



ATTI

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

RAPPORTI CIVILISTICI E INTELLIGENZE ARTIFICIALI: ATTIVITÀ E RESPONSABILITÀ

Atti del 15° Convegno Nazionale

14-15-16 maggio 2020

Grand Hotel Vesuvio - Napoli

a cura di

PIETRO PERLINGIERI, STEFANIA GIOVA e IMMACOLATA PRISCO



Edizioni Scientifiche Italiane

Direzione:

Pietro Perlingieri, Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Giovanni Bonilini, Donato Carusi, Alessandro Ciatti Càimi, Enrico Elio Del Prato, Raffaele Di Raimo, Marialuisa Gambini, Stefania Giova, Attilio Gorassini, Anna Carla Nazzaro, Andrea Nervi, Chiara Tenella Sillani, Raffaele Tommasini

Comitato editoriale:

Sonia Tullia Barbaro, Gabriella Cazzetta, Marcello D'Ambrosio, Stefano Deplano, Alessia Fachechi, Anna Malomo, Roberta Marino, Isabella Martone, Emanuela Migliaccio, Carlo Mignone, Maria Porcelli, Immacolata Prisco, Francesco Quarta, Valerio Rotondo, Irma Sasso, Carla Solinas, Mariangela Ziccardi

Hanno collaborato al volume:

Gabriella Cazzetta, Claudia Criscuolo, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Margherita Magaldi, Fabio Ottombrino, Valerio Rotondo, Mariangela Ziccardi

Coordinamento:

Isabella Martone

SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DEL DIRITTO CIVILE
Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità
a cura di PIETRO PERLINGIERI, STEFANIA GIOVA e IMMACOLATA PRISCO
Atti del 15° Convegno Nazionale
Collana: Atti SISDI-C, 15
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020
pp. X+486; 24 cm
ISBN 978-88-495-4538-8

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

GIANNI BALLARANI

IL PROBLEMA DEI *BIG DATA* TRA INTERESSI E RIMEDI:
UTILIZZO ABUSIVO DEI DATI, INGIUSTO
ARRICCHIMENTO E RESTITUZIONE DEL PROFITTO
EX ART. 1713 C.C.

SOMMARIO: 1. Il perimetro della riflessione sui *Big Data*. – 2. L'inquadramento preliminare del problema nel contesto della *privacy*. – 3. Una prima analisi del fenomeno. – 4. Trattamento illecito e responsabilità tra consenso e correttezza. – 5. Affidamento in buona fede tra inquadramento negoziale e non negoziale. – 6. *Segue*. Inquadramento negoziale del consenso e mandato fiduciario *ex lege*. – 7. *Segue*. Inquadramento non negoziale e gestione abusiva di affari altrui. – 8. La riconduzione della condotta del danneggiante agli obblighi del mandatario e l'apertura al piano rimediabile. – 9. La funzione compensativa del risarcimento e il rapporto tra danno e diminuzione patrimoniale. – 10. L'illecito senza perdita e la ricerca della via ultracompensativa. – 11. Alla ricerca del rimedio restitutorio. – 12. Dall'*an* al *quantum debeatur*. – 13. Per una apertura alla negoziazione. – 14. Conclusioni.

1. Nel contesto dei c.d. *Big Data*¹, ben al di là del consenso prestato dal singolo fruitore² dei servizi in *internet* ordinariamente rivolto al trattamento dei propri dati personali, ciò che rileva sono le informazioni comportamentali che possono trarsi a fini genericamente commerciali dall'utilizzo di ogni singolo sito e *social network* da parte di ciascuno di noi.

Si tratta di quei dati comportamentali³ che, riflettendo le abitudini

¹ *Ex multis*, U. PAGALLO, *The Legal Challenges of Big Data: Putting Secondary Rules First in the Field of EU Data Protection*, in *Eur. Data Protection L. Rev.*, 2017, p. 36.

² Inteso come la persona fisica dei cui dati si tratta, ossia il *data subject*, secondo la definizione di cui all'art. 4 del GDPR.

³ Ci si vuol riferire ai c.d. *Behavioural Data* su cui, *ex multis*, cfr. A.D. CHIRITA, *The Rise of Big Data and the Loss of Privacy*, in M. BAKHOUM, B. GALLEGU CONDE, M.O. MACKENORDT e G. SURBLYTE, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law - Towards a Holistic Approach?*, Berlin Heidelberg, 2018, (MPI

temporali (orari, periodi e frequenza di utilizzo) e spaziali (nel senso di orientamento nella geografia di *internet*), le preferenze (non solo commerciali, ma anche politiche, ideologiche, religiose, sessuali) e le propensioni (all'acquisto, ma anche al rischio) in positivo e in negativo (cosa, quando e fino a quando ci piace qualcosa e cosa, quando e fino a quando non ci piace qualcosa) di ciascuno di noi, consentono nel loro insieme, attraverso il trattamento algoritmico degli stessi, di estrapolare e definire un profilo individuale-comportamentale che riflette, ben al di là delle nostre consapevolezze e del nostro consenso (spesso inevitabilmente prestato e poco compreso), ogni nostro modo e tempo di operare scelte in ogni contesto.

Il quadro dei *Big Data* si definisce poi con l'aggregazione della massa dei dati comportamentali, orientata a raccogliere in insiemi e sottoinsiemi coerenti i profili generali e i sotto-profili di ciascuno individualmente inteso e del nostro insieme.

Appare superfluo, al riguardo, porre in luce l'estremo interesse economico che il complesso di questi dati comportamentali assume nel mercato, consentendo il sistema alle aziende, non solamente di indirizzare messaggi promozionali e proposte di beni e servizi in linea con le tendenze di ogni singolo utente, bensì di avere gli elementi sufficienti ad orientare ogni singola proposta conformandola e confezionandola sulla base delle specifiche caratteristiche di ciascun utente.

La rilevanza economica e l'incidenza speculativa delle operazioni algoritmiche di aggregazione dei dati e di profilazione degli utenti⁴ che si manifesta sul terreno commerciale, finanziario, politico, sociale, ecc. è svelata, del resto, dal valore di mercato stimato delle società cui appartengono i *social network* e i maggiori siti di commercio elettronico.

Ed è proprio nella direzione dell'indiscutibile valore che per l'economia globale stanno assumendo i *Big Data*⁵ che occorre orientare le

Studies on Intellectual Property and Competition Law), p. 153 ss., spec. pp. 163 ss., 172 ss.

⁴ La catena del valore dei *Big Data* nasce infatti dalle attività di raccolta dei dati (*data capture* e *data collection*) elaborati attraverso algoritmi di calcolo: in tal senso, *ex multis*, K. LYKO, *Big Data Acquisition*, in J.M. CAVANILLAS, E. CURRY, e W. WAHLSTER, *New Horizons for a Data-Driven Economy. A roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, Springer, 2016, p. 40. A riprova del valore economico di queste operazioni basti considerare l'entità della sanzione (5 mld di dollari) comminata dalla *Federal Trade Commission* statunitense a *Facebook* a fronte della violazione di dati di 87 milioni di utenti messi a disposizione della *Cambridge Analytica*.

⁵ La costante crescita di valore monetario dei *Big Data* è agevolmente verificabile comparando le stime pubblicate nell'ultimo *report* sui *Big Data* del *McKinsey Global Institute* (J. MANYIKA e M. CHUI, *Big Data: The Next Frontier for Innovation, Com-*

riflessioni (anche) giuridiche in materia, specie in termini di analisi del rapporto tra costi (rischi per la *privacy*) e benefici (valore non solo economico per l'intera società)⁶. Premetto che ritengo difficilmente realizzabile – se non affatto percorribile – in termini di rapporto costi-benefici e di raggiungimento del risultato sperato, l'idea di una regolamentazione generale del fenomeno (per sua caratteristica in continua evoluzione) in chiave contenitiva (sanzionatoria o repressiva), laddove maggiormente efficiente potrebbe prospettarsi un approccio inizialmente casistico giurisprudenziale che potrebbe poi indurre un processo «mercatorio» volto nel suo insieme ad ingenerare una *policy* di corretta gestione, condivisa fra utenti e imprese che potrebbe radicarsi, dopo un primo momento repressivo delle condotte abusive delle imprese, proprio per scongiurare il rischio di sanzioni pubbliche e di pretese (latamente) risarcitorie o, per quanto si approfondirà, restitutorie private.

2. In linea di prima analisi, occorre ricondurre il contesto dei *Big Data* entro l'ambito del Regolamento UE sulla *privacy* n. 679 del 2016 (c.d. GDPR)⁷, in quanto coinvolge il trattamento di dati personali e, soprattutto, l'ambito delle informazioni comportamentali (individuali

petition, and Productivity, in *McKinsey Global Institute*, 2013, p. 1 ss.; in proposito, cfr. I.S. RUBINSTEIN, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in *IDPL*, 2013, p. 74 ss., spec. p. 76 ss.) con i più recenti risultati della ricerca dell'Osservatorio *Big Data Analytics & Business Intelligence* della *School Management* del Politecnico di Milano presentata il 21 novembre 2018 al Convegno *Strategic Data Science: time to grow up*. In proposito si leggano, altresì, le riflessioni di M. RHOEN, *Big Data and Consumer Participation in Privacy Contracts: Deciding who Decides on Privacy*, in *Utrecht J. Inte. Eur. L.*, 2015, p. 51 ss., spec. p. 56, nonché l'indagine della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), *Big data: Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, di giugno 2018, in *agcom.it*.

⁶ Dagli studi in materia emerge con chiarezza la stringente esigenza di ricercare un giusto punto di equilibrio tra i rischi che i *Big Data* rappresentano per la *privacy* e i vantaggi che questi offrono, non solo dal punto di vista economico, ma anche come «driving force behind almost every interaction between individuals, businesses, and governments»: così, J. POLONETSKY e O. TENE, *Privacy and Big Data: Making Ends Meet*, in *Stan. L. Rev. Online*, 2013, p. 25 ss., spec. p. 30.

⁷ Al quale ha fatto séguito in Italia il d.lg. 10 agosto 2018, n. 101 recante Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, 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 (Regolamento generale sulla protezione dei dati), entrato in vigore il 19 settembre 2018, in *G.U.*, Serie Gen., 4 settembre 2018, n. 205. In tema di diritto alla riservatezza si rinvia, *in primis*, a G. GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1243 ss.

e aggregate) dalle quali possono peraltro trarsi elementi da cui ricavare i nostri dati, compresi quelli piú sensibili (orientamenti politici, religiosi, sessuali, ecc.)⁸.

In proposito, di là dal consenso prestato, occorre preliminarmente tener conto di come, nonostante il GDPR consenta il trattamento e l'aggregazione a fini statistici⁹ dettando regole in ordine alla c.d. profilazione¹⁰ del singolo utente¹¹, non è revocabile in dubbio che in ma-

⁸ Il problema al quale si vuole far riferimento è quello della c.d. re-identificazione. È da piú parti posto in luce, infatti, come le prassi di anonimizzazione e di pseudonimizzazione non garantiscano una assoluta impossibilità di risalire dal dato comportamentale al soggetto del cui dato si tratta (in proposito, cfr. P. OHM, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *UCLA L. Rev.*, 2010, p. 1701 ss.; P.M. SCHWARTZ e D.J. SOLOVE, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2011, p. 1879 ss.; I.S. RUBINSTEIN, *Big Data: The End of Privacy*, cit., p. 77). Il che, per un verso pone in dubbio la distigibilità tra dati personali e non personali ma, per altro e piú importante verso, consente di affermare come il contesto dei *Big Data* rappresenti la vera sfida per la *privacy* e per la disciplina per questa approntata, potendosene evidenziare la sostanziale inadeguatezza a governare il fenomeno: «The Big Data paradigm challenges some of these fundamental principles, including the scope of the framework (often addressed by framing the term “personally identifiable information” (PII)), the concepts of data minimization (“focused collection”) and consent (“individual control” and “respect for context”), and the right of individual access (“access and accuracy”): così, O. TENE e J. POLONETSKY, *Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics*, in *Northwestern J. Techn. Int. Prop.*, 2013, p. 239 ss., spec. p. 242.

⁹ La compatibilità del trattamento per finalità «di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici» è prevista dalla lett. *b*, § 1, dell'art. 5, GDPR, a cui si aggiunge il disposto di cui all'art. 89, § 1 dello stesso; in proposito, cfr. D. ACHILLE, *Sub artt. 5 e 12, Regolamento UE 2016/679*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 2019, p. 103 ss. La possibilità accordata dal GDPR al trattamento per fini statistici è di particolare rilevanza ai fini dell'analisi che si propone se si considera che in essa si può ricomprendere «qualsiasi operazione di raccolta e trattamento di dati personali necessari alle indagini statistiche o alla produzione di risultati statistici» ai sensi del Considerando 162, il quale specifica, però, che i risultati resi in termini di dati aggregati dal trattamento per finalità statistiche non debbono essere «utilizzati a sostegno di misure o decisioni riguardanti persone fisiche specifiche».

¹⁰ La profilazione è definita dall'art. 4, n. 4, GDPR come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Al riguardo, v. R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati*, in *Inf. dir.*, 2013, p. 587 ss., spec. p. 591, nonché C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 617 ss., spec. p. 631.

¹¹ Non a caso, nel contesto delle situazioni di rischio elevato per le quali è necessaria la valutazione di impatto ai sensi dell'art. 35, § 3, del GDPR, rientrano la

teria vi siano zone d'ombra¹² che consentono lo sfruttamento economico (abusivo, se e in quanto derivante da trattamento illecito) dell'elaborazione statistica volta a ricavare informazioni personali (ancorché in forma anonima o pseudonomizzate) anche sensibili attraverso la cessione onerosa a fini di profilazione del singolo dato degli utenti o dei dati aggregati¹³.

3. Nella direzione del possibile illecito determinato dal trattamento abusivo dei dati a fini di aggregazione in *Big Data* si debbono, pertanto, orientare le riflessioni che si propongono, con specifico riguardo a quelle ipotesi in cui l'illecito si realizza nella cessione a titolo oneroso dei dati personali e comportamentali (aggregati e non) e si determina nella violazione delle finalità rispetto alle quali si è prestato il consenso al trattamento e alla profilazione, ovvero nel mancato rispetto della disciplina in ordine al consenso, ovvero ancora nell'abuso delle

profilazione (lett. *a*) e il trattamento su larga scala dei dati sensibili (lett. *b*). Il rischio in parola è individuato dalla «distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati» (art. 32, § 2, GDPR), in quanto situazioni «susceptibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale» (Considerando 75, GDPR).

¹² In termini di vero e proprio *dark side to Big Data* si esprimono V. MAYER-SCHÖNBERGER e K. CUKIER, *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think*, in *New York: Houghton, Mifflin, Harcourt*, 2013, p. 170, proprio a voler richiamare le rilevanti sfide che il tema pone al tradizionale approccio giuridico in ordine alla protezione della *privacy*; cfr., altresì, C.J. BENNETT e R.M. BAYLEY, *Privacy Protection in the Era of 'Big Data': Regulatory Challenges and Social Assessments*, in B. VAN DER SLOOT, D. BROEDERS e E. SCHRIJVERS, *Exploring the Boundaries of Big Data*, Amsterdam, 2016, p. 205 ss. Le attività di profilazione, da cui possono trarsi anche informazioni sensibili (F. DI PORTO, *Il consenso digitale del minore dopo il decreto GDPR 101/2018*, in *agendadigitale.it*), possono infatti essere condotte dai *data brokers* aggirando facilmente il consenso dei soggetti interessati mediante l'aggregazione dei dati acquisiti da diverse fonti. Così come si è espressa la Federal Trade Commission, *Data Brokers: A Call For Transparency And Accountability*, 2014, p. 46: «While each data broker source may provide only a few data elements about a consumer's activities, data brokers can put all of these data elements together to form a more detailed composite of the consumer's life». Al riguardo, cfr. B. LUNDQVIST, *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World. The Issue of Accessing Data*, University of Stockholm, Faculty of Law Research Paper, 2016, p. 2.

¹³ Il problema è connesso al c.d. *aggregation effect*, reso dalla combinazione algoritmica dei vari fattori attraverso la quale possono trarsi indicatori della personalità degli utenti; in proposito, cfr. A. KUEMPEL, *The Invisible Middleman: A Critique and Call for Reform of the Data Broker Industry*, in *Northwestern J. Int. Law & Business*, 2016, p. 219 ss.

finalità statistiche, nonché nella condotta posta in essere in assenza di consenso. Contesti, questi, in cui sovente la prestazione del consenso non è negoziabile¹⁴, siccome da questa dipende l'accesso a servizi *web* pressoché irrinunciabili¹⁵ ed in cui i dati personali divengono vera merce di scambio¹⁶.

Orbene, l'insieme delle regole del GDPR rende agevole argomentare come l'utilizzo abusivo dei dati integri gli estremi dell'illecito e determini responsabilità in capo al gestore¹⁷ dei siti *web* e dei *social network*, giusta la clausola generale di cui all'art. 82, comma 1, GDPR, rubricato Diritto al risarcimento e responsabilità, a mente della quale «Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarci-

¹⁴ In queste ipotesi in cui i titolari responsabili del trattamento dei dati hanno una posizione assolutamente "dominante", è agevole dubitare della piena validità del consenso espresso, non avendo i fruitori del servizio alcun margine di scelta. Al riguardo, cfr. M. RHOEN, *Beyond consent: improving data protection through consumer protection law*, in *Internet policy rev.*, 2016, p. 1 ss., spec. p. 2; A.D. CHIRITA, *The Rise of Big Data*, cit., p. 164 ss.

¹⁵ Cfr., in proposito, M. RHOEN, *Big Data and Consumer Participation*, cit., p. 53; ID., *Beyond consent*, cit., p. 1 ss. Il tema è così strettamente correlato alla riflessione in ordine alla gratuità presunta dei contratti in questione, non potendo che convenirsi con quanti ravvisano nel consenso una controprestazione non pecuniaria: C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *ItaLJ*, 2019, p. 613 ss., spec. p. 623; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 70 s.; M. RHOEN, o.c., p. 2.

¹⁶ «If we can consider consent as authorization for those contracts where personal data is exclusively instrumental to a particular purpose, it is not simply an authorization but becomes consent with contractual value if that consent is for the circulation of personal data»: C. PERLINGIERI, o.c., p. 624; in proposito, cfr. ancora A. DE FRANCESCHI, o.c., p. 9 e p. 70. Sulla rilevanza economica dei beni anche non patrimoniali cfr. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 331. Nell'odierno contesto socio-economico, quindi, i dati personali possono venir considerati una vera e propria "merce" di scambio e, in quanto tali, un bene giuridico proprio, ancorché ascrivibile entro il contesto dell'oggetto dei diritti della personalità il quale (pur essendo diritto soggettivo assoluto riconosciuto e non attribuito dall'ordinamento, che contempla la persona prima del soggetto e in cui l'oggetto del diritto, ossia il bene è un connotato della persona umana) sebbene non commercializzabile in senso stretto, rimane sfruttabile economicamente, alla stregua del diritto materiale d'autore o del diritto all'immagine. In proposito, cfr. A. DE FRANCESCHI, o.c., p. 67; C. LANGHANKE e M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *J. of European Consumer and Market Law*, 2005, p. 219. Per ulteriori approfondimenti, cfr. *infra*, nota 21.

¹⁷ Con il termine gestore, volutamente generico e atecnico, ci si vuol riferire per ragioni di sintesi tanto al titolare (*controller*) quanto al responsabile (*processor*) del trattamento, nonostante le distinzioni in punto di responsabilità poste all'art. 82 GDPR.

mento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento»¹⁸.

4. Ai fini della riflessione che si propone, rilievo primario assumo, per un verso, la centralità nel GDPR del consenso¹⁹ in relazione al trattamento, alla raccolta dei dati nonché alle finalità di quest'ultima (nella specie, a scopi statistici e per profilazione) da parte del gestore e, per altro correlato verso, il dovere di lealtà, correttezza e trasparenza imposto dall'art. 5 GDPR a quest'ultimo in qualità di titolare e/o responsabile del trattamento.

Il primo garantisce, infatti, il diritto alla autodeterminazione informativa²⁰; il secondo è lo specchio su cui si riflette il dovere di rispet-

¹⁸ Cfr., *ex multis*, A.D. CHIRITA, *The Rise of Big Data*, cit., p. 161.

¹⁹ Il ruolo centrale che al consenso è riservato in ordine al trattamento dei dati personali è dato comune ai principali sistemi giuridici; in proposito, cfr. O. TENE e J. POLONETSKY, *Big Data for All*, cit., p. 259: «In the United States, “notice and choice” has been the central axis of privacy regulation for more than a decade. In the European Union, consent remains the most commonly used basis to legitimize data processing under Article 7 of the Data Protection Directive». In proposito, però, è la medesima dottrina a riflettere su come «Information asymmetries and well-documented cognitive biases cast a shadow on the authenticity of individuals' privacy choices». L'opinione è, del resto, largamente condivisa: cfr. *ex multis*, I.S. RUBINSTEIN, *Big Data: The End of Privacy*, cit., p. 78: «since users lack knowledge of potential correlations, they cannot knowingly consent to the use of their data for data mining or Big Data analytics». Ciò determina lo spostamento dell'asse della riflessione sulle modalità di prestazione del consenso tra *opt-in*, *opt-out* e metodi altri: cfr., O. TENE e J. POLONETSKY, *Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions*, in *Stan. L. Rev. Online*, 2012, p. 63 ss., spec. p. 67, in cui gli Autori rivolgono la loro riflessione sulla duplice modalità del *opt-in* o del *opt-out* asserendo che «We do not argue that individuals should never be asked to expressly authorize the use of their information or offered an option to opt out. [...] The question of the legitimacy of data use has always been intended to take into account additional values beyond privacy» (p. 68). Per una analisi comparativa delle *policy* sulla *privacy* delle principali piattaforme *online* con riguardo ai dati (personali, non personali, comportamentali e aggregati), alla condivisione e alla divulgazione e alle modalità del consenso (richiesta di autorizzazione, consenso presunto, *opt-in* e *opt-out*) cfr., A.D. CHIRITA, *The Rise of Big Data*, cit., p. 172 ss. Sulla differente natura del consenso al trattamento dei dati fra approccio tradizionale e elaborazioni contemporanee, cfr., inoltre, C. PERLINGIERI, *o.c.*, p. 623 ss.

²⁰ Mutuando la qualificazione operata dal Garante della *privacy* all'indomani dell'entrata in vigore in Italia del c.d. Codice della *privacy* (30 giugno 2003, n. 196): Garante *privacy*, Prov. 28 maggio 1997, in *Foro it.*, 1997, III, c. 317; in tema, cfr., da ultimo, C. IRTI, *Persona*, cit., p. 617 ss., spec. p. 620; F. RESTA, *Sub art. 5*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA e E. BELLISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, Vicenza, 2018, p. 54; D. ACHILLE, *Sub artt. 5 e 12*, cit., p. 107.

tare l'affidamento che in buona fede²¹ fa il fruitore dei servizi in ordine alla condotta del gestore cui affida i propri dati personali e (inconsapevolmente) comportamentali.

Sul primo versante, avuto riguardo alla violazione da parte del gestore che acquisisce e «tratta» direttamente o «cede» a terzi i dati e le informazioni che gli vengono fornite, occorre considerare come la riflessione sul consenso si presti ad essere ricondotta sia all'ambito negoziale, sia a quello non negoziale, a seconda che si aderisca o meno alla tesi del c.d. consenso negoziale²², entro il quale confluirebbero le ipotesi in cui il rapporto fra fruitore e gestore è determinato, non tanto dalla iscrizione al sito e dalla accettazione delle condizioni di utilizzo

²¹ D. ACHILLE, *o.c.*, p. 106 s.

²² Secondo la formula utilizzata da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Inf. dir.*, 2018, p. 689 ss., spec. p. 722. La riflessione s'incentra sul rapporto fra l'accesso e la fruibilità dei servizi in *internet* e il consenso al trattamento dei dati personali i quali, in questa prospettiva, possono considerarsi, come già riferito, vera e propria "merce di scambio" (S. SIMITIS, *Il consenso giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 575 ss.) resa a titolo (apparentemente) gratuito [F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e utente: questioni generali*, in *Ann. dir. aut. cult. spett.*, 2011, p. 114 ss.; S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 104 ss.], dato il valore di mercato dei dati medesimi; lo scambio fra gestore e fruitore è stato inteso in termini di rapporto contrattuale da C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 88; in senso non dissimile, S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati come condizione per la fornitura dei servizi on line*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*. Di avviso contrario all'inquadramento dei dati personali in termini di controprestazione non pecuniaria nei contratti di fornitura di servizi di contenuto digitale, è il Garante europeo per la protezione dei dati personali: cfr. *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspect concerning contracts for supply of digital content - COM(2015) 634 (9 december 2015)*, del 14 marzo 2017. In tema si leggano la ricostruzione e le attente considerazioni di C. IRTI, *o.c.*, p. 624 ss. Nonostante la riconduzione del diritto alla riservatezza entro l'alveo dei diritti della personalità possa considerarsi di ostacolo alla prospettata ricostruzione, pur senza scivolare in derivate proprietarie del dato personale (per quanto si avrà modo di argomentare nel prosieguo e, al riguardo, cfr. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 369 ss.), può rendersi utile considerare l'ammissibilità della negoziazione in ordine ai profili materiali dei diritti in parola (G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*), specie valutando la possibile assonanza del tema con il diritto d'autore, rispetto al quale sia consentito un rinvio a G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, p. 83 ss. In relazione al profilo morale del diritto d'autore, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 796 ss.

e dei termini del rapporto fra le parti, quanto dalla prestazione del consenso informato²³ in sé considerato, inteso come controprestazione non pecuniaria²⁴ resa a fronte dell'accesso ai servizi *web*, dovendosi distinguere il consenso alla sottoscrizione del contratto *web* dal consenso al trattamento dei dati²⁵.

Sul secondo versante, nel contesto dell'art. 5 del GDPR²⁶ occorre concentrare l'attenzione sul profilo della correttezza²⁷ come regola di condotta del responsabile e/o del titolare del trattamento, essendo indice modale del trattamento stesso e specchio della buona fede²⁸ e che diviene, assieme alla lealtà e alla trasparenza, presupposto primo dell'autodeterminazione informativa²⁹.

5. Quanto sinora accennato consente di introdurre una riflessione sul rilievo che l'affidamento assume nella relazione tra fruitore dei servizi *web* e gestore³⁰, posto che ciascuno di noi si affida in buona fede alla correttezza dei comportamenti del gestore, relativamente alle informazioni in chiaro o a quelle comportamentali che si possono estrapolare e trattare (a fini speculativi) dal nostro navigare; sicché, l'illecito perpetrato dal gestore titolare e/o responsabile del trattamento che si determina nella violazione degli obblighi previsti dal GDPR, si realizza attraverso una condotta posta in essere in mala fede.

In proposito la questione della fiducia viene ad assumere un du-

²³ C. IRTI, *o.c.*, p. 620 ss.; D. ACHILLE, *o.c.*, p. 107; per una attenta analisi del consenso informato, ancorché condotta in diverso ambito, cfr. A. CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014, p. 9 ss.

²⁴ C. PERLINGIERI, *o.c.*, p. 623 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione*, cit., pp. 9 ss., 70 ss., il quale ravvisa nella fornitura dei dati personali e nel consenso al trattamento una controprestazione (non pecuniaria) a tempo indeterminato, sicché il medesimo contratto di (scambio di autorizzazione al trattamento dei dati contro) accesso alla piattaforma *web* (e ai relativi servizi) viene inteso come contratto di durata a prestazioni continuate.

²⁵ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 106 ss.

²⁶ In ordine alla norma in parola, che individua nella lealtà, nella correttezza e nella trasparenza i principi del trattamento dei dati, cfr. D. ACHILLE, *o.c.*, p. 106 ss.

²⁷ Ancora D. ACHILLE, *o.l.c.*

²⁸ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 211; *ex multis*, Cass., 30 luglio 2004, n. 14605, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1566; da ultimo, cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2018, *passim*.

²⁹ F. RESTA, *Sub art. 5*, cit., p. 54; D. ACHILLE, *o.c.*, p. 106 s.

³⁰ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, p. 241.

plice rilievo: per un verso, in quanto consente di radicare ulteriormente la riflessione sul terreno del principio personalistico e solidaristico di cui all'art. 2 cost.³¹, sul quale già si innesta il riserbo come diritto della personalità³²; per altro verso, in quanto la centralità della correttezza del gestore e dell'affidamento in buona fede del fruitore è tratto comune tanto nell'ipotesi in cui si volesse qualificare il rapporto determinato dalla prestazione del consenso in termini contrattuali accedendo alla tesi negoziale del consenso, quanto in quella in cui il rapporto fra le parti lo si innesti sulla causazione di un danno posto al di fuori di uno schema negoziale.

6. Accedendo alla ipotesi negoziale, in ragione degli obblighi normativamente posti in capo al gestore dal GDPR e relativi alle finalità del trattamento e alla conservazione dei dati, deve darsi giusto rilievo al consenso come elemento attraverso il quale il fruitore conferisce al gestore il potere di conservare e trattare i propri dati personali e comportamentali entro il perimetro di liceità tracciato dal GDPR e rispetto al quale questo pone uno specifico obbligo di protezione (e non un generico dovere) in capo al gestore medesimo.

In questa prospettiva, il rapporto fra le parti può configurarsi come mandato fiduciario implicito *ex lege*, il cui oggetto, oltre alla «custodia» per la conservazione (la cui obbligazione, peraltro, è elemento anche del mandato) è il trattamento dei dati definito entro i limiti segnati dal consenso e il cui contenuto si caratterizza nel dovere di rispetto della fiducia accordata al gestore dal fruitore.

Qualificare in termini di mandato fiduciario *ex lege* il rapporto fra gestore (su cui grava l'obbligo *ex lege* di protezione della fiducia riposta dal fruitore sul corretto trattamento dei dati personali e com-

³¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto*, cit., p. 535 ss.

³² Cfr. l'art. 1, comma 2, nonché il Considerando n. 1 del GDPR il cui fondamento si rinviene nel disposto di cui all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In proposito, cfr., *ex multis*, da ultimo, G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in ID., *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 1 ss. In ordine alla riconduzione della *privacy* al contesto dei diritti della personalità, sia consentito un ulteriore rinvio a G. BALLARANI, *La capacità*, cit., p. 66 ss.; cfr., inoltre, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*. In questo senso, la relazione tra gestore e fruitore, informata al rapporto tra l'obbligo di protezione del primo e l'affidamento in buona fede del secondo, si radica ulteriormente nel contesto del principio solidaristico di cui all'art. 2 cost., affiancandosi in ciò all'inquadramento dei dati personali e comportamentali entro il medesimo ambito, essendo il diritto alla riservatezza diritto della personalità, peraltro tipico; cfr., in proposito, C. IRTI, *o.c.*, p. 620.

portamentali) e fruitore (che in buona fede si affida alla lealtà, alla correttezza e alla trasparenza del primo) in ragione del consenso negoziale, consente così di assimilare la condotta del gestore a quella del mandatario³³.

7. Nel quadro della ricostruzione non negoziale, potrebbe ravvisarsi, per converso, nell'attività di sfruttamento economico abusivo dei dati dell'utente da parte del gestore una ipotesi di gestione (abusiva e a fini utilitaristici) di affari altrui³⁴.

In questo senso, viene nuovamente in rilievo il trattamento del dato compiuto in malafede siccome condotto in violazione del principio di correttezza che impone al gestore di rispettare l'affidamento in buona fede (quindi di mantenere integre le ragioni) del fruitore.

³³ Al fine di poter argomentare in questa direzione, viene a supporto la tesi di quella dottrina che, in un differente ambito, ma per certi versi comune per quanto si prospetterà, opera un parallelismo con i doveri equitativi nel contesto inglese, riconducendo la disciplina resa in tema di restituzioni per la violazione di un dovere di fiducia o di segretezza al piano italiano del mandato. Ci si vuol riferire alla tesi sostenuta da P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65 ss. il quale, nel proporre un differente inquadramento dell'arricchimento senza causa, offrendo, altresì, una originale concezione dell'istituto della gestione di affari altrui, muove dalla disciplina dell'*Equity* inglese che, in tema di restituzioni, prevede che a fronte della violazione di un *fiduciary duty* o di un *duty of confidence*, chi subisce l'illecito possa esercitare contro l'autore il rimedio di rendicontazione (*account*) e di riversione (*disgorgement*) dei profitti derivanti dall'illecito medesimo (richiamando le considerazioni svolte da R. GOFF e G. JONES, *The Law of Restitution*, London, 2002, p. 707 ss.). Quel contesto, in cui il rimedio dell'*account of profits* trova accoglimento quando l'illecito è riconducibile ad un contatto sociale qualificato con il soggetto passivo (P. SIRENA, *o.c.*, p. 71), non è distante dalla ipotesi che in questa sede si propone, in cui il rapporto tra dovere di protezione e affidamento trova specifica e diretta fonte nella legge consentendo di ravvisare nella fattispecie, appunto, un mandato fiduciario *ex lege*.

³⁴ Muovendo dall'assunto che ravvisa nella restituzione del profitto netto la funzione sistematica della gestione di affari altrui, la restituzione dell'arricchimento derivante da fatto ingiusto è stata inizialmente ricondotta alla gestione impropria di affari altrui, dunque condizionata *quoad effectum* alla ratifica del gerito *ex art. 2032 c.c.* [R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, p. 114; più recentemente L. ARU, *Della gestione di affari*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 59 ss.; P. GALLO, *Gestione d'affari altrui*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1992, p. 701; S. FERRARI, *Gestione di affari altrui (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 651]. La fattispecie si ammette così come eccezione, in ragione della tradizionale concezione eminentemente e tradizionalmente solidaristica dell'istituto desumibile dall'intento altruistico del soggetto agente e dalla spontaneità del suo comportamento (*ex multis*, U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, I, 1^a ed., Torino, 1984, p. 739).

La ricostruzione trova conforto se si ammette che la condotta del gestore possa intendersi assimilabile all'attività scientemente compiuta nel contesto della gestione di affari altrui, aderendo ad una visione espansiva dell'istituto. In questo senso bisogna, infatti, accedere alla tesi di quella dottrina³⁵ che individua nella regola consegnata all'art. 2028 c.c. un canone generale, riferibile tanto all'attività compiuta altruisticamente, quanto a quella compiuta egoisticamente, che permette di estendere la riconducibilità all'istituto a chiunque scientemente si ingerisca nella sfera giuridica altrui a prescindere dall'interesse (altruistico od egoistico) che lo muove.

In proposito, al fine delle riflessioni che seguono, occorre anticipare che, riconducendo la tematica alla gestione di affari altrui, si ritorna nuovamente entro il contesto del mandato, in forza della regola

³⁵ P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p. 65 ss.; ID., *La restituzione*, cit., p. 83 ss. Nella differente prospettiva offerta dalla dottrina in parola (P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, VI, Milano, 2006, p. 825 ss., spec. p. 836) in cui l'istituto si apre al governo tanto delle ipotesi solidaristiche quanto di quelle utilitaristiche e egoistiche, la fattispecie della gestione abusiva condotta in malafede non rappresenta più una ipotesi di gestione impropria (ritenuta priva di rispondenza sul piano positivo: P. SIRENA, *o.u.c.*, p. 837), bensì propria e dunque assoggettata alla disciplina generale dell'istituto (art. 2028 c.c.). Per argomentare in tal senso, l'A. intende l'avverbio scientemente come specchio della consapevolezza del gestore e parametro attraverso il quale dare rilievo proprio alla mala fede con cui si può intraprendere la gestione (P. SIRENA, *La gestione*, cit., p. 66). Accogliere la gestione abusiva condotta in malafede come ipotesi di gestione propria, indifferentemente rivolta al compimento di atti giuridici (vendita abusiva a titolo oneroso dei dati personali) e di comportamenti materiali (sfruttamento abusivo dei dati personali) (SIRENA, *o.u.c.*, p. 249, testo e nota 103), consente di superare la tradizionale obiezione volta ad escludere lo sfruttamento dei beni immateriali dall'ambito applicativo della *negotiorum gestio* che fa leva sul rinvio operato dall'art. 2032 c.c. alla disciplina del mandato (*ex multis*, G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1990, p. 533 ss., testo e nota 127), il quale contratto può avere ad oggetto solo atti giuridici (art. 1703 c.c.) e non anche comportamenti materiali. Del resto, nel quadro della riflessione sulla c.d. "depatrimonializzazione" del diritto civile (su cui cfr. A. DE CUPIS, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 482; P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; ID., *Il diritto*, cit., p. 114 ss.; C. DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; P. SIRENA, *La gestione*, cit., p. 242, testo e nota 70) l'ambito applicativo della gestione di affari altrui è stato esteso, ben oltre l'originario contesto dei beni oggetto di appropriazione esclusiva (U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, I, 1^a ed., Torino, 1984, p. 721), ai beni immateriali, con particolare riguardo, dunque, alle esigenze di protezione dei diritti della personalità (P. SIRENA, *La gestione*, cit., p. 242, testo e nota 72; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1992, p. 808).

consegnata al primo comma dell'art. 2030 c.c., sicché sul gestore graverebbero comunque gli obblighi del mandatario.

Anche in questo caso, peraltro, pur escludendosi di poter ravvisare nel consenso una controprestazione non onerosa (o, comunque, prescindendosi da ciò), la condotta abusiva del gestore che opera in mala fede, integra pur sempre la violazione di quella obbligazione di protezione impostagli *ex lege* dal GDPR, rimanendo lesiva dell'affidamento che il fruitore pone sul corretto trattamento dei suoi dati comportamentali.

8. Quanto sinora sinteticamente argomentato consente di affermare, per un verso, che il comportamento secondo correttezza relativo al dovere di protezione imposto dal GDPR al gestore si presta ad essere inteso come elemento che connota l'obbligazione sia nella prospettiva negoziale sia in quella non negoziale e, per altro correlato verso che, qualora si seguisse l'inquadramento negoziale del mandato fiduciario *ex lege*, ovvero si volesse ammettere l'ipotesi non negoziale della gestione utilitaristica di affari altrui, entrambe le ipotesi riconfluirebbero, in punto di disciplina applicabile, nelle regole sul mandato.

Sotto differente profilo, però, il dato che accomuna entrambe le ricostruzioni proposte è quello che in premessa si è individuato come centrale, ossia la violazione del dovere di correttezza da parte del gestore nei confronti del fruitore che si realizza nell'utilizzo abusivo del dato determinato dalla cessione (illecita) a titolo oneroso.

Orbene, a voler prescindere per il momento dall'adesione a una delle due prospettive di inquadramento negoziale o non negoziale dianzi proposte, ciò su cui occorre riflettere è che il danno (*iniuria datum*) reso attraverso l'utilizzo abusivo dei dati comportamentali si determina in una duplice direzione: per un verso, nella condotta posta in essere dal gestore in violazione del dovere di correttezza, lesiva dell'affidamento e, quindi, contraria al principio di buona fede; per altro verso, nello sfruttamento economico (illecito in quanto non autorizzato e condotto in mala fede) dei dati personali individuali e/o aggregati a scopo di profilazione. E ciò consente di volgere l'indagine nella correlata prospettiva rimediale.

9. Nella direzione testé segnalata, viene in rilievo, in forza del rinvio operato dall'art. 82 GDPR al rimedio risarcitorio³⁶ (*Right to compensation and liability*, nella versione inglese del medesimo), l'esigenza

³⁶ Ma in proposito, v., *infra*, nota 49.

di rapportare la specificità dell'illecito in analisi alla funzione tipica compensatoria del rimedio in parola che accomuna il piano contrattuale e quello extracontrattuale.

In armonia con la tradizionale impostazione del risarcimento del danno desumibile dal quadro generale del rapporto obbligatorio (sia esso contrattuale o extracontrattuale) definito dagli artt. 1223 e 1226 c.c.³⁷, la funzione propria del rimedio risarcitorio è quella di compensare la diminuzione patrimoniale determinata dal fatto del danno, eliminando la perdita subita, indipendentemente dall'incremento patrimoniale di cui ha eventualmente beneficiato il danneggiante³⁸.

Amnesso il rimedio risarcitorio in ragione della condotta del gestore lesiva di un interesse costituzionalmente protetto del fruitore, occorre considerare come, nell'ipotesi di violazione delle disposizioni sul trattamento dei dati personali e comportamentali, l'illecito è integrato, non solo dalla violazione del canone di correttezza da parte del gestore, ma anche dalla cessione abusiva a titolo oneroso dei dati medesimi.

In proposito, il dato si deve confrontare con il fatto che l'entità risarcitoria che potrebbe comunque pretendere il fruitore leso sarebbe irrisoria rispetto al profitto lucrato dal responsabile, posto che il profilo del danno emergente è pressoché nullo e difficilmente sarebbe dimostrabile uno sfruttamento economico proprio del fruitore che potesse consentirgli di pretendere il lucro cessante, se è vero che, anche quando il singolo fruitore dimostrasse di aver voluto e potuto sfruttare patrimonialmente i propri dati comportamentali, il dato di un sin-

³⁷ Del resto «l'arricchimento del danneggiante non rileva per definizione né come danno emergente, né come lucro cessante del danneggiato ed è quindi escluso dall'oggetto dell'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 1223 c.c.»: così P. SIRENA, *La restituzione*, cit., p. 65 ss., spec. p. 67. Alle suddette norme si allinea ulteriormente il disposto di cui all'art. 2041 c.c. che comunque esprime il criterio compensativo nel rapporto fra arricchimento e correlata diminuzione patrimoniale; in proposito, cfr., però, P. SIRENA, *o.u.c.*, p. 65 ss.

³⁸ In proposito si rinvia a P. SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, in *Atti del Convegno di Siena, 19-21 settembre 2007*, Milano, 2011, con particolare riferimento, oltre a quanti in questo lavoro citati, ai contributi di F.D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, *ivi*, p. 37 ss.; M. NUZZO, *Struttura e funzione nella disciplina dell'illecito*, *ivi*, p. 63 ss.; V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, *ivi*, p. 101 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 3 ss. Sul tema, si leggano altresì le riflessioni offerte da P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 116.

golo utente non ha in sé rilevanza economica, assumendo valore incrementale esclusivamente nel contesto aggregato³⁹.

A ciò si aggiunga che, accogliendo l'ipotesi negoziale, irrilevante rimarrebbe l'aspetto della prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 c.c.⁴⁰, in quanto, anche dimostrato il comportamento doloso del gestore, il dolo non sarebbe a danno (patrimoniale) dell'utente, bensì esclusivamente a vantaggio del gestore medesimo che lucra dall'illecito; sicché, quand'anche si fornisse la prova del fatto doloso del gestore e si volesse pretendere il risarcimento oltre la misura di ciò che era prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione fra le parti, rimarrebbe inalterata la misura risarcitoria sempre in ragione dell'insormontabile limite compensativo e inalterato rimarrebbe il beneficio patrimoniale per il gestore.

Del pari, quand'anche si volesse ammettere la tesi non negoziale, accedendo al piano risarcitorio del danno derivante da illecito extracontrattuale l'ostacolo compensativo non verrebbe superato.

Ancóra irrilevante ai fini di una differente determinazione del *quantum* sarebbe ricondurre il danno alla sfera non patrimoniale assumendo, per un verso, la violazione del dovere di buona fede e, per altro verso, la violazione del diritto alla riservatezza, entrambi riconducibili al contesto di protezione dell'art. 2 cost. (sotto il profilo solidaristico il primo e sotto quello personalistico il secondo) per dare conforto tanto alla tesi non negoziale, argomentando in ordine alle pretese ex art. 2059 c.c.⁴¹, quanto alla tesi negoziale, facendo valere l'ipotesi del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale⁴² per la lesione di interessi costituzionalmente protetti che assumono rilievo nel disposto di cui all'art. 1174 c.c.

Tutto ciò dimostra come, se si volesse intendere il rimedio contemplato dall'art. 82 GDPR in termini esclusivamente compensativi⁴³,

³⁹ C. PERLINGIERI, *Data*, cit., p. 620 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione*, cit., p. 9 ss.

⁴⁰ Cfr., *ex multis*, C. SALVI, *Risarcimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1984 ss., spec. p. 1089.

⁴¹ In ordine al quale, cfr., da ultimo, nel quadro delle nuove sentenze di San Martino in ambito di responsabilità sanitaria, Cass., 11 novembre 2019, n. 28895, resa in rapporto alla lesione al consenso informato da omessa informazione e al danno non patrimoniale, nonché le prime pronunce di San Martino: Cass., 11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26976.

⁴² Cfr., *ex multis*, E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 728 ss.; G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 235 ss.; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 340 ss.

⁴³ Cfr., ancóra *infra*, nota 49.

si giungerebbe a un'entità risarcitoria del tutto sproporzionata se si confronta la perdita subita con il lucro derivante in capo al danneggiante dalla attività illecita⁴⁴, essendosi innanzi ad un danno a cui non corrisponde una perdita, ossia ad un illecito senza diminuzione patrimoniale.

10. Alla luce di quanto sinora argomentato, ben si giustifica, quindi, l'esigenza di individuare una via ultracompensativa, che possa consentire la restituzione dell'ingiustificato profitto derivante dall'illecito⁴⁵ integrato dall'utilizzo abusivo del dato personale, dovendosene vagliare la fondatezza.

Il dato dal quale occorre muovere rimane legato alla considerazione del fatto che in questi àmbiti, ferme l'illiceità del comportamento del gestore e l'ingiustizia del danno derivante dalla violazione delle regole sulla correttezza, siamo innanzi ad un tempo, a una ipotesi di illecito a cui corrisponde una diminuzione patrimoniale in capo al danneg-

⁴⁴ Inutile dire che, nel nostro sistema ordinamentale, il problema troverebbe (e forse troverà) soluzioni affatto differenti qualora si aprisse, per un verso, ai c.d. *punitive damages* (in ordine ai quali, cfr. A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, p. 7 ss.; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss.) e, per altro e connesso verso, alla *class action* (su cui, v. A. SPADAFORA, *Le pretese tutelabili attraverso l'azione di classe*, Padova, 2012, *passim*).

⁴⁵ Ed è comune la domanda in dottrina in ordine alle sorti del profitto derivante da fatto ingiusto (cfr., *in primis*, R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto illecito*, Torino, 1959, *passim* e P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, *passim*) e, nella specie, di quello determinato «da una iniziativa che abbia comportato l'invasione della sfera giuridica altrui (ad es. l'utilizzazione di un bene altrui) senza il consenso del titolare di tale sfera giuridica» (G. D'AMICO, *L'arricchimento*, cit., p. 365 ss.). La questione si risolve nella individuazione del destinatario finale del *surplus*, potendo questo rimanere ascritto (in tutto o in parte) al patrimonio dell'agente ovvero potendosene prevedere la restituzione (totale o parziale) al soggetto abusato. E non può non concordarsi con quanti rilevano come il consentire all'autore dell'illecito di mantenere per sé i ricavi che questo ha determinato integrerebbe gli estremi di un illecito efficiente (D. CARUSI, *Il concorso*, cit., p. 405 ss. ed ancora G. D'AMICO, *o.c.*, p. 377); in ciò si motiva la ricerca di un meccanismo che giustifichi la riverzione del profitto al danneggiato anche oltre la perdita subita (R. SACCO, *o.c.*, *passim*; alla cui tesi volta ad ammettere un obbligo restitutorio dell'intero profitto a prescindere dalla buona fede o mala fede dell'agente, ha fatto séguito la posizione espressa da P. TRIMARCHI, *o.c.*, p. 22 ss., che circoscrive la restituzione di parte del profitto alla sola ingerenza in mala fede).

giato pressoché non rilevante e a un correlato arricchimento derivante da fatto ingiusto⁴⁶ da parte del gestore⁴⁷.

Si impone, pertanto, di verificare se, ferma l'applicabilità del rimedio risarcitorio proposto dall'art. 82 GDPR, sia ammissibile che i profitti lucrati con l'illecito rimangano in capo al soggetto responsabile (venendo in rilievo l'espressione in uso nella esperienza comune anglosassone secondo cui *Tort must not pay*⁴⁸, ossia che non può trarsi profitto dall'illecito), ovvero possano essere in qualche misura ridistribuiti; conseguentemente occorre valutare se, come e in base a quale principio la vittima dell'illecito potrebbe pretendere la restituzione di quanto lucrato dall'autore, a tal fine accertando se il contesto normativo interno non conosca rimedi altri, che possano venire in soccorso

⁴⁶ In proposito occorre segnalare la posizione di chi, nel contesto della riflessione anglosassone sui confini del *Unjust Enrichment*, con particolare riguardo alle ipotesi di *Unjust Enrichment by wrongdoing*, intendendo il rimedio restitutorio come «The legal response which is demanded by justice» e aprendo il ventaglio alla lesione della *privacy*, ha affermato che «'Correcting' the imbalance which occurs by virtue of the defendant's infringement is part and parcel of the desire to fully protect the plaintiffs enjoyment of a right. This still requires us, of course, to identify those rights which deserve such a high degree of protection. It comes to us as no surprise, perhaps, that property (and analogous) rights currently feature at the head of this list. But there is no reason why the list should not lengthen over time to include more controversial cases such as rights to reputation and to privacy»: K. BARKER, *Unjust Enrichment: containing the beast*, in *Oxford J. of Legal Studies*, 1995, p. 457 ss., spec. p. 473 ss.

⁴⁷ Aderendo alla distinzione in uso nel contesto anglosassone tra *Unjustified enrichment* in cui rileva la mancanza di un titolo che giustifichi l'incremento patrimoniale e *Unjust Enrichment*, in cui viene in rilievo la condotta illecita che ha determinato l'arricchimento, appare agevole non una ipotesi di arricchimento senza causa, bensì di un arricchimento che trova causa in un fatto illecito. Ciò consente di escludere di poter ricondurre la fattispecie entro il contesto della azione generale di arricchimento senza causa di cui agli artt. 2041 ss., in quanto (a parte la funzione compensativa dell'azione che la rende non idonea all'effetto che si vuole e la natura sussidiaria della stessa, sui cui profili cfr., P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 379 ss.; R. SACCO, *L'arricchimento*, cit., p. 3 e p. 129 e P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., p. 53; da ultimo, P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2019, p. 13 ss.) nella specie, la causa di giustificazione, ossia il titolo, c'è ed è di per sé valido ed efficace, ma è illecita la condotta del gestore che cede a titolo oneroso i dati dell'utente.

⁴⁸ Secondo la nota espressione di Lord Devlin, *Rookes v. Barnard* (1964) A.C. 1129; al riguardo, cfr. P. SIRENA, *Dalle pene*, cit., p. 841, testo e nota 57, nonché G. D'AMICO, *L'arricchimento*, cit., p. 401, testo e nota 102; il medesimo concetto è stato più recentemente e con altrettanta efficacia ribadito da A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Butterworths, 1993, p. 376, secondo cui «No man shall profit of his wrong».

della vittima dell'illecito medesimo, compatibilmente con quanto disposto dal GDPR⁴⁹.

Del resto, secondo parte della dottrina⁵⁰, è il medesimo principio di efficienza della responsabilità civile a imporre la necessità che al rimedio risarcitorio possano affiancarsi rimedi ulteriori in chiave restitutoria, dunque ultracompensativa⁵¹. Questi, infatti, potendo prescindere dal profilo del danno emergente e del lucro cessante, si assumono pienamente funzionali all'esigenza deterrente della stessa responsabilità civile; del resto, il rimedio risarcitorio e quello restitutorio trovano fondamento causale distinto, attenendo il primo alla perdita subita (artt.

⁴⁹ In questa direzione, utile appare quanto previsto dal Considerando 146 (rubricato *Indemnity* nel testo inglese), secondo il quale «The controller or processor should compensate any damage which a person may suffer as a result of processing that infringes this Regulation». Il termine *compensation*, utilizzato nell'art. 82 GDPR così come nel Considerando 146, pare, infatti, da intendersi in senso atecnico come rinvio aperto tanto alle ipotesi di risarcimento in chiave compensativa, quanto a quelle restitutorie. Del resto, è il medesimo Considerando 146 a precisare, innanzitutto, che «The concept of damage should be broadly interpreted in the light of the case-law of the Court of Justice in a manner which fully reflects the objectives of this Regulation»; e, inoltre, che «Data subjects should receive full and effective compensation for the damage they have suffered». Se si dovesse intendere il termine *compensation* (ufficialmente tradotto come risarcimento) in senso tecnico e, dunque, limitato al depauperamento patrimoniale della vittima del trattamento illecito, allora le precisazioni di cui al Considerando 146 testé riportate perderebbero di senso in quanto sarebbero del tutto scontate; per converso, senso pieno avrebbero proprio intendendo il termine in senso atecnico come generico rinvio ad ogni ipotesi risarcitoria e restitutoria.

⁵⁰ P. SIRENA, *La restituzione*, cit., p. 82, il quale giustifica l'apertura ai rimedi restitutori posto che la funzione compensativa del risarcimento del danno non gli consente di penetrare «l'angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali», con ciò ricorrendo alla nota espressione di R. SACCO, *L'arricchimento*, cit., p. 11.

⁵¹ In questo contesto, il rimedio restitutorio non assolverebbe a una funzione punitiva, non prestandosi ad essere inteso come pena privata (tradizionalmente intesa come contraria alla riserva sanzionatoria del pubblico potere: P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., p. 1149 ss., spec. p. 1154) essendo volto esclusivamente a riversare sul danneggiato il plus-valore ingiustamente lucrato mediante l'attività abusiva del gestore, lasciando inalterato il patrimonio iniziale di questo: P. SIRENA, *Dalle pene*, cit., p. 840; in questo senso, il rimedio restitutorio non contrasterebbe neppure con la funzione meramente compensativa del risarcimento in quanto, se è vero che ogni attribuzione patrimoniale fra privati deve avere una causa che la giustifichi (C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquilano. Danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.) altrettanto vero è che la restituzione trova fondamento nell'illecito senza perdita patrimoniale per la vittima e, in questi termini, la restituzione non può considerarsi come una sanzione perché non diminuisce *in pejus* il patrimonio iniziale dell'autore dell'illecito ma si limita a rimuovere il profitto ingiustamente lucrato.

1223 e 1226 c.c.) secondo la funzione compensativa e il secondo all'arricchimento derivante da fatto illecito che, per definizione, prescinde dalla perdita subita, integrando una funzione appunto ultracompensativa⁵² e deterrente⁵³: l'oggetto della restituzione è l'arricchimento e non il danno, laddove l'oggetto del risarcimento è la compensazione patrimoniale.

11. Dimostrata la scarsa compatibilità del rimedio risarcitorio nel tema in analisi siccome informato alla perdita subita a causa del danno e radicata la possibile maggiore efficienza del rimedio restitutorio, se inteso in chiave autonoma e quindi non solamente integrativa⁵⁴ bensì propriamente alternativa a quello risarcitorio, occorre individuare l'istituto (o la norma) di diritto interno compatibile con l'inquadramento prospettato.

Al riguardo, giova richiamare le riflessioni condotte in ordine alle due differenti impostazioni (negoziale e non negoziale) precedentemente prospettate, in quanto entrambe riconducibili al contesto del mandato e in quanto entrambe compatibili con l'esigenza di governare ad un tempo, gli effetti della violazione del dovere di buona fede e le sorti del profitto illecitamente lucrato dal gestore.

In questa direzione, infatti, il principio di affidamento del fruitore alla base del consenso prestato sul corretto comportamento cui è tenuto (*ex* GDPR) il gestore e che accomuna la ricostruzione negoziale quanto quella non negoziale proposte, diviene allora il presupposto per imputare al gestore la responsabilità per le violazioni perpetrate a danno del fruitore pretendendo il risarcimento ma, allo stesso tempo, la ragione attraverso la quale giustificare le pretese restitutorie in chiave integrativa o alternativa al primo.

In relazione a ciò, merita richiamare le considerazioni precedentemente svolte con riguardo al dovere di correttezza in rapporto al consenso e che conducono al bivio fra l'impostazione negoziale (ricon-

⁵² P. SIRENA, *o.u.c.*, p. 825 ss.

⁵³ Sulla distinzione fra la categoria del risarcimento del danno e quella restitutoria, cfr. ancora P. SIRENA, *La restituzione*, cit., p. 65, il quale la individua nel fatto che il rimedio risarcitorio tende alla rimozione della perdita che l'atto illecito ha determinato nel patrimonio del danneggiato (artt. 1223 e 1226 c.c.), mentre quello restitutorio è volto ad obbligare il responsabile alla restituzione di ciò che ha ricavato dall'illecito, prescindendo dalla prova del pregiudizio che questo ha determinato sul patrimonio del danneggiato e, dunque, dalla diminuzione patrimoniale.

⁵⁴ Ammette il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio P. SIRENA, *La gestione*, cit., p. 148 ss.; in termini non dissimili, ma «nel significato del ricorrere ad un tempo i presupposti», D. CARUSI, *Il concorso*, cit., p. 408.

ducibile al mandato fiduciario *ex lege*) e l'impostazione non negoziale (che consente di inquadrare la condotta del responsabile in termini di gestione utilitaristica di affari altrui), in quanto entrambe le vie (esplicitamente la prima, implicitamente la seconda) si ricongiungono nella disciplina del contratto di mandato, specie con riguardo, per gli effetti che qui interessano, alla condotta del gestore, siccome assimilabile, in punto di obblighi, a quella del mandatario.

E ciò che mette conto rilevare è, conseguentemente, l'applicabilità ad entrambe le ipotesi ricostruttive della regola consegnata all'art. 1713 c.c. che obbliga il mandatario alla rendicontazione e alla restituzione del profitto, quindi delle utilità che gli sono derivate dal mandato⁵⁵, a prescindere dalla perdita subita dal danneggiato.

La regola di cui all'art. 1713 c.c. si presta, infatti, ad essere applicata tanto all'ipotesi negoziale del mandato fiduciario dove il comportamento secondo correttezza integra l'oggetto della obbligazione inerente al trattamento dei dati, quanto a quella non negoziale della gestione utilitaristica di affari altrui da parte del gestore che scientemente in mala fede si ingerisce nella sfera del fruitore abusandone i dati a fini di lucro: se l'art. 2030, comma 1, c.c., stabilisce che «Il gestore è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato»⁵⁶, a questi si applica la regola posta all'art. 1713 c.c.⁵⁷.

⁵⁵ P. SIRENA, *o.u.c.*, p. 41 ss.

⁵⁶ Nel contesto della tesi non negoziale potrebbe, peraltro, argomentarsi ulteriormente a favore dell'ipotesi restitutiva, facendo leva sul disposto di cui all'art. 2030, comma 2, c.c. che consente al giudice di moderare il risarcimento per colpa in relazione alle circostanze che hanno indotto il gestore ad assumere la gestione, proponendone una l'interpretazione estensiva ex art. 14 delle disp. prel. c.c., ammissibile in quanto norma non di stretta interpretazione. Se è, infatti, vero che l'art. 2030, comma 2, c.c., consente al giudice di diminuire il risarcimento in relazione alle circostanze nelle quali il gestore inizia l'attività di gestione e quindi in un'ottica altruistica, potrebbe dedursi, argomentandosi a contrario, che il giudice abbia il potere di aumentare l'entità risarcitoria in relazione all'ingiustificato profitto in ragione delle circostanze, in questo caso egoistiche e non autorizzate, che hanno determinato la gestione e proprio in considerazione dell'applicabilità al gestore delle obbligazioni del mandatario. Ma forse l'argomento prova troppo e comunque, per quanto si dirà, potrebbe non assumere diretta rilevanza se si ammette che al rimedio risarcitorio previsto dal GDPR possa affiancarsi a scopo integrativo (ma non cumulativo) il rimedio restitutorio previsto dall'art. 1713 c.c.

⁵⁷ Sicché sul gestore grava l'obbligazione di protezione che può ben corrispondere «ai doveri equitativi (di segretezza e) di fiducia che nel diritto inglese consentono di pretendere dal soggetto responsabile il rendiconto e la riversione dei profitti che ha ricavato» (P. SIRENA, *La restituzione*, cit., p. 84); ed è nella violazione del principio di buona fede che l'A. rinviene la comune radice dell'obbligo posto in capo al mandatario di rendere conto del suo operato al mandante e di restituirgli i profitti che ha

Ed è proprio quest'ultima norma che, a fronte di un trattamento abusivo dei dati personali e comportamentali ceduti a fini di lucro, consente, di là dal piano (in apparenza, esclusivamente⁵⁸) risarcitorio previsto dall'art. 82 GDPR, di accedere al piano delle restituzioni in chiave ultracompensativa, giustificando la richiesta di rendicontazione e di restituzione dei profitti illecitamente lucrati, proprio dal tenore del Considerando 146 del GDPR⁵⁹ ed in quanto l'art. 1713 c.c., prescindendo dal rapporto tra arricchimento e diminuzione patrimoniale, consente di impedire al gestore di arricchirsi con l'illecito.

Nella ricostruzione che in questa sede si offre, pertanto, il gestore potrà essere chiamato al risarcimento del danno per violazione degli obblighi su di lui posti dal GDPR in relazione al trattamento abusivo dei dati; ma il danneggiato potrà affiancare in via integrativa al rimedio risarcitorio la richiesta restitutiva, ovvero proporre domanda restitutiva in via autonoma e alternativa a quella risarcitoria⁶⁰, purché non si superi nel *quantum debeatur* la soglia di un possibile arricchimento senza causa del danneggiato.

12. Stabilito l'*an debeatur* e ammesso il rimedio restitutorio, l'attenzione si sposta sulla determinazione del *quantum debeatur*, rispetto al quale ulteriore rilievo assume ancora l'art. 1713 c.c. che, nel consentire la restituzione, obbliga il gestore alla rendicontazione⁶¹.

Si vuol dire che, dato che il profitto illecito è ricavato dalla cessione in massa dei dati personali e comportamentali, nel quadro del rimedio ultracompensativo restitutorio definito dalla norma testé menzionata diviene prioritaria la rendicontazione dei profitti ingiustamente lucrati al fine della determinazione dell'entità restitutiva, siccome è nell'ambito aggregato che deve individuarsi il parametro di quantifica-

ricavato a causa del mandato (art. 1713 c.c.) e dei *fiduciary duties*, in quanto ricompresi entro la «categoria piú ampia di doveri equitativi, basata sull'esistenza di una *Obligation of good faith or loyalty*»: P. SIRENA, *o.c.*, p. 70 ss., ove ampi riferimenti adesivi e contrari.

⁵⁸ Cfr., *supra*, nota 49, con riguardo al Considerando 146 del GDPR.

⁵⁹ Cfr., *supra*, nota 49, con riguardo al Considerando 146 del GDPR.

⁶⁰ Cfr. P. SIRENA, *La gestione*, cit., p. 148 ss.

⁶¹ Con riguardo alla obbligazione restitutiva posta in capo al mandatario dall'art. 1713 c.c., nonostante la norma non contempra espressamente l'ipotesi, la dottrina tradizionale [F. DOMINEDÒ, *Mandato (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 108 ss., spec. p. 127] non esclude la validità di una preventiva pattuizione *à forfait* in ordine al *quantum* della restituzione ricorrendo per analogia a quanto disposto dall'art. 1740, comma 2, c.c. in materia di spedizione. L'ipotesi potrebbe estendersi all'eventuale accordo in ordine alla determinazione forfettaria e periodica della restituzione dei profitti lucrati dalla cessione dei dati a scopo di profilazione.

zione: questo può così computarsi nel rapporto fra il profitto lucrato e il numero di fruitori i cui profili sono stati violati, a che il risultato ottenuto venga ad essere il *quantum* da riversare come restituzione al singolo fruitore, fermo il risarcimento del danno.

Nel contesto occorre, del resto, svincolarsi da una eventuale tentazione di rapportare la restituzione al valore d'uso⁶² del dato personale e comportamentale, che mal si adatta alla fattispecie, per una duplice ragione: per un verso, il valore d'uso del singolo dato è evidentemente irrilevante (posto che in sé il dato singolo potrebbe consentire uno sfruttamento economico irrisorio da parte del titolare, assumendo valore incrementale esclusivamente nel contesto aggregato⁶³); ma, per altro e più importante verso, ricorrere al parametro del valore d'uso comporterebbe aderire ad una ipotesi «proprietaria» dei dati⁶⁴ che, nell'ambito di *civil law* si scontra con l'inquadramento dei dati personali entro l'ambito del diritto alla riservatezza e dunque con la riconduzione della questione entro l'alveo dei diritti della personalità⁶⁵. Rimarrebbe, infatti, fondata l'obiezione sui connotati di inalienabilità, intrasmissibilità e indisponibilità propri dei diritti in parola che, se pure soggetti assoluti al pari della proprietà, da questa

⁶² In proposito, occorre considerare l'inammissibilità (secondo la giurisprudenza inglese) del rimedio in *equity* dell'*account of profits* e delle restituzioni in assenza dei suindicati doveri di segretezza o di fiducia in capo a colui che commette l'illecito, come nelle ipotesi dei *proprietary torts* derivanti dallo sfruttamento abusivo dei beni altrui (P. SIRENA, *La restituzione*, cit., p. 72), rispetto ai quali si applica il rimedio (risarcitorio) dei danni restitutori (*restitutionary damages*); al riguardo, però, la dottrina in parola non omette di considerare come non sia agevole distinguere le due categorie rimediali, tenuto conto che in entrambe, con riguardo al *quantum debeatur* si considera l'arricchimento del danneggiante, anziché la perdita del danneggiato (P. SIRENA, *o.c.*, p. 69), nonché per la distinzione rispetto ai *compensatory damages*, siccome commisurati alla perdita del danneggiato, salvo che nei *restitutionary damages* viene in rilievo il valore d'uso (*use value*) del bene altrui abusivamente sfruttato dal responsabile dell'illecito (P. SIRENA, *o.c.*, p. 72 ss.). Ciò significa che l'eventuale configurazione del dato personale in termini proprietari si porrebbe come limite alla ricostruzione che in questa sede si vuole offrire, impedendo di articolare il discorso incentrandolo sul dovere di correttezza e di buona fede in quanto, qualora si accedesse all'idea proprietaria del dato, dovrebbe escludersi il rapporto fiduciario che permea tanto la ricostruzione negoziale quanto quella non negoziale e, dunque, difficilmente applicabile sarebbe la norma di cui all'art. 1713 c.c., con ciò escludendosi il dovere di rendicontazione che, per quanto sostenuto, è strettamente funzionale alla determinazione del *quantum debeatur*.

⁶³ C. PERLINGIERI, *Data*, cit., p. 618 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione*, cit., p. 25 ss.

⁶⁴ F. PIRAINO, *Il regolamento*, cit., p. 369 ss.; C. IRTI, *Persona*, cit., p. 626.

⁶⁵ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*.

si distinguono e con essa non possono confondersi, anche per questi tratti specifici.

Queste considerazioni non smentiscono, per converso, la possibilità di ammettere lo sfruttamento economico del dato⁶⁶, che potrebbe essere argomento per chi volesse contestare l'ipotesi restitutoria. Si potrebbe, infatti, obiettare per un verso, che pretendere la restituzione significherebbe patrimonializzare il dato personale e quindi il diritto della personalità e, per altro verso, che non potrebbe ammettersi la negoziabilità in ordine ai profitti derivanti dalla cessione del dato per la medesima ragione. Ma l'obiezione potrebbe valutarsi priva di fondamento procedendo attraverso i profili di analogia con il diritto d'autore, in rapporto al quale è pacifico distinguere fra il contenuto morale di questo e lo sfruttamento economico del contenuto patrimoniale⁶⁷.

13. Posta la fondatezza concettuale del rimedio restitutorio dell'ingiustificato profitto in ossequio al principio secondo il quale non può ammettersi che il gestore tragga utilità economiche dall'illecito, si può, del pari, intendere l'interesse ad ottenere la restituzione del profitto come meritevole di protezione secondo l'ordinamento. In questi casi, non si tratta tanto o soltanto di far valere o di garantire un interesse «pretensivo» del fruitore alla restituzione dei profitti illegittimamente lucrati dal gestore attraverso l'utilizzo abusivo dei dati, quant'anche di poter radicare una prassi deterrente e non premiale contro queste forme di illecito che altrimenti potrebbero solo eventualmente venir sanzionate; prassi che può indurre le imprese alla negoziazione in ordine alla partecipazione in percentuale o determinata a *forfait* su base periodica dei profitti derivanti dall'utilizzo dei dati a scopo di profilazione, sulla falsariga degli accordi in materia di diritto d'autore.

14. La ricostruzione proposta, per quanto importi una interpretazione (forse) *praeter legem* degli istituti richiamati e delle norme che li regolano, ben può considerarsi *secundum ius*, se si accede a quella impostazione attuale che segna l'esigenza di un «diritto che sale dal basso»⁶⁸ e che, nell'affrancarsi sempre di più dai rigidi postulati del po-

⁶⁶ C. PERLINGIERI, *o.c.*, p. 623 ss.; A. DE FRANCESCHI, *o.u.c.*, pp. 9 ss., 70 s.

⁶⁷ Cfr., P. SIRENA, *L'efficienza dei rimedi civilistici e tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *Ann. dir. aut. cult. spett.*, 2003, p. 520 ss., nonché le riflessioni di P. PERLINGIERI, *La personalità*, cit., pp. 289 ss., 327 ss.

⁶⁸ N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim.*, 2018, p. 5 ss.; ID., *Costituzione e diritto civile*, *ivi*, p. 1255 ss.

sitivismo⁶⁹, chiama il giurista-interprete a farsi creatore della *regula iuris*⁷⁰ nel tentativo di governare il continuo germogliare spontaneo di nuovi interessi⁷¹ meritevoli di protezione ordinamentale secondo ragionevolezza⁷².

E non può negarsi come, nel contesto della riflessione sui *Big Data*, l'istanza di protezione giuridica di chi si vede abusare a fini di lucro i propri dati comportamentali e non abbia, di fatto, rimedio alcuno, rientri a pieno titolo entro questo alveo siccome riconducibile entro il quadro dell'art. 2 cost. in ragione del principio dell'affidamento in buona fede sull'operato dei gestori dei dati. Così, poste l'insufficienza (in rapporto alla perdita) e l'inefficacia (in punto di effetto deterrente) del rimedio risarcitorio, ben può giustificarsi il ricorso a tutele restitutorie ultracompensative così come sopra descritte se è vero che i profitti derivanti dall'illecito non possano avvantaggiare colui che lo ha commesso, anche se non comportano una diminuzione patrimoniale del danneggiato.

⁶⁹ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 83 ss., spec. p. 99.

⁷⁰ Ci si vuol riferire alla c.d. *Drittwirkung* dei principi costituzionali, rispetto alla quale, una magistrale ricostruzione è offerta da N. LIPARI, *o.l.u.c.*; ID., *Considerazioni introduttive*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convengo di Pisa, 24-25 febbraio 2017*, Torino, 2017, p. 7 ss.; cfr., altresì, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; per un'accurata prospettazione dell'elaborazione dottrinale tedesca, si veda, da ultimo, P. FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018, *passim*. Il percorso prende le mosse dalle riflessioni di quanti, per primi, si fecero promotori dell'esigenza di una lettura costituzionalmente orientata del diritto civile (S. RODOTÀ, *Ideologie*, cit., p. 83 ss.; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, *passim*; ID., *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973, *passim*; N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento?*, Roma-Bari, 1974, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto*, cit., *passim*), stimolando «un radicale rinnovamento dei tradizionali strumenti della dogmatica» (N. LIPARI, *Il diritto*, cit., p. 5 ss., spec. p. 10, testo e nota 10) e avvertendo la necessità di ricorrere ad una tecnica legislativa informata ai principi costituzionali (S. RODOTÀ, *o.c.*, p. 95 ss.), attraverso cui «le esigenze della società possono penetrare nell'ordine giuridico» (N. LIPARI, *o.c.*, p. 11, testo e nota 14).

⁷¹ S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 6 ss.

⁷² G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 15.

SOMMARIO

RAPPORTI CIVILISTICI E INTELLIGENZE ARTIFICIALI: ATTIVITÀ E RESPONSABILITÀ

P. PERLINGIERI, *Presentazione* VII

PRIMA SESSIONE *Intelligenze artificiali*

Relazioni

- F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica* 3
G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale, diritto e responsabilità* 27
A. DE FRANCESCHI, *Intelligenze artificiali e responsabilità civile nell'esperienza tedesca* 45

SECONDA SESSIONE *La contrattazione algoritmica*

Relazioni

- A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari* 69
A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica* 85
R. DI RAIMO, *Decisione e attuazione algoritmiche delle situazioni sostanziali* 121
D. POLETTI, *Produzione e lavoro nell'età delle piattaforme digitali* 131

TERZA SESSIONE

*Attività produttive e professionali**Relazioni*

- F. CAROCCIA, *Autonomous vehicles e diritto privato. Quando il piccolo mondo antico non basta più* 173
- V. FERRARI e L. PALOPOLI, *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività assicurativa* 193
- F. VIMERCATI, *L'intelligenza artificiale in sanità* 211
- A. DI PORTO, *Intelligenza artificiale e professione forense. Il robot al servizio dell'avvocato* 215

SESSIONE CONCLUSIVA

*Responsabilità**Relazioni*

- U. RUFFOLO, *Responsabilità da produzione e gestione di a.i. self-learning* 233
- P. LAGHI, *Struttura della rete e responsabilità: cybersecurity* 255
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale* 297

Appendice

- A. AZARA, *La trattativa robotica* 361
- G. BALLARANI, *Il problema dei big data tra interessi e rimedi: utilizzo abusivo dei dati, ingiusto arricchimento e restituzione del profitto ex art. 1713 c.c.* 379
- C.C. DANESI, *New reflections on civil liability in the use of artificial intelligence arising from the «liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies» report* 403
- A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e accesso al credito* 417
- S. MARTINELLI, *Contratto e mercato ai tempi dell'algoritmo: reputational feedback system e ranking nella platform economy* 435
- M. RIZZUTI, *Il peculium e il robot: nuovi spunti su soggettività e intelligenza artificiale* 453
- V. SCIARRINO, *Algoritmo predittivo e cyber justice: l'ermeneutica nell'era della robotica* 467



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2020
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.nignat - ftc.intpie

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it