autorità*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2013; F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.; P. Magnani, *Attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati*, in *Riv. soc.*, 2014, 1195 ss.; M.R. Raspanti, *Il nuovo assetto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette: "reddite quae sunt auctoritatis auctoritati"*, in *Conc. merc.*, 2015, 155 ss.; G. Barozzi Reggiani, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2016, 683 ss.; A. Fachechi, *Gli orientamenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (anni 2014-2015)*, in *Conc. merc.*, 2016, 497; M. S. Bonomi, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, fasc. 6, 793; M. Cappai, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, 879 ss.; E. M. Barbieri, *Pratiche commerciali scorrette o ingannevoli e quantificazione delle relative sanzioni*, in *Nuovo not. giur.*, 2018, 8 ss.; I. Garaci, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 61 ss.; A. Gagliardi, *Pratiche commerciali scorrette*, Milano, 2018; C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *I Contratti*, 2019, 493; F. Bernardi, *Il diritto "generale" delle pratiche commerciali scorrette e le discipline "settoriali"*, in *Pers. merc.*, 2019, 2, 23 ss.; A. Aiello, *Nozioni di professionista e di pratiche commerciali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. media*, 2019, 282 ss.; B. Rabai, *Ancora sul riparto di competenze tra autorità antitrust e autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 366 ss.; A. Verdesca, *Pratiche commerciali scorrette e tutela dei consumatori: tra conformazione del contratto e poteri delle authorities*, in *Corriere giur.*, 2019, 943 ss.; O. Pini, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o «consumatore di servizi finanziari» - Un focus sul riparto fra Consob e Agcm in materia di pratiche commerciali sleali*, in *www.rivistaaic.it*, 2019; I. Speciale, *Le discipline sulle pratiche commerciali scorrette al vaglio della corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2019, 2595 ss.

*privacy* e, conseguenzialmente, le relative sanzioni avrebbero potuto essere irrogate dal relativo Garante.

Orbene, nel caso “Facebook” i giudici amministrativi hanno ritenuto ingannevole il fatto che la società abbia adottato, nella fase di prima registrazione dell’utente nella piattaforma *social*, «un’informativa ritenuta da Agcm priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti».

## 5. *Pratiche commerciali scorrette*

Come noto, le pratiche commerciali scorrette sono disciplinate dalla direttiva 2005/29/CE che è stata attuata nell’ordinamento nazionale dagli artt. 18 - 27-*quater*, d. lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo)<sup>94</sup>. La *ratio* giustificativa della norma è stata individuata nella compensazione «della debolezza contrattuale – derivante dallo squilibrio informativo nei rapporti con il professionista – del soggetto che pone in essere atti negoziali per scopi oggettivi di consumo»<sup>95</sup>. Ma non solo: indirettamente ad esser tutelato è il corretto funzionamento del mercato concorrenziale per il tramite della garanzia della libertà di scelta del consumatore<sup>96</sup>.

In relazione all’ambito applicativo oggettivo, la nozione di “pratica” commerciale scorretta evoca il concetto di “attività”, e non di “atto” negoziale, che pone in essere l’imprenditore o il professionista. Si tratta, pertanto, di un comportamento che ha valenza generale e che si inserisce, in quanto tale, nell’ambito di una strategia di impresa o professionale finalizzata a trarre illeciti vantaggi economici con pregiudizio delle parti contrattuali deboli.

Secondo l’art. 20 cod. cons., comma 1, una pratica è scorretta se ricorrono due condizioni: *i*) la sua contrarietà alla «diligenza professionale»; *ii*) la sua idoneità «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o

<sup>94</sup> Sulla rilevanza, anche ai fini della valutazione sulla correttezza delle pratiche commerciali, del mancato rispetto del dovere di fornire un’informazione completa e trasparente in merito al trattamento dei dati personali, v. Tar Lazio, sez. I, 11 aprile 2018, n. 5043, in *Diritto & Giustizia*, 17 maggio 2018 (con nota di G. Milizia, *Consumatore correttamente informato, produttore non multato*), che ha dichiarato lecito in linea di principio l’uso dei suoi dati per fini commerciali ove ciò sia esplicitato nell’informativa della *privacy* accettato dall’utente.

<sup>95</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, § 9, in *Riv. regolazione mercati*, 2019, 366, con nota di B. Rabai, *Ancora sul riparto di competenze tra autorità antitrust e autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 366 ss.

<sup>96</sup> In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378. Sull’inottemperanza delle sanzioni dell’Agcm e la conseguente applicabilità dell’art. 27, comma 1, cod. cons., cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5912.

del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»<sup>97</sup>.

La scorrettezza prescinde dalla concreta lesione, ma sussiste anche quando la pratica commerciale è pur solo «idonea» a falsare il comportamento del consumatore<sup>98</sup>; quest'ultimo, però, è stato definito senza indulgere ad atteggiamenti paternalistici, come comportamento proprio di un consumatore «medio», ovvero sia un soggetto normalmente informato, con un buon livello di istruzione, ragionevolmente attento ed avveduto<sup>99</sup>.

Al fine di qualificare una pratica commerciale come scorretta è sufficiente dimostrare la loro potenzialità lesiva per le scelte che i consumatori desiderino di effettuare, al di fuori da condizionamenti decettivi.

### 5.1. *Pratiche commerciali ingannevoli*

Nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, il Codice del consumo distingue quelle ingannevoli e quelle aggressive.

Mentre le pratiche commerciali scorrette sono generalmente vietate, quelle aggressive e quelle ingannevoli si trovano, tra di loro, in un rapporto di *species a genus* rispetto alla prima, rappresentando due divieti specifici<sup>100</sup> per i quali il legislatore ha già compiuto una valutazione di scorrettezza.

Quanto alle pratiche commerciali ingannevoli, il Codice del consumo differenzia due fattispecie. La lesione della corretta formazione della volontà del consumatore può derivare, infatti, sia da una attività positiva del professionista (e l'art. 21 Codice del consumo discorre di azioni ingannevoli) che da una attività negativa, consistente nella omissione di informazioni importanti per il consumatore (come nel caso delle omissioni ingannevoli di cui all'art. 22 Codice del consumo)<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Il riferimento alla diligenza professionale deve essere inteso non come richiamo alla colpa ma alla buona fede quale regola di condotta oggettiva alla quale la parte forte deve conformare la propria attività concreta. L'art. 18, lettera h), cod. cons. definisce, infatti, la «diligenza professionale» come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista». La giurisprudenza è assai ricca di spunti: si vedano, tra le altre, Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 3347 e Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976.

<sup>98</sup> Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3353; Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5000 e, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2019, n. 2814.

<sup>99</sup> V., *ex multis*, C. giust., 16 luglio 1998, C-210/96 e C. giust., 27.11.2008, C-252/07. Per la giurisprudenza amministrativa, v. Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1259, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, p. 1959, con nota di Zampano.

<sup>100</sup> Sulla distinzione tra la pratica commerciale aggressiva e quella ingannevole, si veda Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3904, in *Foro amm.*, 2012, 7-8, 2046.

<sup>101</sup> L'art. 21 Cod. cons. stabilisce che «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua pre-

L'azione ingannevole si sostanzia generalmente nella comunicazione di informazioni non veritiere o di informazioni comunque idonee ad indurre in errore il consumatore<sup>102</sup>; secondo la giurisprudenza amministrativa, il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica. Ove ricorrano cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata<sup>103</sup>.

Più complessa è l'individuazione delle omissioni ingannevoli, stante la difficoltà di delineare quali informazioni non fornite siano state idonee ad indurre in inganno il consumatore<sup>104</sup>.

## 5.2. *Pratiche commerciali aggressive*

Per quanto concerne le pratiche commerciali aggressive, queste sono definite dall'art. 24 Codice del consumo secondo cui «è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

---

sentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

<sup>102</sup> Secondo Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2019, n. 8227, il carattere della pratica commerciale deve essere valutato *ex ante* dal momento che la ratio della disciplina in materia di pratiche scorrette è quella di «salvaguardare la libertà di autodeterminazione del destinatario di un messaggio promozionale da ogni erronea interferenza che possa, anche solo in via teorica, incidere sulle sue scelte e sui riflessi economici delle stesse fin dal primo contatto pubblicitario».

Sul significato del requisito dell'ingannevolezza della pratica commerciale, v. Cons. St., sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378, in *Foro amm.*, 2017, 9, p. 1840.

<sup>103</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 4378/2017, cit.

<sup>104</sup> Secondo Cons. Stato, sez. VI, n. 4378/2017, cit., la condotta omissiva – per essere considerata ingannevole – deve avere ad oggetto «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno» per prendere una decisione consapevole (art. 22 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE). Pertanto, in tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un «invito all'acquisto» – locuzione che comprende le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque «rilevanti» le informazioni relative alle «caratteristiche principali del prodotto» (art. 22, comma 4 e art. 7, par. 4, della direttiva cit.). In assenza di tali informazioni, un invito all'acquisto si considera quindi ingannevole.

Le pratiche commerciali aggressive potrebbero essere paragonate a quelle alterazioni e condizionamenti del processo volitivo, in questo caso del consumatore, che nel rapporto tra pari rientrerebbe nell'alveo di due vizi del consenso disciplinati nel Codice civile, e cioè la violenza e il dolo: infatti, la struttura fondante della pratica aggressiva è qualsiasi atto che rappresenti una molestia, una coercizione, un condizionamento indebito del consumatore tali da indurre quest'ultimo ad effettuare una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso<sup>105</sup>.

La giurisprudenza ha qualificato le pratiche commerciali aggressive come "illeciti di pericolo", dal momento che deve essere effettuato un giudizio pronostico *ex ante*, avendo riguardo alla «potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari, indotti ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso»<sup>106</sup>.

## 6. *Pratiche commerciali scorrette e riparto di competenza tra Autorità indipendenti*

Un punto problematico classico dell'intervento sanzionatorio dell'*Antitrust* è rappresentato dai rapporti con le altre Autorità indipendenti: in relazione alla stessa o a plurime condotte realizzate dai professionisti, infatti, una o più Autorità indipendenti di settore potrebbero ritenere di dover avviare istruttorie nei loro confronti al termine delle quali irrogare altrettante sanzioni a carico dell'impresa. In questi casi, indipendentemente dalla specifica competenza territoriale (che per il Garante nazionale della *privacy* è determinata dal combinato disposto degli articoli 3 e 55 Regolamento GDPR 27 aprile 2016 n. 679<sup>107</sup>), come si regola la

<sup>105</sup> Sulle pratiche commerciali aggressive, v. Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763, in *Foro amm.*, 2011, 6, 2087.

<sup>106</sup> Cons. Stato sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2019, n.3347; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3095.

<sup>107</sup> In linea di principio, il Regolamento UE assegna la competenza all'Autorità indipendente «nel territorio del rispettivo Stato membro» (art. 55, comma 1); tuttavia, ai sensi dell'art. 3, comma 1, la competenza territoriale del Garante nazionale si radica altresì allorquando il trattamento dei dati personali sia «effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione». Ciò che rileva, in pratica, è la sede dello stabilimento aziendale nell'ambito del quale avviene il trattamento che, materialmente, può anche avvenire fuori dai confini nazionali o addirittura europei. Se non soccorresse tale criterio, atteso il "mercato transfrontaliero" dei dati personali e la sede legale straniera di molte multinazionali, raramente potrebbe essere individuata la competenza territoriale del Garante italiano per la *privacy*. Pertanto, nonostante la sede statunitense di *Facebook Inc.* (in California) e quella irlandese di *Facebook Ireland Ltd.* (a Dublino), la sede aziendale operativa di *Facebook Italy S.r.l.* in Italia (a Milano) consente di radicare presso il Garante italiano per la *privacy* la competenza a conoscere eventuali illeciti trattamenti pur effettuati materialmente all'estero dalla stessa multinazionale avente sede legale oltre confini.



competenza tra le Autorità di settore e quali sono le condizioni in presenza delle quali può dirsi non integrato il divieto (di origine penalistico) del *ne bis in idem*?

Ricostruendo la condotta rilevante come condotta storica e non come bene giuridico protetto, nel caso giurisprudenziale sfociato nelle sentenze del Tar Lazio n. 260 e 261 del 2020 un problema di conflitto tra Autorità e di plurime sanzioni per la stessa fattispecie non sembra porsi; e ciò proprio in quanto è unico il fatto contestato e, dunque, la condotta giuridicamente rilevante. Correttamente, infatti, il Tar Lazio lo ha escluso ritenendo che la condotta tenuta da *Facebook* sia riconducibile in modo esclusivo alle pratiche commerciali scorrette disciplinate nel Codice del consumo e non anche, invece, agli illeciti trattamenti dei dati personali contemplati nel Codice della *privacy* (art. 167). Di tal guisa, non si è posto un problema di applicabilità di più discipline alla pluralità di fattispecie concrete quanto di sussunzione dell'unica fattispecie concreta nella fattispecie astratta riconducibile all'una o all'altra normativa di settore (tutela della concorrenza o protezione dei dati personali); e nella specie, l'unica contestazione concretamente mossa a *Facebook* è stata riconducibile alle pratiche commerciali scorrette.

Così ragionando, si fuga *in nuce* il pericolo di un effetto plurisanzionatorio della medesima condotta storica posta in essere dal professionista che gestisce il *social network*, mentre si pongono le premesse giuridiche per l'astratta applicazione di più sanzioni in corrispondenza delle plurime condotte che lo stesso professionista potrebbe realizzare nello svolgimento della propria attività (come nel caso di acquisizione ingannevole dei dati personali, prima, e di loro illecito trattamento, poi)<sup>108</sup>.

Se, astrattamente, è ben possibile l'intervento di più Autorità indipendenti e, dunque, l'applicazione di più sanzioni in correlazione a plurime violazioni di discipline di settore tra di loro antinomiche, tale possibilità genera un ulteriore problema rappresentato dalla possibile violazione del principio (di origine penalistico) del *ne bis in idem*, applicabile anche alla materia in discorso.

Tuttavia, a ben vedersi, conformemente al più recente e prevalente orientamento giurisprudenziale<sup>109</sup>, il divieto del *ne bis in idem* può essere integrato solo allorquando lo stesso fatto storico-naturalistico venga «punito» doppiamente (secondo l'insegnamento risalente a Corte cost. n. 43/2018) e non quando si

---

<sup>108</sup> Si vedano, *ex multis*, V. Mosca, *Il riparto di competenza sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 519 ss.; G.M. Barsi, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, 1, 151 ss.; M. Cappai, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 879 ss.; Id., *Quando l'erosione dei limiti costituzionali avviene dall'interno: il caso dell'art. 27, comma 1-bis del codice del consumo e della sua (presunta) natura interpretativa*, in *Riv. trim. AIC*, 2018, 1 ss.; M Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, 926 ss.

<sup>109</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 7699/2019, cit., part. § 13.

realizzino più condotte ciascuna delle quali sia separatamente sanzionabile in base a distinti plessi normativi che tutelano differenti beni giuridici.

In particolare, poiché l'intervento di distinte Autorità indipendenti presuppone l'incompatibilità delle discipline che ciascuna di queste applica, il rischio della violazione del *ne bis in idem* viene scongiurato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>110</sup> ed amministrativa<sup>111</sup> dal momento che se sussiste incompatibilità ciò significa che, per definizione, non può venire in rilievo il "medesimo fatto" e, quindi, «si è fuori dal perimetro delle questioni problematiche poste dal concorso di norme e conseguentemente anche dal *ne bis in idem*»<sup>112</sup>. Nel caso di specie trattato nelle sentenze

<sup>110</sup> Corte di giust., sez. II, 13 settembre 2018.

<sup>111</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, in *Riv. regolazione mercati*, 2019, 366 (s.m.)

<sup>112</sup> Secondo quanto stabilito da Cons. Stato, sez. VI, n. 7699/2019, cit., part. § 13. I rapporti di competenza tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che opera nel mercato generale con funzioni di vigilanza, e l'Autorità di regolazione, che opera nel settore particolare, sono oggi disciplinati dall'art. 19, comma 3, Codice del consumo: «in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni di disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si applicano a tali aspetti specifici». Tale formulazione rappresenta il punto di arrivo di una lunga evoluzione che parte dalle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 11-13 e nn. 15-16 dell'11 maggio 2012 che si sono occupate del rapporto tra la normativa generale relativa alle pratiche commerciali scorrette e la normativa di settore relativa alle comunicazioni elettroniche. Sul conflitto di competenza tra Autorità preposta alla concorrenza (Agcm) e quella che presidia alle comunicazioni (Agcom), Cons. St., Ad. Pl., 11.05.2012, n. 11 (in *Foro amm. CDS* 2012, 5, 1094; in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 953, con nota di L. Torchia; in *Giurisdiz. amm.*, 2012, 58) aveva affermato la competenza dell'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom), e non dell'Autorità antitrust (Agcm) a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni, attesa la presenza di requisiti di specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza. L'Adunanza plenaria ha escluso, conseguenzialmente, la contemporanea applicazione di due diverse norme disciplinanti la medesima fattispecie e, dunque, la competenza concorrente di entrambe le Autorità indipendenti. In senso analogo anche Cons. Stato, Ad. Plen., 11.05.2012, n. 12 (in *Corr. giur.*, 2012, 1363, con nota di I. Nasti, *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l'actio finium regundorum del Consiglio di Stato*, ivi, 1367 ss.), secondo cui in caso di contrasto tra la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina di settore, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali, alla luce del principio di specialità, ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti plessi normativi che disciplinano la stessa fattispecie, ove uno di essi presenti tutti gli elementi dell'altro e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione), qualora la normativa di settore sia caratterizzata da esaustività e completezza di regolazione. Stesso principio viene affermato anche in Cons. Stato, Ad. Plen., 11.05.2012, n. 13, 15 e 16 (in *Foro it.*, 3, 2012, 481, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi). Nel dettaglio, nel 2012 l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'espressione «contrasto» tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella di settore, contenuta nel riportato art. 19 del Codice consumo, non deve essere intesa come «vera e propria antinomia normativa», ma come «diversità di disciplina». Ne è derivata l'individuazione del criterio di specialità di cui all'art. 15 del Codice penale utilizzabile in caso di concorso apparente di norme e non di concorso di più reati («quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito»). Conseguenzialmente, la competenza a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni veniva individuata dall'Adunanza plenaria nell'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom), e non nell'Autorità antitrust (Agcm), attesa la presenza di requisiti di specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza. L'Adunanza plenaria ha escluso, conseguenzialmente, la contempo-

ranea applicazione di due diverse norme disciplinanti la medesima fattispecie e, dunque, la competenza concorrente di entrambe le Autorità indipendenti. In senso analogo anche Cons. Stato, ad. plen., 11 maggio 2012, n. 12, secondo cui in caso di contrasto tra la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina di settore, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali, alla luce del principio di specialità, ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti plessi normativi che disciplinano la stessa fattispecie, ove uno di essi presenti tutti gli elementi dell'altro e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione), qualora la normativa di settore sia caratterizzata da esautività e completezza di regolazione. Successivamente, la Commissione europea, a seguito delle richiamate pronunce dell'Adunanza plenaria, ha attivato una procedura di infrazione (la n. 2013-2169) contestando la tesi per cui l'esistenza di una disciplina specifica settoriale, in quanto considerata esaustiva, avrebbe sempre comportato la prevalenza di tale disciplina su quella generale in materia di pratiche commerciali scorrette. Per tale ragione il legislatore ha introdotto, con il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, nell'art. 27 del Codice del consumo, il comma 1-bis, secondo cui: a) «anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [...], acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente»; b) «resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta»; c) «le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze». Successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 21/2014, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta con sentenza 9 febbraio 2016, n. 3 che ha, stavolta, applicato i criteri (sempre di derivazione penalistica) dell'assorbimento o consunzione. Applicando questo criterio penalistico, diversamente dai precedenti arresti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il concorso di norme dovesse essere risolto in favore della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette, con conseguente radicamento della competenza in favore dell'Agcm e non dell'Agcom. In particolare, si è affermato che il raffronto debba essere effettuato non tra interi settori o tra fattispecie astratte prefigurate dalle norme, ma tra le fattispecie concrete valutando se le condotte contestate si pongano in una relazione di progressione illecita. In questa prospettiva, la specificità degli aspetti delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 19, comma 3, cod. cons., deve essere riferita non alla fattispecie astratta ma alla fattispecie concreta disciplinata dalla normativa di settore, con conseguente necessità di svolgere un'analisi concreta per ciascun caso. In definitiva, l'Adunanza plenaria del 2016, applicando il criterio di specialità per fattispecie concrete e non per settori, è giunta ad un risultato opposto a quello cui erano pervenute le sentenze del 2012, ritenendo che la competenza debba essere riconosciuta all'Autorità antitrust e non all'Autorità di garanzia nelle comunicazioni. Ancora successivamente, la Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. II, 13 settembre 2018, C-54/17 e C-55/17, ha affermato che la nozione di "contrasto" denota «un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle». Ne consegue che il «contrasto» sussisterebbe solo quando «disposizioni estranee» alla direttiva n. 29 del 2005, disciplinanti «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali», impongono «ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili» con quelli stabiliti dalla suddetta direttiva. In tal modo, al «criterio di specialità» si sostituisce quello di «incompatibilità»: mentre il primo criterio presuppone che le due discipline presentino alcuni aspetti comuni e ed altri differenti, il secondo presuppone che tra le due discipline sussista una complessiva divergenza di contenuti che non ne consenta neanche l'astratta coesistenza. In questa prospettiva, l'espressione «aspetti specifici» della pratica commerciale scorretta impone un confronto non tra interi settori (Ad. Plen. n. 11-16/2012) o tra fattispecie concrete (Ad. Plen. n. 3/2016), ma tra singole norme generali e di settore, con applicazione di queste ultime soltanto qualora esse contengano profili di disciplina incompatibili e contrastanti con quelle generali di disciplina delle pratiche commerciali scorrette (Corte di giust., sez. II, 13 settembre 2018). Ne consegue che la normativa di settore non disciplinerà pratiche commerciali scorrette, ma condotte che presentano aspetti di divergenza radicale con tali pratiche. In conclusione, alla luce del recente arresto della Corte di giustizia UE, il principio generale è nel senso che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, mentre le altre Autorità di settore intervengono solo in via residuale e allorquando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili. Il tema dei rapporti tra imprese regolate e Autorità indipendenti, meno dibattuto rispetto a quello della tutela degli utenti, può svilupparsi – secondo G. Barozzi

del Tar Lazio n. 260 e 261 del 2020, non emergono condotte rilevanti anche ai sensi della normativa sulla *privacy* e tali da attivare l'autonomo intervento del Garante, venendo in rilievo solo il problema della chiarezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento del dato ai fini commerciali e non il corretto trattamento del dato personale ai fini dell'utilizzo della piattaforma informatica.

In questo senso, non si può che aderire alle considerazioni svolte dal giudice amministrativo di prime cure che ha concluso per la «non sovrapposibilità dei piani relativi alla tutela della “*privacy*” e alla protezione del consumatore»; infatti, la normativa contenuta nel Regolamento GDPR e quella a protezione del consumatore «si pongono in termini di complementarità, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole»<sup>113</sup>.

## 7. *Verso un mercato dei dati personali?*

Pur nella rarità dei casi giurisprudenziali e amministrativi che si sono specificamente occupati del tema, l'analisi condotta consente di concludere per il superamento della tesi (puritana) del rilievo unicamente individualistico e, per così dire, spirituale, dei dati personali.

Ammettere che i dati personali possono svolgere un servizio, posseggono una utilità, anche economica, non significa né concludere per l'alienabilità né necessariamente reificare la persona umana ma, semmai, ampliarne le potenzialità di sviluppo nel senso della creazione di utilità e valori diversi ed ulteriori, per certi aspetti inimmaginabili<sup>114</sup>. Permettere alle persone di definire i termini e le modalità di accesso, da parte di terzi, ai loro dati personali potrebbe avere un enorme potenziale nell'approccio a un mercato dei dati e potrebbe risolvere alcuni dei ricorrenti problemi concernenti il trattamento dei dati personali.

---

Reggiani, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 683 ss. e, part., 695 ss. – sui seguenti livelli: 1) condotte poste in essere da un'impresa che risultino, da un lato, non vietate dal quadro regolatorio ma che integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta; 2) comportamenti “facoltizzati” dalla regolazione di settore ma suscettibili di configurare gli estremi di una pratica sleale/aggressiva; 3) condotta imposta dalla regolazione di settore che può determinare danno ai consumatori.

<sup>113</sup> Tar Lazio, sez. I, n. 260/2020, cit., § 8.

<sup>114</sup> È noto che nell'ambito della elaborazione dei dati sono stati da tempo ideati modelli decentralizzati che consentono una qualità e una velocità di aggiornamento degli stessi senza precedenti (si pensi ai nostri *smartphones* o ai c.d. *clouds*). Tali caratteristiche li rendono assai utili al fine dello scambio di informazioni, nell'ottica di garantire ai soggetti una miglior protezione e una migliore personalizzazione dei servizi.

Per fare un esempio, si pensi all'utilizzo dei dati personali per finalità di tutela della salute, affrontato nel parere reso il 19 marzo 2020 dal Comitato europeo per la protezione dei dati sul tema del Trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di Covid-19. L'affermazione della liceità dell'uso dei dati super-sensibili della salute (§ 1.3) «se resi anonimi o con il consenso dei singoli», esclusivamente «per salvaguardare la sicurezza pubblica», ed in modo «rigorosamente limitat[o] alla durata dell'emergenza» epidemiologica Covid-19, ha consentito al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, pur in assenza di qualsiasi parere del Garante nazionale per la *privacy*<sup>115</sup>, di procedere il 16 aprile 2020, ed a titolo gratuito, alla stipula del contratto di concessione della licenza d'uso sul *software* di *contact tracing* denominato "Immuni"<sup>116</sup>; analogamente, l'art. 6, d.l. 30 aprile 2020<sup>117</sup>, ha previsto l'istituzione di «una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta dei soggetti che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, un'apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile», anche se al limitato fine di «allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione nell'ambito delle misure di sanità pubblica legate all'emergenza Covid-19».

<sup>115</sup> L'unico parere ufficialmente reso dal Garante per la *privacy* riguarda la «Bozza di ordinanza recante disposizioni urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», ed è datato 2 febbraio 2020. Con esso il Garante ha esaminato la bozza di ordinanza contenente i primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza da Covid-19. Nel parere, il Garante per la *privacy* ha concluso nel senso che «le disposizioni contenute nell'ordinanza risultano idonee a rispettare le garanzie previste dalla normativa in materia di protezione dei dati personali nel contesto di una situazione di emergenza». Allo stesso tempo ha dichiarato la «necessità che, alla scadenza del termine dello stato di emergenza, siano adottate da parte di tutte le Amministrazioni coinvolte negli interventi di protezione civile di cui all'ordinanza, misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza, all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i trattamenti di dati personali in capo a tali soggetti».

<sup>116</sup> A parte le dichiarazioni rese a seguito di interviste sulla stampa da parte del Garante della *privacy*, Antonello Soro, non risultano altri pronunciamenti ufficiali che, infatti, non sono citati tra le premesse del provvedimento del 16 aprile 2020 di stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul *software* di *contact tracing* denominato "Immuni". Risultano invece pareri su aspetti decisamente secondari quale quello riguardante le «Modalità di consegna della ricetta medica elettronica», reso il 19 marzo 2020.

Nella stampa quotidiana, v. M. Lombardi, *L'app che ci aiuterà a essere Immuni* nonché *Nani della politica e giganti del web*, entrambi in *Il Giornale*, 18 aprile 2020, p. 15 nonché, in precedenza, B. Simonetta, *La privacy ai tempi del coronavirus*, in *Il Sole 24 ore*, 15 marzo 2020, p. 15 e, ivi, V. Tiani, *Ma la tutela dei dati non è diritto assoluto*.

Nella letteratura giuridica coreana, si veda per tutti G. Lee, *Legislative and Administrative Responses to COVID-19 Virus in the Republic of Korea*, in *www.ssrn.com*.

<sup>117</sup> Recante «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».

La premessa giuridico-culturale di tali sistemi di tracciamento (c.d. *contact tracing*) è certamente rappresentata da una nuova visione dei dati personali<sup>118</sup> visti non più in un'ottica individualistica ma pubblicistica, quali strumenti attraverso cui possono realizzarsi importanti programmi di protezione della collettività. In questa visione, i dati personali perdono la originaria connotazione individualistica (di matrice anglosassone) per contribuire a divenire *big data* necessari a tutelare, quanto meno in condizione di emergenza straordinaria, la salute pubblica. Ne consegue la necessità che l'Amministrazione pubblica assuma nei confronti del tema una posizione non più meramente difensiva ma dinamico-proattiva; e ciò non può che essere fatto a partire da una visione dei dati personali come "utilità", qualunque ne sia la dimensione (economica o sanitaria).

Se ciò, tra mille resistenze, viene appena percepito dai poteri pubblici grazie all'emergenza da Covid-19, in tempo di pace le piccole imprese o le grandi multinazionali lo hanno scoperto da molto, come si deduce dal fatto che servizi di messaggistica istantanea e piattaforme comunicative possono sopravvivere solo grazie al trattamento dei dati personali a fini commerciali, ancorchè non integrante una loro vendita in senso stretto; esistono finanche studi sulla quantificazione del valore economico dei dati personali (cd. *pricing*)<sup>119</sup> stimati come oscillanti intorno ai 300 miliardi, almeno in area europea<sup>120</sup>. Tale posizione è pienamente in linea con quanto rilevato da autorevole dottrina secondo cui «la tutela degli interessi fondamentali della persona non deve necessariamente essere perseguita attraverso un'irrealistica de-patrimonializzazione dei dati (e degli atti giuridici che ne determinano la circolazione), bensì attraverso un attento controllo dell'atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei valori incompressibili della persona»<sup>121</sup>.

Se questa è la realtà del mercato, peraltro non sanzionabile, *ex se*, dall'ordinamento<sup>122</sup>, negare la natura contrattuale ed onerosa di tali scambi significa negare al cittadino la tutela tipica del rapporto di consumo, accettando solo la tutela – eminentemente passiva – prevista dalla regolamentazione della *privacy*.

<sup>118</sup> Così G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 435-436.

<sup>119</sup> In merito alle tecniche di quantificazione del valore economico dei dati personali si rimanda a G. Malgieri, B. Custers, *Pricing privacy. The right to know the value*, cit., 294 ss.

<sup>120</sup> Si ricordi, poi, che come ricordato retro, *sub* nota n. 11, la Deutsch Bank ha stimato un *account Facebook* come avente un valore di euro 88.

<sup>121</sup> Così G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 435-436.

<sup>122</sup> Cfr. Tar Lazio, sez. I, 5043/2018, cit., relativa al caso "*Samsung people*".

*Facebook è gratis? “Mercato” dei dati personali e giudice amministrativo*

Il saggio affronta il problema della configurabilità delle pratiche commerciali scorrette nelle relazioni giuridiche che si instaurano tra utenti e piattaforme di comunicazione sociale (c.d. *social network*, come *Facebook*) e di messaggistica istantanea (come *WhatsApp*) in cui i dati personali vengono trattati per finalità commerciali dalle stesse piattaforme. Il tema viene trattato nella più ampia cornice delle utilizzazioni dei “derivati” dei diritti della personalità, oggetto di opposte tendenze verso la loro reificazione e l’affermazione dell’assoluta intangibilità. Prendendo le mosse da alcuni (e rari) precedenti giurisprudenziali, il saggio affronta il problema dell’utilizzabilità dei dati personali guardando all’obiettivo realtà sociale, riconoscendo ai dati personali una utilità economica (come tale non demonizzabile) e di carattere meta-individuale: è questo il caso tipico dei dati personali sanitari, la cui cessione si è rivelata di grande utilità nel monitoraggio e contenimento della pandemia da Covid-19, quantomeno all’estero (Corea del Sud).

*Is Facebook free? The personal data ‘market’ and the administrative judge*

The essay addresses the problem of the configurability of unfair commercial practices in the legal relationships that are established between users and social communication platforms (so-called social networks, such as Facebook) and instant messaging (such as WhatsApp) where personal data are processed for commercial purposes by the platforms. The topic is dealt with in the broader context of the use of ‘derivatives’ of personality rights, the object of opposing tendencies towards their reification and the affirmation of absolute intangibility. Starting from a number of (rare) jurisprudential precedents, the essay tackles the problem of the usability of personal data by looking at the objective social reality, acknowledging personal data as an economic utility (as such, it cannot be demonised) and of a meta-individual nature: this is the typical case of personal health data, the transfer of which has proved to be of great usefulness in the monitoring and containment of the Covid-19 pandemic, at least abroad (South Korea).

