

OBSOLESCENZA PROGRAMMATTA DEI PRODOTTI E DEI DATI PERSONALI

ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO*

Sommario

1. Introduzione epistemologica del tema dell'obsolescenza programmata come osservatorio delle fonti "dal basso". Nozione di obsolescenza programmata; espressa previsione solo nell'ordinamento francese; distinzione dalla obsolescenza dei beni strumentali rilevante nell'ordinamento italiano. – 2. Possibilità di obsolescenza programmata coinvolgente anche beni strumentali aziendali; ulteriori precisazioni sulla obsolescenza tecnologica. – 3. Problema della sussunzione dell'obsolescenza programmata nella categoria dei vizi della cosa ex art. 1490 c.c. ovvero in quella di difetto di conformità dei beni al consumo ex art. 128 cod. cons.; il problema della preesistenza del vizio ovvero del difetto di conformità; la soluzione alla luce del principio di ragionevolezza. – 4. Obsolescenza programmata degli *smartphone*: il caso *Apple e Samsung* nei Provvedimenti di AGCM del 25 settembre 2018; le pratiche commerciali scorrette; irriducibilità del problema ad una crisi nel rapporto post-vendita. – 5. Distinzione tra "cosa" *smartphone (hardware)* e "bene" *smartphone (hardware+ software)*; insufficienza dell'atto di disposizione della cosa a "trasferire" il bene; assenza di pienezza di godimento del titolare dello *smartphone*; complessità strutturale del bene interattivo *smartphone*; obsolescenza programmabile del bene interattivo. – 6. Introduzione al tema dell'obsolescenza dei dati personali; differenza dal tema del diritto all'oblio; reificazione delle informazioni sulla persona nel dato personale già nel "trattamento" prima dei *big data*. – 7. *Habeas corpus* verso il potere informatico in termini oppositivi (diritto alla riservatezza) e pretensivi (diritto all'identità); statuto di garanzia della persona: dogmatica del consenso nel dimensionamento della "cosa" dato personale come "bene": natura autorizzativa e non dispositiva del consenso al "trattamento" dei dati. – 8. Il salto qualitativo dei *big data analytics: cookies e Internet* delle cose, nella raccolta globale dei dati; insufficienza degli ordinamenti nazionali o dell'Unione europea; crisi del modello consensualistico sia per i "dati osservati" (*Internet delle cose*) che per i "dati forniti". – 9. Metadati e profilazioni digitali sovrapposte all'identità digitale; profili digitali e discriminazione contrattuale; dati biometrici, riconoscimento facciale e decriptazione delle emozioni: rischi di discriminazione personologica neo-lombrosiana. – 10. Regolamento europeo e sistemi preventivi di tutela dei dati personali prescindenti dal consenso: *privacy by design e privacy by default*: limiti strutturali e funzionali delle garanzie di "anomizzazione" dei dati personali. – 11. Conclusioni: obsolescenza programmata dei prodotti ed obsolescenza dei dati personali come espressione dello stesso processo.

Abstract

This paper seeks to examine the legal nature of planned obsolescence of products which has become a typical phenomenon of the consumer society. It will present the regime currently set out for the obsolescence of capital goods, then it will turn at addressing the following issues: can planned obsolescence be treated as a latent defect of the goods sold? How can we classify a smartphone, based on the conclusions of the September 25th, 2018 decision of the Italian Competition Authority which declared an unfair commercial practice the planned obsolescence of Apple's and Samsung's devices? Furthermore, having considered that the profiling of personal data is nothing more than a product, we will discuss the issue of planned obsolescence of personal data, in view of the digital profiles elaborated by big data analytics.

Suggerimento di citazione

A BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Obsolescenza programmata dei prodotti e dei dati personali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore aggregato di Diritto privato e Biodiritto nell'Università di Firenze.
Contatto: bellizzidisanlorenzo@unifi.it

1. Introduzione epistemologica del tema dell'obsolescenza programmata come osservatorio delle fonti "dal basso". Nozione di obsolescenza programmata; espressa previsione solo nell'ordinamento francese; distinzione dalla obsolescenza dei beni strumentali rilevante nell'ordinamento italiano

Se un tratto caratterizzante della contemporaneità giuridica si ravvisa in «una legislazione fatta per divenire anziché per durare»¹, il tema privatistico dell'obsolescenza programmata² dei prodotti nonché dei dati personali assurge a "segno" che «anche il diritto nella società dei consumi sembra essere nato per essere "consumato", caratterizzato non per durare nel tempo ma per la volatilità delle situazioni con le quali deve confrontarsi»³, nella consapevolezza che «i fenomeni cioè gli aspetti apparenti ed esperibili delle cose lungi dall'essere mere parvenze, portino all'esistenza e alla luce *cose nuove* rispetto ai costituenti di base di cui pure ogni cosa è fatta»⁴.

Da questo punto di vista, l'analisi della obsolescenza programmata dei prodotti e dei dati personali, costituisce così anche un osservatorio «dal basso»⁵ delle fonti⁶ e segnatamente di quella «inversione normativa»⁷ data dall'«esatto rovesciamento del modello giuridico classico della sovranità pubblica quale *ordo ordinatus* di una determinata organizzazione territoriale»⁸, dietro la cui crisi, si scorgono i nuovi Leviatani⁹ di «una sovranità privata come *ordo*

¹ E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 296.

² v. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, 16ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2010, p.143: «Restare abbarbicati alle cose per lungo tempo, oltre la loro ravvicinata "data di scadenza" e oltre il momento in cui è possibile "aggiornarle" con versioni "nuove e migliori" è viceversa sintomo di privazione». Infatti «il "breve periodo" ha sostituito il "lungo periodo" ed eletto l'istantaneità a proprio ideale supremo», 142; sul concetto di obsolescenza programmata, v. *funditus*, nota 13.

³ V. domanda di O. Roselli, in P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Il Mulino, Bologna, 2018, 116.

⁴ Questa è l'idea alla base della rivoluzione fenomenologica, secondo R. DE MONTICELLI, C. CONTI, in *Ontologia del nuovo, la rivoluzione fenomenologica e la ricerca di oggi*, Mondadori Bruno, Milano, 2008, p. XIII.

⁵ Nel senso pregnante del magistero di P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2006, 165; cfr. ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 10; v., altresì, per taluni spunti, A. CIERVO, voce *Diritti dal basso*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. 9, Torino, 2014, 210.

⁶ Di «precarizzazione come indice della trasformazione del sistema delle fonti», parla infatti E. LONGO, *op. cit.*, 257 ss.

⁷ P.G. MONATERI, *Ai confini della legge, Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringheri, Torino, 2014, 160.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Il riferimento è, ovviamente a T. HOBBS, *Leviatano*, Editori riuniti, Roma, 1976: in risposta all'interrogativo di S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Il Mulino, Bologna, 2012, non si possono escludere i "GAFA" (acronimo per *Google, Amazon, Facebook, Apple*) e chi li seguirà/sostituirà, che costituiscono il c.d. "capitalismo di sorveglianza": v. M. AINIS, *Il regno di Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, La nave di Teseo, Milano, 2018, 21.

ordinans di uno spazio sconfinato»¹⁰. Questo scenario sociale globale, dominato progressivamente da «invasive accelerate tecnologie»¹¹, mostra la «trasformazione delle variabili economiche in variabili di legittimità degli ordinamenti locali onde è tanto più legittimo quel sistema locale che meglio si attaglia ai parametri economici e generali»¹².

Sullo sfondo di questo scenario, l'obsolescenza programmata¹³ di un bene indica il fenomeno, tipico della società dei consumi¹⁴, della produzione di beni volutamente destinati dal produttore ad una durata limitata nel tempo, al fine di provocare l'acquisto di nuovi dello stesso tipo, da parte del consumatore¹⁵: tale fine è perseguito o attraverso materiali in sé usurabili dopo un certo periodo, anche in singole componenti del prodotto (es: filamento lampadine), ovvero attraverso l'inserimento, nello stesso, di componenti funzionali ad inibire il funzionamento del bene dopo un certo tempo (es.: *chip* che inceppano cartucce di stampanti anche se ancora dotate d'inchiostro idoneo all'uso).

Come tale, l'obsolescenza programmata è assurta a giuridica rilevanza nell'ordinamento francese, dove l'art. L. 441-2 del *Code de la consommation* - nel configurarla addirittura come illecito penale punito con due anni di reclusione e 300.000 € di multa (par. 11) - così vietandola la definisce: «Est interdite

¹⁰ P.G. MONATERI, *loc. ult. cit.*; nel senso di una naturale vocazione dei commerci e trascendere i confini di regolazione degli Stati, v. O. ROSELLI, voce *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 166.

¹¹ V. domanda di O. Roselli, in P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, cit., 110; A. GATTI, *Istituzioni e anarchia della Rete. I paradigmi tradizionali della Sovranità alla prova di Internet*, in *Dir. inf. e inform.*, 2019, 3.

¹² P.G. MONATERI, *loc. ult. cit.*; sulla «necessità per la comunità internazionale di contrastare la tendenza ad un autopoietico disordine», v. O. ROSELLI, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, in R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), *Quaderni Cesifin*, Giappichelli, Torino, 2013, 7.

¹³ J. BULOW, *An economic theory of planned obsolescence*, in *The Quarterly Journal of Economics*, v.101, Issue 4, 1986, 729 ss.; G. GLADE, *Made to break: technology and obsolescence in America*, Harvard, 2009; F. BURATTO, *S. Latouche contro "l'usa e getta": una truffa per i consumatori*, *Il Sole 24 ore*, 11 aprile 2013.

¹⁴ Nella vasta letteratura, v. M. FRANCHI, *Il senso del consumo*, Mondadori Bruno, Milano, 2007; Z. BAUMAN, *Per tutti i gusti, la cultura nell'età dei consumi*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

¹⁵ *Ex multis*, G. ALPA, A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, Il Mulino, Bologna, 2016; è stato rilevato, con riferimento agli interessi del consumatore come essi «non siano interessi di categoria, ma piuttosto interessi che, per essere propri a chiunque già parte di un rapporto relativo al consumo, appaiono differenziati da tutti gli interessi relativi ad altri rapporti (e quindi qualificati)», v. G. ALPA, *Gli usi del termine "consumatore" nella giurisprudenza*, in *N.G.C.C.*, 1999, II, 4 ss., nel concetto di consumatore come contraente "strutturalmente" debole v. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995, 19; sui limiti della figura, v. A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, nota a Corte Cost. ord. 30 giugno 1999, n°282, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3318. Per l'individuazione di una direzione di tutela «oltre il consumatore» v. però G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 3ªed., Cedam, Padova, 2017, 119 nel solco del più ampio «contratto asimmetrico» su cui V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, Padova, 2011, 5-7.

la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement»¹⁶.

La scelta deliberata di tali materiali o componenti rende infatti possibile la strategia produttiva¹⁷ di beni, che strutturalmente e funzionalmente potrebbero avere una durata indeterminata e comunque eccedente la durata prefissata dei beni ad obsolescenza programmata.

Ordinariamente tale obsolescenza programmata costituisce una ipotesi di obsolescenza fisica oppure di inutilizzabilità funzionale a seguito di un difetto strutturale programmato appunto, ossia previsto, voluto e organizzato dal produttore e non meramente previsto o prevedibile nella sua sopravvenienza.

Dunque, l'obsolescenza programmata dev'essere distinta dalla normale obsolescenza sia fisica sia tecnologica dei beni strumentali¹⁸ afferenti ad un'azienda e giuridicamente rilevante nella razionalità del bilancio, in prospettiva degli ammortamenti disciplinati dagli artt. 2425 e 2426 c.c. Inoltre, se è vero che queste norme riguardano il bilancio delle società per azioni, i relativi criteri sono estesi dall'art. 2217 c.c., in quanto applicabili, alla redazione dell'inventario dell'imprenditore in generale: com'è noto, infatti, tramite la diretta riduzione del valore, iscritto nell'attivo dello stato patrimoniale, delle immobilizzazioni materiali ed immateriali, il cui utilizzo è limitato nel tempo (macchinari, brevetti etc.), si ammortizza appunto il valore dei suddetti beni strumentali in ogni esercizio, in relazione alla residua utilizzabilità del bene, cosicché il costo inizialmente sopportato viene ripartito fra gli esercizi di probabile durata del bene proprio in ragione di coefficienti, quali il logorio fisico e la obsolescenza tecnica appunto degli stessi beni¹⁹.

¹⁶ La suddetta novella al *Code de la consommation* è stata introdotta il 22 febbraio 2015 con l'adozione definitiva da parte del Senato francese del *project de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte*. Quindi la norma che dà rilevanza giuridica all'obsolescenza programmata s'inserisce in un modello integrato di politica energetica di "crescita verde" ossia rispettoso dell'ambiente: come si evince infatti dall'art. L. 110-1-1, la transazione verso un'economia circolare mira a superare il modello economico lineare consistente nell'estrarre, fabbricare, consumare e buttare facendo appello ad un consumo sobrio e responsabile delle risorse naturali e delle materie primarie così come, in ordine di priorità, alla prevenzione della produzione di rifiuti in particolar modo tramite il reimpiego dei prodotti e poi seguendo la gerarchia del trattamento dei rifiuti, ad una riutilizzazione ad un riciclaggio o, in mancanza, ad una valorizzazione dei rifiuti. Successivamente l'originario *article* L. 213-4-1 introdotto dalla suddetta novella del 2015, è stato abrogato e riformulato nell'*article* L. 441-2, da parte dell'*Ordonnance* n°2016-301, 14 mars 2016, art. 34.

¹⁷ S. DALLA CASA, *Fatto per non durare: il cartello Phoebus e l'obsolescenza programmata*, in *www.wired.it*, 2016.

¹⁸ Nota G. ALPA, in *Manuale di Diritto privato*, 5ª ed., Cedam, Padova, 2007, 401: «Una distinzione che ha molto rilievo in economia e in politica è quella tra beni strumentali (diretti a produrre altri beni) e beni di consumo (diretti ad esser distrutti dall'utente)».

¹⁹ V., *ex multis*, G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, 3ª ed., UTET, Torino, 2015, 46, dove si menziona l'obsolescenza; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia*, XI ed., Cedam, Padova, 2016, 523: «i beni strumentali si

2. Possibilità di obsolescenza programmata coinvolgente anche beni strumentali aziendali; ulteriori precisazioni sulla obsolescenza tecnologica

Se quindi la tradizionale rilevanza giuridica del concetto di obsolescenza riguarda i beni strumentali alla produzione, piuttosto che quelli risultato della produzione, la consapevolezza che «non esistono destinazioni naturali dei beni ma solo destinazioni sociali»²⁰ appalesa dunque che la “strumentalità” del bene deriva dal suo coinvolgimento nell’attualità di un effettivo potere gestorio imprenditoriale²¹. Il che val quanto dire che la nuova prospettiva della obsolescenza programmata può riguardare anche “beni strumentali”, giacché essi sono tali relativamente all’attualità gestoria di chi li utilizza ma sono “beni finali” per chi li ha a sua volta prodotti.

Ora, il concetto tradizionale di obsolescenza tecnologica dei beni strumentali²² deriva da una sopravvenuta inefficienza relativa ad un altro bene economicamente più efficiente e competitivo sul mercato, per cui un bene si rivela tecnicamente obsoleto pur essendo ancora strutturalmente integro ed idoneo alla funzione produttiva, allorquando è superato tipologicamente da un altro che garantisce maggiori utilità produttive e minori costi.

Invece il concetto di obsolescenza programmata riguarda il deperimento funzionale in senso assoluto di un bene - in uso come bene finale di un consumatore o come strumentale di un imprenditore - che dovrà essere sostituito con un altro dello stesso tipo, non necessariamente tecnologicamente più avanzato ma magari con profili innovativi estetico-velleitari. Non per nulla, allo stesso risultato si può pervenire attraverso la pressione pubblicitaria sul consumatore persuadendolo ad acquistare un nuovo prodotto per sostituire uno vecchio ancora efficiente (obsolescenza psicologica)²³; come ancora si può avere l’obsolescenza indiretta di un prodotto come un elettrodomestico, di cui cessi la produzione di una componente pur minima in termini di costo relativo al prodotto, ma essenziale per il suo funzionamento, come il sacchetto raccoglitore di polvere rispetto ad un aspirapolvere.

connotano per il protrarsi nel tempo del loro impiego nel ciclo produttivo, si comprende agevolmente come il loro costo non debba essere trasferito puramente e semplicemente da un esercizio ad un altro (così come avviene per i beni-merce) ma piuttosto debba essere distribuito su più esercizi».

²⁰ V. A. DI MAJO, L. FRANCIARI, in *Proprietà e autonomia contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1990, 18.

²² Interessante il riferimento di App. Milano, in Cass. civ., Sez. III, 13 luglio 2018, n° 18548, *www.dejure.it*. Il Supremo Collegio ha confermato la natura *di leasing* di godimento e non traslativo «atteso che il contratto aveva ad oggetto attrezzature inevitabilmente usurabili per il loro utilizzo e, per di più, soggette ad un’accelerata obsolescenza connessa ad un’accelerata tecnologia ed alla moda dell’inerente settore e, quindi, ontologicamente inadatta a conservare, alla scadenza del rapporto, un rilevante valore residuo».

²³ Di «una diversa forma di obsolescenza: quella semantica o comunicativa», parla G. FABRIS, in *La società della post-crescita, consumi e stili di vita*, EGEA, Milano, 2010, 168; nel senso di una «obsolescenza semiotica» in contrapposizione ad una fisica, *ivi*, p. 170; D. FUSARO, *Essere senza tempo. Accelerazione della storia e della vita*, 4ª ed., Bompiani-Rizzoli, Milano, 2016, segnatamente 326 e 328.

E' evidente quindi che l'obsolescenza tecnologica è un fenomeno dinamico sociale oggettivo, che può creare disagi (es.: obsolescenza digitale per cui viene a mancare il computer per la lettura di *floppy disk*) ma che è comunque determinato dall'innovazione tecnologica e quindi sorretto dal principio di utilità sociale (art.41 Cost.)²⁴, laddove l'obsolescenza programmata del bene prodotto è un fenomeno socio-economico soggettivamente distorsivo della parità contrattuale, tra chi pone sul mercato i beni prodotti e chi li acquista - come si è detto non necessariamente "consumatore" - posto nella condizione di reiterare l'acquisto di un bene dello stesso tipo in un periodo tendenzialmente appena successivo al periodo di garanzia convenzionale²⁵, assunta dal produttore. E non è un caso che «all'epoca dell'entrata in vigore del codice civile tale tipo di garanzia cominciava invero a diffondersi nella prassi con riferimento al commercio di particolari beni mobili (macchinari), la cui utilizzazione presuppone l'operare di meccanismi (per lo più «interni») di tipo meccanico, elettrico, elettronico, etc., da cui dipende (appunto) il funzionamento del bene»²⁶.

²⁴ L'analisi dell'obsolescenza dei prodotti si rivela così un vettore di senso di una interpretazione dell'utilità sociale non come limite esterno ma come coesistente al concetto stesso di produzione di beni nuovi nell'esercizio di iniziativa economica rispondente ad una «logica costituzionale che all'art.41 Cost., garantisce la tutela dell'iniziativa economica non in astratto ma in relazione al suo svolgimento (cfr. il 2° comma)» (A. DI MAJO e L. FRANCIOSI, *op.cit.*, 21). Ne consegue che «la garanzia di queste libertà economiche (artt.41 e 42 Cost.) e l'obbligo che ne deriva al legislatore di riconoscere e di determinare i limiti destinati ad armonizzare l'esercizio con l'utilità sociale e col rispetto della sicurezza, della libertà, della dignità umana, si riflettono sull'autonomia negoziale», v. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, Milano, 1997, 2; cfr. F. MACARIO, *L'autonomia contrattuale come fonte di diritto privato nella dimensione costituzionale*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018, II - *Crisi della legge e produzione privata del diritto* (a cura di G. CONTE e M. PALAZZO), 177 ss.

²⁵ Il riferimento è all'art.1512 c.c.: v., in generale S. CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Cedam, Padova, 2004. Nel senso che «È presumibile invero, che il venditore accordi la garanzia di buon funzionamento per un periodo non superiore (e anzi di regola alquanto inferiore) alla prevedibile vita economica "efficiente" del bene, sicché se un cattivo funzionamento si manifesti entro tale periodo deve supporre che esso sia comunque dovuto ad un qualche difetto dei materiali o ad un errore di fabbricazione», v. G. D'AMICO, *La compravendita, Trattato di dir. civ.*, C.N.N., ESI, Napoli, 2013, 461; nel senso che "la garanzia di buon funzionamento" possa prender forma di garanzia di fabbrica o di garanzia della vendita, *ibidem*. Com'è noto l'art.133 cod. cons., per la vendita di beni di consumo, prevede *ex lege* i rimedi della sostituzione /riparazione del bene che l'art. 1512 c.c. prevede solo in caso di quella garanzia di buon funzionamento convenzionale che continua ad avere ampia rilevanza proprio per i beni strumentali venduti a imprenditore/professionista (oltre ovviamente ai casi di venditore non esercente attività professionale). Come si vedrà (*infra* § 4) nel provvedimento dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato del 25 dicembre 2018 verso Samsung, 29, vi sono dichiarazioni confessorie riconducibili alla Società dove si ammette proprio un «naturale decadimento della funzionalità tale da renderne necessaria una riparazione radicale subito dopo la scadenza della garanzia».

²⁶ G. D'AMICO, *op.cit.*, 460. Ricorda la garanzia di buon funzionamento che «ha costituito a lungo un'innovazione propria del codice civile italiano», A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2018, 88 ss.

3. Problema della sussunzione dell'obsolescenza programmata nella categoria dei vizi della cosa ex art.1490 c.c. ovvero in quella di difetto di conformità dei beni al consumo ex art.128 cod. cons.; il problema della preesistenza del vizio ovvero del difetto di conformità; la soluzione alla luce del principio di ragionevolezza

Ora, il problema è come inquadrare il fenomeno della obsolescenza programmata, alla luce delle categorie civilistiche esistenti. Devono quindi prendersi in considerazione l'originario concetto codicistico di *vizi della cosa venduta* (art. 1490 c.c.)²⁷ e quello, di origine europea, di *difetto di conformità* al contratto, nella vendita dei beni di consumo (artt. 129 e 128 cod. cons.)²⁸. Infatti, se è vero che la normativa di origine europea²⁹ copre l'intera area dei vizi non giuridici del bene mobile venduto, l'applicazione delle norme codicistiche non copre soltanto, in via residuale, i c.d. vizi giuridici della cosa ma, per l'intero, le ipotesi in cui il rapporto non intercorra tra "professionista" e "consumatore" ex art.18 cod. cons.: dunque la tradizionale disciplina dei vizi della cosa anche in senso materiale, riguarda sia i rapporti di vendita tra soggetti non qualificabili come rispettivamente professionista o consumatore - non interessati evidentemente dalla problematica dell'obsolescenza programmata - sia la significativa area dei rapporti di vendita, dove invece entrambi i soggetti non siano qualificabili come "consumatori", in quanto entrambi agiscano nel quadro della propria «attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» o comunque «in nome e per conto di un professionista» (art.18 cod. cons.): questi ultimi rapporti tra professionisti invece ben possono interessare l'obsolescenza programmata, per esempio, di beni strumentali venduti dall'imprenditore che li produce a quello che li utilizza.

Ciò premesso, la rilevanza del vizio della cosa venduta è data dal concorso di un fattore cronologico con uno soggettivo ossia, rispettivamente, dalla

²⁷ Nella sconfinata letteratura, v. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile* III, Principato, Messina-Milano, 1935, 322 ss.; Salv. ROMANO, *Vendita - Contratto estimatorio*, in *Trattato di dir. civ.*, dir. da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Giuffrè, Milano, 1960, 255 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. it. dir.* da F. Vassalli, UTET, Torino, 1972, 802 ss.; G. D'AMICO, *op.cit.*, 433 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, 9^a ed., Giappichelli, Torino, 2018, 350 ss.

²⁸ *Ex multis*, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, *Il regime delle garanzie nelle vendite di beni di consumo*, ESI, Napoli, 2007; E. M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita di beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010; S. MAZZAMUTO, *La vendita di beni di consumo*, in V. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, 879 ss.; ID., *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, 267 ss.

²⁹ Infatti, la Direttiva CE n°99/44 del 25 maggio 1999, tradottasi nel D.lgs 2 febbraio 2002 n°24 emanato in base alla delega contenuta nella Legge comunitaria 29 dicembre 2000, n°422, inizialmente si è tradotta in una novella al codice civile costituita dal §1-bis Della vendita di beni di consumo nella sezione dedicata alla Vendita di cose mobili. Attualmente in virtù del D.lgs 6 settembre 2005 n°206, la suddetta normativa è stata trasfusa nel c.d. Codice del consumo, art.128 ss.

preesistenza³⁰ del vizio rispetto alla conclusione del contratto e dalla non conoscenza o non facile conoscibilità da parte del compratore³¹; così come rileva il «difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene» (art. 130 cod. cons.) e «non vi è difetto di conformità, se al momento della conclusione del contratto il consumatore era a conoscenza del difetto, non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza...» (art.129 c.3 cod. cons.)³².

Certamente il concetto di preesistenza non va inteso solo in senso statico di un vizio occulto, di cui il compratore scopra la sussistenza successivamente alla vendita ma pure nel senso dinamico di una causa preesistente che, successivamente alla vendita, sol si manifesti³³; come del resto il «difetto di conformità che deriva dall'imperfetta installazione» per definizione successiva alla consegna è equiparato *quoad effectos* al difetto precedente alla consegna ove l'installazione sia avvenuta sotto responsabilità del venditore ovvero del consumatore stesso ma in base a carenti istruzioni di installazione (art. 129, c. 5, cod. cons.)³⁴.

A questo punto dell'analisi è opportuno tentare allora una risposta al seguente interrogativo: il difetto da obsolescenza programmata può costituire una manifestazione di vizio che rende la cosa venduta inidonea all'uso cui è destinata (art.1490 c.c.) ovvero di non conformità al contratto (art.129 cod. cons.)? In termini di sillogismo della *sussunzione*, il risultato ermeneutico non può essere escluso ma va temperato con un vaglio di *ragionevolezza*³⁵: nel senso che l'obsolescenza programmata si deve estrinsecare o in un vizio implicante inidoneità all'uso «“apprezzabile”... ossia tale da prospettarsi come suscettibile di acquisire *ragionevole* rilevanza (anche in relazione al tipo di bene di cui si tratta)³⁶», nel contesto aziendale del compratore ovvero in una difformità contrattuale, sostanziantesi non solo in assenza di conformità alla descrizione formale del bene ma pure ove manchino la «qualità e le prestazioni

³⁰ V., *ex multis*, C. M. BIANCA, *op. cit.*, 803; G. D'AMICO, *op. cit.*, 440; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 321. Nel senso che l'onere della prova della preesistenza del vizio ricade sul compratore, v. Cass. Sez. II, 26 settembre 2018 n°2305, in *Dir. e giust.*, fasc.169, 2018, 2.

³¹ Chiarissimo in tal senso, già R. DE RUGGIERO, *op. cit.*; cfr. G. D'AMICO, *op.cit.*,463.

³² V. MARICONDA, *Conformità al contratto dei beni al consumo*, in *Corr. giur.*, Ipsoa, Milano, 2002, 1103 ss.

³³ V. già R. DE RUGGIERO, *op. ult. cit.*; C. M. BIANCA, *op.cit.*, 804: «Diffuse formule dottrinarie affermano che il vizio rileva anche quando esso si manifesti in un secondo tempo purché ne siano preesistenti il *germe*, l'*origine* o la *causa*»; cfr. G. D'AMICO, *op.cit.*,440.

³⁴ V. MARICONDA, *op. ult. cit.*

³⁵ V., G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, segnatamente 49:«il sillogismo, in particolare quello apodittico e dimostrativo, e la sussunzione, espressione della mera razionalità e della logica sono sempre pericolosi e devono, specialmente nella scienza giuridica, essere temperati da un controllo di ragionevolezza, da una valutazione funzionale ed assiologica delle premesse del ragionamento(norme, atti e fatti normativi) e delle soluzioni alle quali il medesimo ragionamento conduce»; cfr. S. TROIANO, voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, 763 ss.; S. PATTI, voce *Ragionevolezza*, *Dig. disc. priv. Sez. civ. Agg.* 9, UTET, Torino, 2014, 517 ss.

³⁶ Chiaramente, in tal senso, G. D'AMICO, *op.cit.*, 441.

abituale di un bene dello stesso tipo che il consumatore può *ragionevolmente* aspettarsi tenuto conto della natura del bene...» anche nel suo dimensionamento pubblicitario (art. 129, c. 2, lett. c, cod. cons.).

Se è vero quindi che clausole generali, come la ragionevolezza appunto «necessitano di una significativa opera di specificazione in sede applicativa e in ciò l'interprete non può non essere influenzato dall'assetto sociale, economico, politico e ideologico di una determinata società»³⁷, non può non prendersi atto che l'obsolescenza programmata, insieme alla pubblicità e al credito, è considerata uno dei tre pilastri della società dei consumi³⁸ e «le pratiche di consumo sono fenomeni sociali le cui logiche spesso coerenti anche se non sempre consapevoli sono orientate secondo una ragionevolezza di tipo sociale»³⁹. Cosicché ormai - lungi da un'adesione o da una riprovazione di valore in ordine al fenomeno del consumismo⁴⁰ - l'interprete non può non prendere atto - al fine di considerare gli stati soggettivi rilevanti⁴¹ del compratore professionista e del compratore consumatore - che «il consumo, quindi si configura come una pratica sociale al tempo stesso espressiva e costitutiva dell'identità»⁴². Si deve così far riferimento ad una nozione di «consumatore medio»⁴³ ex artt. 20, 21, 22 e 24 cod. cons. e, quindi, in relazione al fenomeno della obsolescenza programmata, assumere come «parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto tenendo conto dei fattori sociali culturali e linguistici»⁴⁴. Il che val quanto dire che - al di fuori di «pratiche commerciali scorrette»⁴⁵ ex art. 20 e ss. cod. cons. - l'acquirente, figlio della società dei consumi, non può ordinariamente atteggiarsi ad *Alice in wonderland*⁴⁶ e non può non sapere che la pianificata obsolescenza dei prodotti,

³⁷ G. PERLINGIERI, *op.cit.*, 17, nota 42.

³⁸ V. intervista rilasciata dal celebre economista S. LATOUCHE a F. Buratto, *Il Sole 24 ore*, 11 aprile 2013.

³⁹ Così M. FRANCHI, *Il senso del Consumo*, cit., 12.

⁴⁰ Sul problema del rapporto tra il fenomeno del consumismo ed il pluralismo della dimensione valutativa, v. Z. BAUMAN, *Per tutti i gusti*, cit.; per una ipotesi post-consumistica, v. *ex multis* G. FABRIS, *La società della post-crescita*, cit.

⁴¹ V. G. D'AMICO, *op.cit.*, 463; S. FERRERI, C. PONCIBO', *Garanzia per vizi e per evizione*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, Agg. 6, UTET, Torino, 2011, segnatamente 410.

⁴² Così, M. FRANCHI, *op.cit.*, 12.

⁴³ C. PONCIBO', *Il consumatore medio*, in *Contr. e Imp. Eur.*, Ipsa, Milano, 2007, 734 ss.; M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in C. RUSSO RUGGIERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Giuffrè, Milano, 2009, 101 ss.; cfr., *ex multis*, C. giust. 12 febbraio 2004, C-218/01, Henkel KG a A c. Deutsches Patent-und Marken-amt, in *Foro it.*, 2004, IV, 130.

⁴⁴ Direttiva CE n°29 del 2005, *Considerando* 18.

⁴⁵ V. G. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir. Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, 1079 ss.; G. VETTORI, *Contratti e rimedi*, cit., 94 ss.: v., *infra*, § 4, *Provvedimenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato del 25 settembre 2018*, nei confronti rispettivamente di Apple e Samsung.

⁴⁶ Il riferimento è ovviamente a L. CARROL, *Alice's adventures in wonderland*, Macmillan & Co., London, 1866: per «il ruolo dei consumatori consapevoli e responsabili nella tutela diffusa della

proporzionalmente anche al loro costo medio basso, costituisce un macrofenomeno, di cui è permeato il sistema produttivo, tanto è vero che la comparsa in letteratura dello stesso termine *planned obsolescence* nel 1932, si deve a chi⁴⁷ addirittura ne propugnò, negli USA, l'imposizione legale onde accrescere i consumi durante la grande depressione seguita alla crisi del 1929.

4. Obsolescenza programmata degli *smartphone*: il caso *Apple* e *Samsung* nei Provvedimenti di AGCM del 25 settembre 2018; le pratiche commerciali scorrette; irriducibilità del problema ad una crisi nel rapporto post-vendita

Nell'ordinamento italiano, come tale assente, l'obsolescenza programmata si è affacciata indirettamente nei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁴⁸ del 25 settembre 2018⁴⁹ nei confronti, rispettivamente, di *Apple* e *Samsung*. L'obsolescenza programmata, più volte

legalità», v. O. ROSELLI, in *Il commercio tra regolazione giuridica e rilancio economico*, a cura di P. Lotito, O. Roselli, *Quaderni Cesifin*, Torino, 2012, 9.

⁴⁷ B. LONDON, *Ending the depression through planned obsolescence*, self-published, New York 1932 (Library of Congress, Washington); ID., *Rebuilding prosperous nations through planned obsolescence*, self-published, New York 1935 (Library of Congress, Washington).

⁴⁸ Com'è noto, è stata argomentata, per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, una funzione assimilabile a quella giurisdizionale: 1) per una spiccata indipendenza, rispetto a verun potere d'indirizzo politico, oltrepassante la pur doverosa imparzialità della P.A. ex art.97 Cost.; 2) per il potere di accertamento del diritto nel caso concreto qualificando liceità ovvero illiceità di comportamento dei soggetti del mercato; 3) per la garanzia del contraddittorio nel procedimento (v. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Mercati e Amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bessi e F. Merusi, Cedam, Padova, 1993, p.77). Nel senso che «il legislatore ha attribuito all'AGCM poteri di accertamento sanzionatori e inibitori. Sono i c.d. rimedi di *public enforcement*», v. G. VETTORI, *op. cit.*, 152. Tale «funzione paragiurisdizionale» è ritenuta una delle esplicazioni in generale delle Autorità indipendenti, oltre quella normativa, amministrativa in senso proprio, consultiva e di controllo (v. L. PALADIN, L. A. MAZZAROLLI, D. GIROTTO, *Diritto costituzionale*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, p. 598). Tuttavia è stato rilevato come il cumulo della funzione istruttoria con quella decisoria nel medesimo organo - quale l'AGCM appunto - la distingua da una funzione giurisdizionale in senso proprio, come quella del T.A.R. cui sono assoggettati poi i suoi provvedimenti e la trattenga in seno al concetto di amministrazione pur caratterizzata da accentuata imparzialità procedimentale: l'azione dell'Autorità non avrebbe così il fine di «tutelare un concorrente rispetto ad un altro quanto piuttosto di tutelare il mercato, nel senso di proteggere l'interesse collettivo alla preservazione della struttura concorrenziale dei mercati» (G. TESAURO, M. TODINO, voce *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enc. Dir.*, Agg., VI, Giuffrè, Milano, 2002, 120). Al di là delle differenti letture del fenomeno potestativo, emerge comunque «la natura di un nuovo organismo refrattario all'inquadramento nell'ambito dei tradizionali poteri dello Stato e dotato di funzioni piene che ne fanno l'«autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza e del mercato»» (F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, *op. ult. cit.*, 154), ascrivibile a quelle «nuove quasi-magistrature chiamate a rispettare non solo il principio di legalità ma anche a tutelare il buon-governo dell'economia, «contrappesi» «*balances* dei poteri economici», v. P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 16^a ed., Cedam, Padova, 2018, 230.

⁴⁹ Provvedimenti Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 25 settembre 2018, rispettivamente nei confronti di *Apple Inc/Società controllate* e *Samsung Electronics Co. Ltd/Società controllate*.

menzionata nei suddetti provvedimenti⁵⁰, ha preso forma di “pratiche commerciali scorrette”, “ingannevoli” ed “aggressive” ex artt. 20,21,22 e 24 del Codice del consumo⁵¹: infatti, con progressive ed insistenti richieste⁵², di fatto indeclinabili⁵³, rivolte ai possessori degli *smartphone* di aggiornare i rispettivi sistemi operativi, *Apple* e *Samsung*, hanno provocato, ad una massa di innumerevoli utenti, una significativa riduzione della funzionalità, se non addirittura spegnimenti (*shutdown*) improvvisi⁵⁴ e randomici⁵⁵ - pur con batterie cariche - dei dispositivi incapaci di sostenere la necessità di risorse dei nuovi sistemi operativi (rispettivamente *Ios 10* per *Apple* e *Marshmallow* per *Samsung*) calibrati sull'ultimo modello di *smartphone* a tutto svantaggio dei modelli precedenti: tale pratica commerciale è stata supportata non solo dall'asimmetria informativa⁵⁶ del consumatore medio rispetto a quel “sistema esperto”⁵⁷ rappresentato dallo *smartphone* ma anche dalla predeterminata impossibilità di tornare indietro per l'utente, una volta avviata la procedura informatica di aggiornamento, cui peraltro il titolare dello *smartphone* è stato di fatto costretto⁵⁸.

⁵⁰ Per l'esattezza l'espressione “obsolescenza programmata” compare nel Provvedimento *Apple* nelle argomentazioni difensive di Apple in negativo, 18, 29, 32, 33, 34, 37 (è il caso di dire *excusatio non petita est accusatio manifesta!*); nel Provv. *Samsung* ricorre invece nelle riferite doglianze dei consumatori (p.14) nonché in un'argomentazione difensiva (35): in particolare a carico di *Samsung*, è emerso che un suo stesso *Call center* “VOC” ammetteva il «naturale decadimento di funzionalità (...) subito dopo la scadenza della garanzia» (29,55)

⁵¹ Per un'analisi del concetto normativo di pratiche commerciali scorrette”, v. G.DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*

⁵² V. Provv. *Apple*, 8 e 48, Provv. *Samsung*, 12 e 52.

⁵³ «Il consumatore non ha una vera facoltà di aderire o meno alla proposta di aggiornamento di Apple, potendo solo effettuare una doppia scelta di non aderire, peraltro in via temporanea, da rinnovare ogni volta che - inesorabilmente - gli viene proposto d'installare, subito più tardi». Provv. *Apple*, p. 50; cfr. Provv. *Samsung*, 12 e 52.

⁵⁴ Provv. *Apple*, 12 e 13.

⁵⁵ v. Provv. *Samsung*, 16, 24

⁵⁶ «Apple ha potuto indurre i consumatori ad accettare tali aggiornamenti anche grazie all'*asimmetria informativa* esistenti con essi, che porta tali consumatori a essere costretti a riporre la loro fiducia in quanto affermato da Apple sulla utilità e bontà di tali aggiornamenti». Provv. *Apple*, 51. Cfr. Provv. *Samsung*, 4 (nota 5), 12, 49. Sul “contratto asimmetrico”, v. V. ROPPO, *op. ult. cit.*; G. VETTORI, *op. cit.*, 119.

⁵⁷ V., M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000,38 ss.: «I diversi sistemi inglobati nel mondo produttivo costituiscono le premesse di fiducia per catene di azioni che possono svincolarsi dai riferimenti più localizzati. Ad esempio, un oggetto elettronico contiene in sé una serie di riferimenti legittimanti: non solo alle varie scienze (elettronica, matematica, fisica ecc.) che rendono possibili e credibili le sue prestazioni tecniche ma anche alla medicina che fa presumere che non sia nocivo alla salute...».

⁵⁸ Tra l'altro l'impossibilità tecnica di tornare indietro una volta iniziato l'aggiornamento (*downgrading*), è oggetto di dichiarazione confessoria da parte di *Apple*, 9, 34; si veda analogamente, per *Samsung* 4 e 19.

È di tutta evidenza che si tratta di una obsolescenza programmata⁵⁹ che non si esaurisce nella precostituzione di un presupposto di alterazione destinato ad esplicarsi in un tempo successivo prefissato ma si corrobora di una serie di condotte attive (richieste reiterate di aggiornamento irreversibile) ed omissive (non informazione sulla irreversibilità dell'aggiornamento e sull'impatto negativo sui dispositivi in uso) in sede di «servizio di post-vendita»⁶⁰.

Ma l'anomala dipendenza del godimento del bene dal dante causa⁶¹ rende inconferente la riconduzione del fenomeno nello schema della vendita: infatti lo schema della vendita dovrebbe essere esaustivo, nella sua compiutezza logico-giuridica dello scambio e quindi dello spostamento della "competenza sulla cosa"⁶², in ordine alla cui esaurita vicenda atteggiare un giudizio di responsabilità per eventuali vizi; così come appare riduttivo configurare il rapporto successivo all'acquisto dello *smartphone* come post-contratto⁶³, in termini accessori statici di eventuali servizi di post-vendita⁶⁴ assimilabili alla mera eseguibilità di riparazioni o sostituibilità di pezzi di ricambio degli elettrodomestici della società dei consumi pre-informatica⁶⁵.

⁵⁹ Per la minuta ricostruzione della «politica commerciale di Apple di sostituzione degli apparecchi», attraverso la tecnica di *marketing di upgrade selling*, v. Provv. *Apple*, 25; cfr. Provv. *Samsung* 33.

⁶⁰ «Nell'ambito del rapporto di post-vendita con gli acquirenti dei propri dispositivi, Apple costantemente e ricorrentemente suggerisce a quasi tutti i consumatori in possesso dei diversi modelli di iPhone di procedere all'aggiornamento di *firmware* dei propri dispositivi», v. Provv. *Apple*, 7.

⁶¹ Notava infatti, già agli albori della diffusione degli strumenti informatici, M. RICOLFI: «Chi acquisti un bene ancorché ad utilità ripetuta, non ha normalmente bisogno della collaborazione di chicchessia- e tantomeno del suo dante causa- per poterne godere. Sotto questo profilo, l'esecuzione dei contratti informatici può dare luogo a situazioni particolari: sia che essi abbiano per oggetto un elaboratore o un programma; sia che questo consista in *software* operativo o applicativo, standardizzato o personalizzato, il bene oggetto del contratto è tecnologicamente sofisticato e può perdere ogni valore se non siano previsti interventi idonei a ripristinare la sua funzionalità in caso di guasto ovvero ad adottarlo all'evoluzione», in *I contratti dell'informatica*, 1998, www.unitn.it.

⁶² «la situazione reale come competenza rispetto alla *res* costituisce la dimensione concreta dei poteri di autonomia del soggetto», v. F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, ESI, Napoli (1967), rist. 2014, 72. Nel senso che «non può parlarsi di trasferimento della proprietà ma in proprietà. Vendere significa che un bene proprio, cioè di pertinenza con un soggetto viene da questi distaccato con un atto di attribuzione (...) per cadere sotto il potere che in concreto può diversamente atteggiarsi del soggetto acquirente», v. Salv. ROMANO, *Vendita*, cit., 21.

⁶³ V. E. BARGELLI, voce *Postcontratto*, *Enc. dir., Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, 620 ss.; A. BERTOLINI, *op. cit.*

⁶⁴ Il concetto di «post-vendita» è fatto proprio dal Provv. *Apple*, 7.

⁶⁵ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 484, nel senso che, per i venditori professionali «ha assunto un rilievo fondamentale la capacità del venditore di organizzare dei servizi di post-vendita»; cfr. A. BERTOLINI, *op. cit.*, 107 ss.

5. Distinzione tra “cosa” *smartphone* (*hardware*) e “bene” *smartphone* (*hardware+ software*); insufficienza dell’atto di disposizione della cosa a “trasferire” il bene; assenza di pienezza di godimento del titolare dello *smartphone*; complessità strutturale del bene interattivo *smartphone*; obsolescenza programmabile del bene interattivo

In realtà l’acquisto del *corpus* dello *smartphone*⁶⁶ non attribuisce al titolare la pienezza e la esclusività del godimento di un bene, il cui dominio finalistico esorbita dalla sfera di competenza dell’acquirente, che non è in grado di attingere le utilità proprie del bene, le quali permangono nella sfera di controllo del produttore del dispositivo, il quale coordina e fa funzionare le componenti fisiche dell’apparecchio (*hardware*) agendo direttamente sul *firmware*⁶⁷-ossia sull’insieme dei programmi informatici (*software*)- installato e controllato dal produttore stesso nel dispositivo e contenente il c.d. sistema operativo (OS). Basti pensare che le varie applicazioni possono essere installate ed utilizzate grazie proprio all’intermediazione del *firmware*.

Quindi, indubbiamente, vi è un contenuto dominante⁶⁸ in relazione al *corpus* dello *smartphone*, nei confronti dei terzi ed anche nei confronti del produttore dello stesso, ma questi è in grado di determinarne la consistenza funzionale mantenendola, in teoria accrescendola, ovvero ridimensionandola, come nel caso verificato di *Apple* e *Samsung*. Dunque, in assenza di separatezza tra sfera di signoria del soggetto che controlla il *software* e sfera di signoria del consumatore, titolare dell’ *hardware* ed utente del *software*, la “vendita” della *cosa*⁶⁹

⁶⁶ Ribadisce l’imprescindibilità della individuazione di un *corpus* proprio come «unità spaziale» per l’appartenenza alla categoria dei *subjektive Sachenrechte*, di cui la proprietà è la massima manifestazione, C. VON BAR, in *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, tr. it. di G. Magri, *Riv. dir. civ.*, 2018, 571 ss. e, segnatamente 584: «Le cose reali si distinguono dalle altre cose per il loro carattere corporale, che permette loro di essere oggetto di diritti reali».

⁶⁷ V. Prov. *Apple*, 6 e Prov. *Samsung*, 3.

⁶⁸ Certamente ci troviamo alla negazione dell’«isolamento concettuale del mio», che attinge la sua linfa vitale in quella «visione ontologica del *dominium*», con riferimento alla teoria del Molina messa mirabilmente in luce da P. GROSSI, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992, 307: «La proprietà è cioè l’area del mio, di ciò che è autenticamente mio, in quanto tale non può che proporsi come una relazione elementare, la più elementare possibile, tra soggetto e cosa; una relazione immediata anzi per sua natura sottratta a possibilità di intermediazioni, unitaria giacché vede impegnata la mia individualità rispetto alla individualità della cosa a tal punto che essa è “mia”».

⁶⁹ S. PUGLIATTI, voce *Cosa* (*Teoria generale*), *Enc. dir.* XI, Milano, 1962, 19: nell’alveo del magistero pugliattiano, la irriducibilità della fenomenologia delle cose nella teoria dell’oggetto di diritti secondo la tradizionale dialettica tra “cosa” e “bene” tramite appunto l’idoneità della cosa ad essere oggetto di diritti ex art. 810 c.c. mostra la sua straordinaria post-modernità proprio davanti a beni complessi in cui l’*hardware* come cosa nella sua fisica unità spaziale piuttosto che oggetto di un godimento indipendente e come tale bene, si rivela strumento di accesso ad un servizio continuativo ed in evoluzione, nel senso di una “economia di servizi” che ha superato la “economia della proprietà” secondo J. RIFKIN, *L’era dell’accesso, la rivoluzione della new economy*, Oscar Mondadori, Milano, 2000, segnatamente 105 ss.

smartphone e la sua effettiva consegna, nella sua consistenza fisica (*hardware*), non implica il pieno potere di godimento sul più ampio *bene* complesso (*hardware+software*)⁷⁰: l'appropriazione delle utilità, da parte del titolare dello *smartphone*, è continuativamente dipendente dalle determinazioni tecnologiche propulsive ovvero strumentalmente riduttive del soggetto controllante il sistema operativo nella diacronia di un rapporto. Rispetto a tale rapporto, la cessione in proprietà dello *smartphone* si atteggia come mero frammento esecutivo di una più complessa vicenda sicuramente non riducibile a mera e accessoria sequenza post-contrattuale⁷¹: si tratta del frammento esecutivo di un contratto di accesso ad un servizio multimediale, per la cui continuativa fornitura viene pagato un canone periodico, da parte del titolare della cosa *smartphone*, la quale, per esplicare le funzionalità di bene interattivo, dipende dal soggetto erogatore.

Se è stato rilevato che «secondo le categorie ordinanti utili all'officina del giurista, perciò la disposizione diviene il paradigma del bene mobile, laddove il godimento, come già visto, è il paradigma di analisi del bene immobile»⁷², ecco che l'atto di disposizione⁷³ del diritto sulla cosa mobile *smartphone* (*hardware*) si rivela insufficiente a determinare l'instaurarsi di un pieno ed esclusivo godimento sul bene *smartphone*, nella sua idoneità fruitiva costituita dalla sintesi di *hardware* e *software* eterodiretto. Lo *smartphone* si rivela infatti un bene interattivo non solo nel senso ampliativo delle facoltà dell'utente della strumentalità multimediale intersoggettiva (comunicazione sincronica, orale, scritta, per immagini, video etc.)⁷⁴ ma anche nel senso vincolante della strutturale interattività tra la dinamica sostantiva del bene, estranea alla sfera di signoria del titolare⁷⁵ della cosa e la dipendente funzionalità fruitiva della stessa come bene,

⁷⁰ F. ALCARO, *Riflessioni vecchie e nuove in tema di beni immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Rass. dir. civ.*, Napoli, 2000, 899 ss.

⁷¹ Nel senso di E. BARGELLI, voce *Postcontratto*, cit., A. BERTOLINI, *op. cit.*

⁷² U. MATTEI, *I diritti reali-1. La proprietà*, in *Trattato dir. civ. dir.* da R. Sacco, UTET, Torino, 2001, 76.

⁷³ L. MENGONI, F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1963, 189 ss.

⁷⁴ «Oggi mediante *internet* tutte le forme di media possono essere distribuite contemporaneamente su un unico dispositivo in virtù del passaggio dalla tecnologia analogica a quella digitale capace di combinare forme di espressione precedentemente separata quali testo, audio, immagini e video aventi contenuti multimediali» v. M. MENSI, *La rete fra tecnologia e diritto*, in M. MENSI e P. FALLETTA (a cura di), *Il diritto del web*, II ed., Cedam, Padova, 2018, 2; nel senso di «ibridazione tra nuovi media e strumenti *mainstream* della comunicazione», v. L. CECCARINI, *La cittadinanza online*, Il Mulino, Bologna, 2015, 47.

⁷⁵ Come si vede, nella dimensione descritta da J. RIFKIN, *op. ult. cit.*, si è ampiamente scavalcato quel «fossato che nel passato pensiero giuridico-filosofico separava il *dominus* e le sue azioni, guidate da un volere tutto costretto all'ottica soggettivistica, dall'oggetto del diritto, mera ombra di quello e, per ciò stesso, insignificante nelle sue eventuali diversità fisiche e valoriali», v. C. TENELLA SILLANI, in *I diversi profili del diritto di proprietà*, *Rass. dir. civ.*, 2013, 1060, con riferimento al magistero di P.

la cui obsolescenza programmata - *rectius* programmabile - è *in re ipsa*. Ecco dunque che proprio in ogni *smartphone*, nelle mani dell'utente globale, vi è il segno di quel «*global digital divide*, il nuovo “muro di Berlino” immateriale che taglia in due il mondo globalizzato, si profila sia in termini geografici che in termini di stratificazione sociale»⁷⁶.

6. Introduzione al tema dell'obsolescenza dei dati personali; differenza dal tema del diritto all'oblio; reificazione delle informazioni sulla persona nel dato personale già nel “trattamento” prima dei *big data*

Se «il nuovo sistema tecnico-economico può essere adeguatamente definito capitalismo informazionale»⁷⁷, ecco che un'altra manifestazione del concetto di obsolescenza è quella che inficia i c.d. dati personali⁷⁸: il frammento informativo relativo alla persona, cristallizzatosi come dato, è infatti destinato a divenire obsoleto ossia non più espressivo della realtà vivente di quel soggetto ma piuttosto dell'entità soggettiva astratta⁷⁹ ricostruibile attraverso i dati. Con la precisazione che tale obsolescenza virtualmente è già insita nel fenomeno del “trattamento”⁸⁰ di banche dati tradizionali, tramite cui sono trattati solo dati strutturali o strutturabili in tabelle relazionabili, laddove poi l'obsolescenza dei dati è amplificata in modo esponenziale e quindi indirettamente programmata dal macrofenomeno planetario tecnologico dei *big data*⁸¹, che fagocita masse di

GROSSI, *I beni: itinerari fra “moderno” e “postmoderno”*, *Rass. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 2012, 1059 ss.

⁷⁶ D. ZOLO, *Globalizzazione*, Laterza, Bari, 2004, 63.

⁷⁷ M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2014, 19.

⁷⁸ Per una considerazione critica del concetto di «dato personale», v. C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Giuffrè, Milano, 1999, 94-101-112-124.

⁷⁹ V. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Laterza, Roma-Bari, 1987, per il concetto di “persona elettronica” ossia di individuo che si dimensiona tramite molteplici tracce che gli elaborati trattengono; J.E. COHEN, *Configuring the networked self*, Yale university press, New Haven, 2012

⁸⁰ Infatti mentre la definizione di trattamento dell'art.4 par. I del Reg. UE 2016/679 (GDPR) è equivalente a quella già contenuta nell'art.4, c.1, lett. a del Codice protezione dati personali abrogato dal D.lgs. 10 agosto 2018 n°101, la fonte europea dà rilevanza normativa al concetto di “profilazione” (art.4, par. 4):«qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo dei dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi ad 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»: tanto che giustamente si è posto il quesito F.DI CIOMMO, in *Privacy in Europe after Regulation* (EU) n°2016/79: *What will remain of the right to be forgotten?*, *The Italian law Journal*, 2017,2,633 ss.

⁸¹ *Ex multis*, I. S. RUBINSTEIN, *Big data: the end of privacy o a new beginning?* in *In date privacy law*, III, published by Oxford University Press, 2013, 74 ss.; V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKLER, *Big Data. Una rivoluzione trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano, 2013; M. OREFICE, *I big data. Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, IV, 2016, 23 ss. CONSIGLIO D'EUROPA, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*, Strasburgo-T-PD (2017) 01; A. C. NAZZARO, *Privacy e BIG DATA*,

dati anche non strutturati e permette, tramite algoritmi⁸², la elaborazione di analisi predittive e interpretative (*big data analytics*) funzionali a decisioni private o pubbliche di organizzazioni e individui.

Se dunque «le nostre società sono sempre più strutturate attorno ad un'opposizione tra la Rete e l'io»⁸³, l'obsolescenza dei dati personali, rivelandosene un tratto tendenzialmente strutturale, è un concetto più ampio e non coincidente con il substrato del diritto all'oblio⁸⁴. Infatti il diritto all'oblio sviluppando una istanza individuale di tutela precedente⁸⁵ alla società della rete⁸⁶, si attaglia a manifestazioni della personalità morale dell'individuo⁸⁷, cosicché la consacrazione espressa, in termini di «diritto all'oblio», del diritto alla cancellazione dei dati trattati(art.17, Reg. UE 2016/679)⁸⁸ pare una ibridazione

in *Le Corti fiorentine*, I, ESI, Napoli, 2018, 13 ss.; M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, La nave di Teseo, Milano, 2018.

⁸² F. ANTINUCCI, *L'algoritmo al potere*, Laterza, Roma-Bari, 2009; R. BRUNO, *Algoritmi al potere, calcolo, giudizio, pensiero*, Giappichelli, Torino, 2018; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 2019, 63 ss.

⁸³ M. CASTELLS, *op. cit.*, 3.

⁸⁴ «Con il diritto all'oblio si è fatto tradizionalmente riferimento al diritto di un soggetto a non vedere pubblicate alcune notizie relative a vicende già legittimamente pubblicate, rispetto alle quali è trascorso un notevole lasso di tempo», v. G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Internet e Diritto civile*, a cura di G. Perlingieri e L. Ruggieri, ESI, Napoli, 2015, 140. Senza pretesa di esaustività, v. G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, *Riv. dir. civ.*, Padova, 1990, 801 ss.; M.R. MORELLI, voce *Oblio*, in *Enc. dir. Agg.*, VI, Milano, 2002, p.848, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, ESI, Napoli, 2009; in giurisprudenza, v. Cass. sez. I., 18 ottobre 1984, n°5259, in *Giur.it.* 1985, p.762; Cass. sez. I., 9 aprile 1998 n°3679, in *Foro it.*, 1998, p.123. La tesi, sostenuta nella presente analisi, trae indiretta conferma dall'interrogativo posto alle Sezioni Unite da Cass. Sez. III, Ord. 5 novembre 2018, n°28084, in *Foro it.*, 2019, I, 227 ss.

⁸⁵ «In Rete la pubblicazione non è più necessaria dal momento che per la stessa organizzazione dell'informazione nella Rete, l'informazione non è cancellata ma permane disponibile», v. G. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*; T. E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, *Dir. inf.*, 2012, 911 (nota a Cass. sez. II, 5 aprile 2012 n° 5525); cfr. Cass. Sez. I, 24 giugno 2016, n°13161, *www.altalex.com*.

⁸⁶ Criticano il diritto all'oblio M.L. RUSTAD e S. KULEVSKA, in *Reconceptualizing the right to be forgotten to enable transatlantic flow*, *Harvard journal of law technology*, 2015; XXVIII, 2, 416.

⁸⁷ È opportunamente osservato infatti, a proposito del *genus*, di cui il diritto all'oblio è una *species*: «Il problema della privacy è quello di essere concetto antico, sviluppato dal diritto borghese, che male si adatta ad una società compressa tra ripudio del riserbo individuale e infiltrazioni onnipresenti della tecnica», v. S. MANNONI, *Millenarismo 2.0. Il diritto al cospetto della nuova era digitale*, ESI, Napoli, 2016, 58.

⁸⁸ Com'è noto, tale diritto alla cancellazione era già previsto sin dalla prima legge italiana sulla Privacy, n°675/1996, art.13, poi confluito nell'art.7 c.3, lett. b del D.lgs n°196/2003, abrogato dal D.lgs n°101/2018 di adeguamento dell'ordinamento italiano al GDPR del 2016, che lo prevede all'art.17. A livello europeo, prima del Regolamento UE 2016/679, vi era stata la importante pronuncia sulla *Data Protection Directive UE*, 8 aprile 2014 della Corte di Giustizia U.E. *Google Inc. contro AEPTD*, 13 maggio 2014, la quale aveva classificato l'attività di Google (e di tutti i motori di ricerca) come «trattamento di dati personali» ed il gestore (*server*) come «responsabile del trattamento», che «è obbligato a sopprimere dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei *link* verso pagine *web* di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine *web* sia di per sé lecita»; con la precisazione che questo intervento

nobilitante e tranquillizzante rispetto ad una più complessa realtà: «una regola ontologicamente effimera»⁸⁹ manifestazione dell'epistemologia dell'incertezza⁹⁰ sottostante a «Cette hypertrophie législative et réglementaire» (*Gesetzesflut*)⁹¹.

7. Habeas corpus verso il potere informatico in termini oppositivi (diritto alla riservatezza) e pretensivi (diritto all'identità); statuto di garanzia della persona: dogmatica del consenso nel dimensionamento della “cosa” dato personale come “bene”: natura autorizzativa e non dispositiva del consenso al “trattamento” dei dati

Giova quindi all'economia di questa analisi ricondursi ai “fondamentali” dei dati personali inquadrando le criticità del fenomeno in sé ed il vettore di senso del relativo regime normativo- a prescindere dallo sviluppo successivo del macrofenomeno dei *big data* -al fine di meglio apprezzare poi il salto di discontinuità dei *big data analytics* nella direzione della programmata obsolescenza dei dati personali sullo sfondo di una incontenibilità delle fonti rispetto allo spazio digitale, in assenza di un *Internet Bill of rights* internazionale⁹².

Infatti è già proprio la nozione stessa di «dati personali» a proiettare, in modo aprioristico, nella reificante dimensione della datità, una eterogenea fenomenologia di informazioni che, pur riguardando la persona, si rivelano invero riconducibili a differenti tipologie, sotto il profilo della loro consistenza

ensorio del motore di ricerca resta sempre subordinato ad una preventiva disposizione di un'autorità giudiziaria o amministrativa di controllo nazionale come nel caso di specie era *Agencia Española de Protection de Datos*. Inoltre in Francia, la *Commission nationale de l'informatique ed des libertés (CNIL)*, il 21 maggio 2015, ha diffidato *Google* ad eliminare, in tutte le estensioni di nome di dominio del suo motore di ricerca, i link collegati al nome della persona fisica che lo richieda; non ottemperando alla diffida, *Google* ha proposto il mero “blocco geografico” con eliminazione di possibilità di accedere solo dallo Stato di residenza del richiedente ma il CNIL, considerando tale misura insufficiente, ha sanzionato, con una multa di 100.000 €, *Google*, che ha fatto ricorso al *Conseil d'Etat*, il quale ha posto alla Corte di giustizia una serie di questioni (Case C-507/17): il 10 gennaio 2019, l'Avvocato generale ha espresso l'opinione - per la Corte non vincolante - per cui, invece, le richieste di ricerca effettuate al di fuori dell'Unione europea non dovrebbero essere interessate dalla deindicizzazione dei risultati di ricerca, perché con una deindicizzazione mondiale le Istituzioni europee non sarebbero in grado di garantire il bilanciamento tra il diritto fondamentale all'oblio rispetto ai dati personali ed il legittimo interesse del pubblico ad accedere alle informazioni.

⁸⁹ S. MANNONI, *op. cit.*, 41.

⁹⁰ F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, 254 ss.

⁹¹ C. PARREN, *Le silence de la loi*, Les belles lettres, Paris, 2014, 15; sul concetto di *Gesetzesflut*, v. P. NOLL, *Gesetzgebungsflut*, Rowohlt, Reinbek, 1973, 167 ss.

⁹² M. MENSI, P. FALLETTA, *op. cit.*, XI: sulle problematiche che si aprono a ventaglio, v. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La postazione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Private Shield”*, Roma, 2016. Nota S. MANNONI, *op. cit.*, 58: «...saremo in presenza di una dittatura dei dati nella quale ci troveremo prigionieri delle “catene del nostro passato” interdetti “dal vivere nel presente”»; cfr. V. MAYER-SHÖNBERGER, K. CUKIER, *Delete*, Princeton University Press, Princeton, 2011, 58.

oggettiva⁹³, a seconda che riguardino: elementi naturalisticamente oggettivi (caratteristiche fisico-somatiche, malattie, ecc.)⁹⁴; elementi giuridicamente oggettivi che prescindono dalla volontà del soggetto (nome, dati anagrafici in genere); elementi giuridicamente oggettivi tendenzialmente ascrivibili alla volontà del soggetto (acquisti di diritti e *status*, attribuzioni patrimoniali, atti di disposizione, responsabilità accertate, ecc.); elementi soggettivi consistenti nella estrinsecazione della personalità morale del soggetto, in senso religioso culturale, politico ovvero nella manifestazione di generiche facoltà esistenziali, quali sentimenti, gusti, tendenze sessuali, preferenze di consumo: informazioni, quest'ultime, che possono fondarsi su di una esplicita dichiarazione decontestualizzata dell'interessato o su di un comportamento univocamente concludente di questi ovvero su di una inferenza logica che terzi abbiano tratto da comportamenti del soggetto (es.: partecipazione alla tale conferenza, spettacolo, ecc.) o da situazioni in cui questi si trova (es.: appartenenza ad una etnia, famiglia, ecc.).

Com'è noto, la facoltà di trattamento giuridicizza la possibilità di integrare⁹⁵ ossia di disaggregare e riaggregare i dati attraverso una rielaborazione tale che il risultato non è la mera somma dei dati di partenza (mero archivio magnetico) ma una nuova entità (banca dati) portatrice di un plusvalore tecnologico ed economico⁹⁶ e caratterizzata da un'autonoma identità giuridicamente enucleabile⁹⁷. Questo salto qualitativo è reso possibile dalla trasposizione dei dati nel metalinguaggio degli elaboratori elettronici che li trasformano in una informazione organizzata⁹⁸, in ordine alla quale soltanto è concepibile una vera e propria situazione giuridica soggettiva di appartenenza proprio perché è un bene suscettibile di godimento esclusivo: di questa situazione ha preso atto il legislatore, proteggendo, in termini concorrenti e paralleli, non solo la creazione

⁹³ Per una distinzione tra informazioni oggettive ed informazioni soggettive, v. un primo cenno, in P. CATALA, *Ebauche d'une theorie juridique de l'information*, in *Inf e dir.*, 1983, I, 20 e 22. Sull'impatto della tecnologia digitale, coinvolgente la problematica dei dati personali, sul diritto privato europeo, v. A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2016, *passim*.

⁹⁴ Tuttavia, anche processi patologici e, in genere, elementi naturalistici possono dar luogo a valutazioni tecniche differenti: v. la teoria degli «acclaramenti» nell'ambito della funzione di accertamento della pubblica amministrazione: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, II, 483.

⁹⁵ Sul concetto di «integrazione», nelle scienze matematiche, laddove implica una crescita nella determinazione del valore di una grandezza, v. N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino, 1971, 493.

⁹⁶ R. BORRUSO-I. TIBERI, *L'informatica per il giurista*, Giuffrè, Milano, 1990, 190.

⁹⁷ In giurisprudenza, v. già Trib. Genova, 19 giugno 1993: «è convincimento del Tribunale che la banca dati ... o archivio o indirizzario computerizzato costituisca un quid dotato di autonomo ed originale contenuto economico», in *Dir. inf.*, 1993, 1117.

⁹⁸ V. FROSINI, *Banche dati a tutela della persona*, in volume omonimo, Camera dei Deputati, Roma, 1984.

intellettuale della banca dati dotata di un minimo di originalità, attraverso la figura tradizionale del diritto d'autore, ma anche la costituzione della banca dati come tale, attraverso la nuova figura del «diritto *sui generis*» del costituente, per la considerazione realistica del valore organizzatorio dell'investimento a prescindere dal parametro idealistico della creazione originale⁹⁹.

Ma l'informazione organizzata si rivela portatrice anche di un sottile disvalore già nella fase precedente ai *big data*: infatti era già stato messo in rilievo che «i dati concernenti la propria persona, che sono già fuoriusciti dalla cerchia della *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico»¹⁰⁰ permettono di «trasformare informazioni disperse in un'informazione organizzata e ricostruire così i più intimi segreti di un individuo partendo dai suoi atti più banali»¹⁰¹: se ciò è possibile la tutela differenziata, di cui pur il legislatore europeo perpetua l'illusione¹⁰² di poter munire i c.d. «dati sensibili» (art.9 GDPR), può risultare non effettiva, svuotata dal di dentro in via tecnologica attraverso la ricostruzione possibile della sfera sensibile della persona attraverso dati non sensibili apparentemente innocui¹⁰³ come quelli rilevabili dalle spese effettuate con una carta di credito. Ma il potenziale disvalore dell'informazione organizzata non si esaurisce nella stereotipata prospettiva del controllo sociale¹⁰⁴ che già presuppone la effettiva possibilità di ricostruire i summenzionati «più intimi segreti dell'individuo partendo dai suoi atti più banali». In realtà il potenziale disvalore in questione è ancora più insidioso perché sulla base degli «atti più banali» della vita di un uomo si imputano allo stesso «i segreti più intimi» di un uomo puramente virtuale, ricostruito tramite gli elementi informativi, di cui dispone la memoria¹⁰⁵ di un elaboratore elettronico, senza considerare che quegli elementi, già quando sono stati raccolti, non hanno determinato altro che la cristallizzazione di inferenze logiche; ma soprattutto che anche se la ricostruzione fosse esatta, essendo essa fondata su dati in memoria, essa sarebbe retrospettiva e non attuale: l'uomo reale non

⁹⁹ V. art. 64 *quinquies* ss., nonché 102 bis ss. della legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore come novellata dal d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169, in attuazione della direttiva 96/9/CE, relativa alla tutela delle banche dati.

¹⁰⁰ V. FROSINI, *Informatica, diritto e società*, Giuffrè, Milano, 1992, 177.

¹⁰¹ E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1997, 24 e 25.

¹⁰² V. prima gli artt.4 lett. d e 26 D. lgs n°196 del 2003 abrogati dal D.lgs n°101/2018 di adeguamento al GDPR.

¹⁰³ Sulla fenomenologia dei sistemi di controllo apparentemente innocui, v. già A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974, 422.

¹⁰⁴ S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973 nonché V. FROSINI, *Banche dati e tutela della persona*, cit.

¹⁰⁵ Sul concetto di «memoria», v. i rilievi critici di G. BETTETINI, *Il segno dell'informatica*, Bompiani, Milano, 1987, 27 ss.

s'identifica¹⁰⁶ per definizione con l'uomo virtuale, perché trascende sempre quel suo simulacro per il solo fatto di essere in atto.

All'esigenza di un *habeas corpus* avverso il potere informatico¹⁰⁷ risponde allora la previsione, da parte del legislatore, di specifici «diritti dell'interessato» nei confronti del titolare del trattamento (art. 14 e ss. GDPR: accesso; informazione su fini, modalità e caratteristiche soggettive del titolare; blocco, cancellazione, trasformazione in forma anonima; aggiornamento, rettificazione, integrazione; portabilità; opposizione al trattamento). Si tratta di specifiche facoltà rimediali e di controllo, in cui si articola il potere di reazione della persona avverso le potenzialità lesive del trattamento dei dati nei confronti della sua riservatezza e della sua identità personale dinamicamente intesa. Dunque, si tratta di specifiche *norme di relazione*, cui è assoggettato il titolare del trattamento nei confronti dell'interessato, che assurge a protagonista attivo della tutela della propria identità informatica non riducibile alla pretesa di rispetto di mere *norme di azione*¹⁰⁸ e quindi di interesse legittimo privatistico, come pur sarebbe stato possibile configurare in assenza di tale quadro normativo¹⁰⁹. Il che val quanto dire che il GDPR europeo del 2016 è venuto a confermare la linea evolutiva nel senso di tutela forte sia dell'*interesse oppositivo* verso ingerenze informative non consentite nella sfera del soggetto (diritto alla riservatezza) sia dell'*interesse pretensivo*¹¹⁰ a che l'oggetto di informazione, diffusione, ecc. coincida, sotto il profilo della verità, con quanto consentito (diritto all'identità personale).

¹⁰⁶ Nota giustamente C. DE GIACOMO (*op. cit.*, 129), a proposito della connessione tra «rivendicazione al riconoscimento sociale e giuridico dell'identità attuale configurata nei termini di un diritto alla disidentità» e «diritto all'oblio»: «...l'identità personale appare come una funzione diretta di un certo tempo T nella storia della vita di un individuo, che non è necessariamente comune al tempo T1, T2, Tn».

¹⁰⁷ Di «*habeas corpus* della moderna era cibernetica», parla E. GIANNANTONIO, in ID., e altri, *La tutela dei dati personali* - Commentario alla legge n. 675/1996, Padova, 1997, cit., 7. Si sottolinea una esigenza di «una nuova forma di garanzia, che supera la dicotomia tra *habeas corpus* legata al corpo fisico e *habeas data* concepito come estensione di quella garanzia storica al corpo elettronico» in S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Bari-Roma, 2015, 318.

¹⁰⁸ Il riferimento è alla nota distinzione coniata da E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.

¹¹⁰ I termini «interesse oppositivo» ed «interesse pretensivo», qui proposti, traggono la loro origine dal diritto amministrativo, laddove indicano, i primi, interessi legittimi che «aspirano solo alla omissione di ogni turbamento nel godimento del bene ed i secondi interessi legittimi che aspirano ... ad un comportamento specificamente satisfattivo», v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1983, 149. Tale terminologia è qui assunta secondo una concettualità autonoma e quindi con una corrispondenza solo tendenziale con la realtà amministrativistica, in una prospettiva di interesse legittimo come categoria di teoria generale, additata da L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*. cit. Sul diritto alla riservatezza, v., *ex multis*, A. CATAUDELLA, voce *Riservatezza (diritto alla)*, I, *Dir. civ.*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1991; A. CERRI, voce *Riservatezza (diritto alla)*, *Dir. cost.*, ivi; sul c.d. diritto all'identità personale v. A. CERRI, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, 1995; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Diritto all'identità*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IX, UTET, Torino, 1993, 294 ss.

La tutela dell'interesse oppositivo del soggetto verso ingerenze non consentite nella propria sfera (c.d. diritto alla riservatezza) e dell'interesse pretensivo a che l'oggetto d'informazione, coincida, in termini di verità, con quello consentito (c.d. diritto alla identità personale), risponde così all'esigenza fondamentale del soggetto di dominare e di non subire passivamente la dinamica di oggettivazione delle multiformi proiezioni delle proprie facoltà esistenziali. Come infatti, sotto un profilo strutturale, afferisce alla *ratio* di conformazione della persona¹¹¹, come valore normativo, la non determinabilità a priori delle sue facoltà esistenziali in termini atomistici di singoli diritti della persona, pena una compressione delle stesse possibilità di tutela¹¹², così, sotto un profilo dinamico- funzionale, risponde ad una ineludibile istanza di autodeterminazione che il soggetto trascenda sempre le sue possibili determinazioni, rimanendo appunto *dominus* della dinamica di oggettivazione delle sue facoltà esistenziali, nelle loro proiezioni esterne come i dati personali (diritto alla identità personale in senso dinamico).

La tutela dell'interesse del soggetto alla non comunicazione a terzi di aspetti soggettivi ed oggettivi della propria vicenda esistenziale¹¹³, risponde, sotto un primo profilo, alla primaria istanza dell'individuo di permanere, all'interno del complesso circuito della comunicazione sociale, soggetto e non mero oggetto di comunicazione, tra altri soggetti, per fini e con strumenti non controllabili; sotto un secondo profilo, la tutela del suddetto interesse risponde altresì all'interesse sociale, emergente nella complessa società digitale, a che la comunicazione intersoggettiva non risulti inautentica, in quanto falsata e ridotta ad una rete di circuiti informativi tecnologicamente senza limiti¹¹⁴ e suscettibili di assumere le più disparate funzionalità di controllo sociale, economico e politico¹¹⁵.

¹¹¹ La persona è in sé «diritto sussistente»: v. la concezione personalistica di A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, Cedam, Padova, 1967, 191 e 192.

¹¹² Nell'ambito della dialettica tra teorie pluraliste e teorie moniste dei diritti della personalità, per la concezione della persona come «valore normativo», v. D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 344 ss.; ID., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, Bologna, 1992, 173 ss.

¹¹³ Sul rapporto tra crisi dell'identità e confini dell'individualità nelle complesse società contemporanee, v. C. LASCH, *The minimal self Psychic Survival in troubled times*, Institute of Mind and Behavior, Inc., New York, 1984. Per un inquadramento storico-sociologico del concetto di «vita privata», v. P. ARIÈS-G. DUBY, *Histoire de la vie privée - De la première Guerre mondiale à nos jours*, Le Martinière, Paris, 1987.

¹¹⁴ V. G. SARTORI, *Homo videns*, Laterza, Bari, 1997, 27 ss.

¹¹⁵ V. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit; ID., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995. In particolare, v. V. FROSINI, *Banche dati e tutela della persona*, cit. Per rischi di *backdoors* di accesso alla nostra riservatezza *reverse engineering* per carpire segreti industriali, v. U. RAPETTO, *Come nasce il caso Huawei negli USA e in Italia?*, in www.startmag.it, 18 febbraio 2019.

8. Il salto qualitativo dei *big data analytics*, *cookies* e *Internet* delle cose, nella raccolta globale dei dati; insufficienza degli ordinamenti nazionali o dell'Unione europea; crisi del modello consensualistico sia per i “dati osservati” (*Internet delle cose*) che per i “dati forniti”

Ecco dunque che, nel suddetto processo di reificazione informativa immanente ai processi organizzativi pubblici e privati, è lo stesso valore normativo della persona a postulare un proprio statuto di garanzia, che funga da tecnica di governo della dinamica fenomenologica implicata da quel processo, così da legittimarne la stessa configurabilità in termini di processo di oggettivazione giuridica dei dati personali. Il che val quanto dire che tale statuto di garanzia della persona costituisce il filtro normativo, che permette ai dati personali considerati come mere cose di assurgere a beni in senso giuridico¹¹⁶, conformemente ad una interpretazione non riduttiva dell'art. 810 c.c.: quando la norma in questione definisce «beni le cose che possono formare oggetto di diritti», non enuncia solo un mero rinvio a leggi fenomenologiche extragiuridiche (economiche, tecnologiche, ecc.), le quali stabiliscono l'idoneità delle cose a soddisfare bisogni, ma implica altresì un rinvio a leggi deontologiche¹¹⁷ proprie delle determinazioni normative immanenti nel sistema, come appunto il valore normativo persona. Nel processo di oggettivazione giuridica dei dati personali l'interprete quindi si trova davanti già a «materia segnata» non solo dalle tecniche specifiche che all'oggettivazione sottendono¹¹⁸ ma anche dalla stessa pozione

¹¹⁶ Riconosce che l'informazione possa costituire «il punto di riferimento di interessi» ma esclude che l'informazione, come messaggio comunicabile, sia configurabile come «bene», V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig.*, 4^a ed., *Disc. priv. Sez. civ.*, UTET, Torino, 1989, 453. Critico invece, nei confronti di questa esclusione, è P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. di dir. civ.*, ESI, Napoli, 1990-2, 329: «che l'informazione abbia in molte circostanze tutela mediata non v'è dubbio, ma che questo comporti necessariamente e sempre l'esclusione della sua configurabilità a bene giuridico quale punto di riferimento e contenuto di situazioni soggettive è quanto meno problematico. La soluzione è di diritto positivo; essa richiede che l'informazione abbia una utilità sociale apprezzabile e ad un tempo trovi nell'ordinamento, nella sua unitarietà una valutazione in termini di meritevolezza. Infatti «la cosa corporale astrattamente utile all'uomo è necessariamente un bene giuridico. Non così le cose incorporee e tra queste l'informazione, la quale assume ... la fisionomia di un bene autonomo e rilevante per il diritto in funzione di una determinata utilità socialmente e giuridicamente meritevole», ID., *op. cit.*, p. 333. Tuttavia, nel senso che «il dato personale costituisce (rectius: può costituire) un bene in quanto suscettibile di formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.)» v., V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della legge n. 675/1996 sul trattamento dei dati personali*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 168-169; A. MANTELERO, *Attività di impresa in Internet e tutela della persona*, Cedam, Padova, 2004, 152; A.C. NAZZARO, *op. cit.*, 20.

¹¹⁷ Per la distinzione tra “leggi fenomenologiche” e “leggi deontologiche”, v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 4^a ed., Cedam, Padova, 1962, 4 e 5.

¹¹⁸ Sui rapporti tra interpretazione delle norme giuridiche e logica interna alla particolare materia da quelle regolata, v. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1955, 797-798 e 855-856.

considerazione dell'ordinamento alla stregua del quale, di regola¹¹⁹, lo statuto di garanzia della persona non può che trovare il proprio *ubi consistam* nel principio di auto-determinazione del soggetto: il potere di rimuovere il diaframma, che separa la sfera della vita privata del soggetto e l'interesse di terzi a fruire di certe oggettivazioni rappresentative di aspetti di quella sfera, postula, di regola, un atto di autodeterminazione del soggetto (c.d. consenso informato, previsto espressamente e disciplinato dall'art. 6 e ss. del GDPR).

Infatti, in questa prospettiva, il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali, in aggiunta alla sua natura di atto autorizzatorio¹²⁰ funzionale a rimuovere un limite alla liceità di comportamenti di terzi altrimenti lesivi della riservatezza¹²¹, viene a disvelare una ulteriore e distinta valenza: l'atto di autodeterminazione costituisce il presupposto ordinario di oggettivazione, in termini di bene, della cosa dato personale, suscettibile poi di vicenda autonoma. Così come la configurazione del consenso non come atto dispositivo¹²² ma quale atto autorizzatorio (cfr. esimente del consenso dell'avente diritto), come tale intrinsecamente revocabile¹²³, emancipa la riservatezza/identità personale

¹¹⁹ 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*, 1, 2018. Il consenso rimane la chiave di volta di legittimazione della circolazione dei dati. Infatti, è il primo dei presupposti della liceità di trattamento ex art. 6 GDPR: 1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. Ma è importante sottolineare che, comunque sia stato acquisito il dato ex art. 22 GDPR, l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

¹²⁰ V., in tal senso, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, Bologna, 1998, 350 e 351; *ex multis*. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 133 ss.; su autodeterminazione e funzione autorizzativa v. E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in F. Macario, *L'autonomia contrattuale come fonte di diritto privato nella dimensione costituzionale*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018, II, *cit.*, 138 ss.

¹²¹ Sulla configurazione della riservatezza come limite alla libertà di informazione v. R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 1998, 86 ss.

¹²² V., in tal senso, G. OPPO, *Il consenso dell'interessato*, in V. CUFFARO-V. RICCHIUTO-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 124.

¹²³ Nel senso della revocabilità del consenso dell'interessato a prescindere da una espressa previsione normativa, v. G. COMANDÉ, *La tutela dei dati personali*, in E. GIANNANTONIO-M.G. LOSANO-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Commentario alla legge n. 675/1996*, Cedam, Padova, 1997. Sulla

dalle mal paludate sembianze di aspetti di un *ius in se ipsum*¹²⁴, giacché la stessa entità non può essere, in modo autoreferenziale, soggetto ed oggetto di disposizione, così pure lo stesso consenso si rivela coesistente al dimensionamento oggettivo del bene «dato personale», ne costituisce l'indefettibile *principium individuationis*, rispondendo all'esigenza di uno statuto di garanzia per la persona, nel senso che le vicende di oggettivazione attinenti alla sua esistenza non solo non prescindano da vicende di autodeterminazione ma altresì non limitino il successivo svolgersi dell'identità personale.

9. Metadati e profilazioni digitali sovrapposte all'identità digitale; profili digitali e discriminazione contrattuale; dati biometrici, riconoscimento facciale e decriptazione delle emozioni: rischi di discriminazione personologica neolombrosiana

Ma il processo di reificazione informativa, già immanente ai processi organizzativi pubblici e privati dei dati, compie dunque un salto qualitativo attraverso la dimensione planetaria dei macro-archivi, gestiti da algoritmi¹²⁵ e processori: si tratta del fenomeno dei *big data analytics*¹²⁶, che acquisiscono non solo informazioni rilasciate da ogni utente che naviga in *Internet* tramite marcatori elettronici (*cookies*)¹²⁷ accettati più o meno consapevolmente ma anche attraverso la raccolta automatizzata tramite la minuta strumentazione tecnologica della vita quotidiana collegata a dispositivi *smart* (*Internet* delle cose /IOT)¹²⁸: la

essenziale revocabilità dell'atto autorizzatorio v. A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione* (diritto privato), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 506.

¹²⁴ B.G. DE AMESCUA, *Tractatus de potestate in se ipsum*, apud Hieronymum Bordonum, Mediolani, 1609, 12; cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1955, 6 ss.: per una considerazione critica della concezione di un diritto del soggetto sulla propria persona e per la configurazione dei diritti della personalità come diritti su «beni interiori», che entificano i modi di essere della persona v. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, IV, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1982; parla di «consenso, atto non negoziale a efficacia performativa debole» V. CALDERAI, voce *Consenso informato*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 253. Nel senso invece della natura negoziale, v. G. GIAIMO, *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 1223 ss.

¹²⁵ D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, Mondadori Università, Milano, 2016, *passim*; M. AINIS, *Il regno di Uroboro*, cit., 26; R. BRUNO, *Algoritmi al potere*, cit. *passim*; A. SIMONCINI, *op.cit.*

¹²⁶ *Ex multis*, v. V. MAYER SHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data*, cit. *passim*, A.C. NAZZARO, *op.cit.*, G. ARBIA, *Statistica, nuovo empirismo e società nell'era dei big data*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2018, *passim*.

¹²⁷ M. AINIS, *op. cit.*, pp. 14 e 24.

¹²⁸ A. MC EWEN, H. CASSIMALLY, *L'internet delle cose*, EGEA, Milano, 2014; S. FARO, N. LETTIERI, *Big data e Internet delle cose; opportunità, rischi e nuove esigenze di tutela per gli utenti della Rete*, in G. PERLINGIERI e L. RUGGIERI, (a cura di) *Internet e diritto civile*, cit; E.C. PALLONE, "Internet of things" e l'importanza del diritto alla privacy tra opportunità e rischi, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 1/2, 178, A.C. NAZZARO, *op. cit.*, 15.

massa di questi dati viene raccolta e scambiata da operatori economici ed elaborata attraverso algoritmi per estrarne “profilazioni”¹²⁹ individuali o collettive. Tali profilazioni possono avere il fine di analisi di mercato o di proposizioni pubblicitarie più o meno personalizzate (c.d. pubblicità mirata)¹³⁰ ovvero quello di fornire valutazioni personalologiche, nei cui confronti gli sforzi valutativi *sub specie* di illiceità da parte dei singoli ordinamenti - in termini di effettività di tutela¹³¹ - non possono essere in grado di mettere al riparo i cittadini digitali dai pericoli della de-territorializzazione¹³² tipica di «un’economia globale in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi»¹³³. Ecco che, sullo sfondo dell’assenza di coincidenza tra spazio giuridico e spazio digitale globale¹³⁴, l’impostazione dogmatica, in termini di consenso¹³⁵, estraibile dall’ordinamento nazionale integrato con quello europeo, si appalesa un costruito retorico-declamativo fondato su grida di manzoniana memoria¹³⁶, non solo per quel che riguarda i *dati osservati*¹³⁷, ossia registrati tramite Internet delle cose (IoT) o sistemi di videosorveglianza di riconoscimento facciale ma anche per i *dati forniti* non direttamente tramite moduli compilati *on line*, quanto tramite l’accettazione dei *cookies* per i quali la tacitante lettura in termini di consenso¹³⁸ si rivela fallace: com’è noto infatti, l’utente consente al trattamento dei suoi dati verso l’accesso ai vari servizi *on line* ma - ammesso e non concesso che questo sia effettivamente informato sulle implicazioni dell’utilizzo dei dati - il consenso non è libero non perché in assenza del consenso al

¹²⁹ G. MACCABONI, *La profilazione dell’utente telematico fra tecniche pubblicitarie on line e tutela della privacy*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, Giuffrè, Milano, 2001, n°3, 427; V. GIGLIO, *Identità e profilazione digitale: i rischi dei Big data*, in *www.filodiritto.com*, 22 novembre 2016; A.C. NAZZARO, *op. cit.*, 21.

¹³⁰ G. MACCABONI, *op. cit.*, *passim*; M. AINIS, *op. cit.*, *passim*.

¹³¹ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, 381 ss.; nota infatti, con elegante sintesi, F. RUSCHI, in *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Giappichelli, Torino, 2012, 1: «l’applicazione stessa della norma non può prescindere dallo spazio: non c’è effettività senza *topos*».

¹³² G. BIANCO, voce *Deterritorializzazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ. Agg.9*, UTET, Torino, 2009, 147 ss.; su la *Cittadinanza on line*, v. L. CECCARINI, *op. cit.*, *passim*.

¹³³ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2003, 238; cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 36 ss.

¹³⁴ N. IRTI, *Norme e luoghi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, *passim*; sulla natura “decentralizzata” ed “ateritoriale” della Rete, v. G. PASCUIZZI, *Il diritto dell’era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2010, 267 ss.

¹³⁵ I. A. CAGGIANO, *Il consenso*, cit.

¹³⁶ Il D.lgs 101/2018 di adeguamento del Codice di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003) al GDPR contenuto nel Reg. UE 2016/679 è una fonte espressione del fenomeno esaminato in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole. Studi.*, Giappichelli, Torino, 2018. Si pensi alla introduzione dell’art.2 *quinquies* sul “Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell’informazione” riferito al quattordicenne.

¹³⁷ Per la distinzione tra *voluntered data* e *observed data*, v. G. COLANGELO, *Big data piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, Il Mulino, Bologna, 2016, 426 ss.

¹³⁸ S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità in Europa e dir. priv.*, Milano, 2016, n°2, 513 ss.

trattamento non verrebbe consentito l'accesso *on line*¹³⁹ - giacché altrimenti nessuno scambio consensuale dovrebbe essere considerato libero - quanto perché si deducono ad oggetto di scambio i dati personali, i quali non sono suscettibili di un atto dispositivo ma solo di un atto autorizzativo¹⁴⁰ legittimante una intrusione altrimenti illecita. Questo processo di mercificazione implica *in re ipsa* l'obsolescenza dei dati personali come «attributi immateriali della persona»¹⁴¹ culminante in una “monetizzazione” degli stessi di cui l'utente digitale medio non è consapevole, in quanto gli viene proposto di autorizzare e *de facto* si riconnettono all'atto conseguenze di natura dispositiva, giacché nella dimensione planetaria o territoriale¹⁴², gli strumenti di dominio finalistico dei dati da parte dell'interessato, si rivelano non effettivi sfumando nell'evanescente orizzonte dell'universo digitale¹⁴³.

10. Regolamento europeo e sistemi preventivi di tutela dei dati personali prescindenti dal consenso: *privacy by design* e *privacy by default*: limiti strutturali e funzionali delle garanzie di “anomizzazione” dei dati personali

Tuttavia la dimensione consensualistica è vaporizzata soprattutto dalle tecniche algoritmiche di desunzione di metadati¹⁴⁴ ossia di *dati derivati* da altri ovvero *dati dedotti* da un insieme di altri: si pensi al concetto di *marketing* di c.d. *personas* ossia del risultato di «un processo che integra i tradizionali modelli di segmentazione, *targeting* e posizionamento e che consente di tracciare il profilo dei propri clienti attuali e potenziali»¹⁴⁵ (*marketing personas, buger personas, customer personas, user personas*). Non per niente, Roosendaal classifica tre tipologie di identità digitale¹⁴⁶: la “progettata”, l’“ibrida” e l’“imposta”.

L'identità “progettata” è scelta dal soggetto, che le assegna forma e contenuti; quella “ibrida” deriva da connessioni sociali, cui il soggetto partecipa via *web*. Ma nella dialettica post-moderna tra una dimensione *online* ed una

¹³⁹ In questo senso, M. AINIS, *op. cit.*, p.36: «il consenso non è mai davvero libero perché se lo rifiuti perdi il servizio telematico che volevi procacciarti».

¹⁴⁰ V., *supra* § 7.

¹⁴¹ V. S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati come condizione per la fruizione dei servizi on line*, in C. Perlingieri e L. Ruggieri, *Internet e diritto civile*, cit., 463.

¹⁴² G. PASCUIZZI, *op. ult. cit.*

¹⁴³ Sull'inevitabile declino della legalità statale rispetto all'incalzante egemonia di rapporti di natura economica su scala mondiale, v. V. BIANCO, *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, UTET, Torino, 2008, 52.

¹⁴⁴ Si tratta cioè dei c.d. *inferred data* rispetto ai *voluntered data* e *observed data*, v. C. COLANGELO, *Big data*, cit. La situazione è aggravata poi dalla creazione addirittura di “profili fantasma” con l'incrocio di dati degli amici utenti come *Zuckerberg ammette: Facebook raccoglie dati anche su persone non iscritte*, in B. RUFFILLI, *www.lastampa.it*, 11.4.2018, tecnologia.

¹⁴⁵ Sul significativo fenomeno di *personas*, v. P. KOTLER, G. STIGLIANO, *Retail 4.0. 10 regole per l'Era digitale*, Mondadori, Milano, 2018, 31.

¹⁴⁶ A. ROSENDAL, *Digital personae and Profiles in law: Protecting Individuals' Right in online context*, Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2013, *passim*.

*offline*¹⁴⁷, l'identità "imposta", ossia creata fuori dal controllo dell'interessato, da parte di enti esterni al soggetto, rende obsolete le prime due, sovrappo-
nendo - *sub specie di* profilo digitale - un'identità esterna all'identità perso-
nale¹⁴⁸. Così costituisce solo uno degli aspetti giuridici del fenomeno, quello
della possibile discriminazione contrattuale¹⁴⁹, in base a tali profili personolo-
gici elaborati tramite i *big data* nel settore bancario e assicurativo etc.¹⁵⁰: «i *big data*
inaugurano una nuova società digitale di classi. Gli esseri umani catalogati
nella categoria "spazzatura" appartengono alla classe più bassa: a chi si assesta
sui punteggi ridotti vengono negati prestiti»¹⁵¹.

Infatti, un altro inquietante *vulnus* al principio consensualistico, quale ar-
chitrave della conformazione del dato come bene¹⁵² riguarda proprio l'ultima
frontiera dei «dati biometrici» definiti dal Regolamento europeo: «i dati per-
sonali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche
fisiche fisiologiche o comportamentali di una persona che ne consentono o
confermano l'identificazione univoca quali l'immagine facciale o i dati dattilo-
scopici» (art.4 n°14). Ciò emerge dal *boom* del *marketing* personalizzato, che
si avvale del sistema di riconoscimento facciale (*deep face*)¹⁵³, in grado d' im-
magazzinare una massa indeterminata d'immagini di volti attinti sul *web* dai
socialnetwork come *Facebook*: l'algoritmo del riconoscimento facciale *Face-net*

¹⁴⁷ L. CECCARINI, *La cittadinanza online*, cit., 49 ss.

¹⁴⁸ D' identità «esterna», «dispersa», «inconoscibile da parte dello stesso interessato», parla S. RODOTÀ, in *Il diritto ad avere diritti*, cit. 318-319. Significativo il pensiero di B.C. HAN, *Psicopolitica*, Figure Nottetempo, Roma, 2014, 81: «I *big data* suggeriscono un sapere assoluto. Tutto è misurabile e quantificabile: le cose rivelano le loro correlazioni segrete, sinora rimaste nascoste. Anche il comportamento umano deve diventare prevedibile; si annuncia una nuova era del sapere. Le correlazioni sostituiscono la causalità: l'è così prende il posto del *perché*. La quantificazione della realtà basata sui dati allontana completamente lo *spirito* del sapere».

¹⁴⁹ D. MAFFEIS, voce *Discriminazione* (Dir. priv.), in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, 490 ss.; S. CASTELLANI, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., Agg.9*, UTET, Torino, 2014, 236 ss.: nell'ambito del diritto contrattuale discriminatorio assume rilevanza il "precon-
cetto" (*ibidem*) ecco che i profili elaborati tramite algoritmi ne possono risultare una manifestazione analitica; cfr. S. RODOTÀ', *op. ult. cit.*, 403: «nella vita quotidiana s'insinua il germe di nuove discrimi-
nazioni, nasce il cittadino non più libero ma "profilato", prigioniero di meccanismi che non sa o non può controllare»; sul divieto di discriminazione e l'autonomia contrattuale v., altresì, E. NAVAR-
RETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, cit., 154 ss.

¹⁵¹ Così B.C. HAN, *op. cit.*, 78. A. SIMONCINI, (*op. cit.*,84) ritiene estraibile dal sistema euro-na-
zionale «un principio che potremmo chiamare di non discriminazione algoritmica» da poter contrap-
porre ad abusi realizzati tramite le profilazioni.

¹⁵² Nota giustamente A.C. NAZZARO, *op.cit.*, 15: «la raccolta dei dati avviene principalmente in modo automatizzato. Le tecnologie di raccolta coinvolgono molteplici aspetti della vita quotidiana, infatti coinvolgono il fenomeno del c.d. *Internet delle cose* (*Internet of things IoT*) che utilizza oggetti come ad esempio telecomandi, sensori, domotica, *wearable devices*, cellulari, collegati a dispositivi *smart* che li rendono tramite la connessione costante al web una fonte attiva di raccolta, scambio e gestione di dati in tempo reale. In altri termini, non vengono in rilievo soltanto le informazioni fornite dall'utente (in modo più o meno consapevole) durante la navigazione ma si tratta di una raccolta di informazioni fornite in modo per lo più inconsapevole».

¹⁵³ F. JOIGNOT, *Big data côté face*, *Le Monde*, 22 marzo 2018.

rende possibile individuare, classificare e contestualizzare i volti esposti dagli internauti sul *web*. Il passaggio successivo è quello dell'algoritmo della decrittazione delle emozioni, quale strumento della informatica affettiva, risultante dal connubio dell'informatica con morfopsicologia e biometria appunto: alla base dell'informatica affettiva sta la classificazione - effettuata dallo psicologo Ekman¹⁵⁴ - delle microespressioni del volto, riconducibili a 7: paura, sorpresa, disprezzo, gioia, rabbia, disgusto, tristezza.

Quindi tali tecniche, improntate ad una vera e propria codifica genetica delle emozioni, schedano dati e volti per interpretare presunti stati d'animo al fine di prevedere/indirizzare comportamenti e quindi anticipare i desideri con la pubblicità personalizzata. Ma se, società private come *Affettiva* mettono a profitto la tecnica dell'*affective computing*¹⁵⁵, ai fini della pubblicità mirata, a livello pubblicitario già risulta che 29 Stati U.S.A. autorizzano le forze di polizia a reperire volti nelle patenti di guida e 17 Stati lo permettono a FBI per costituire una piattaforma biometrica di "Americani rispettosi della Legge"¹⁵⁶.

Ecco allora che, da un punto di vista antropologico, è stato notato come «nous ne sommes pas loin de la physiognomonie du XIX siècle, la pseudo-science promue par le criminologue Cesare Lombroso qui prétendait définir le caractère et la dangerosité d'une personne au seul paramétrage de la figure»¹⁵⁷.

11. Conclusioni: obsolescenza programmata dei prodotti ed obsolescenza dei dati personali come espressione dello stesso processo

Dunque apparentemente una maggiore aderenza al macrofenomeno regolato è dimostrata dal Regolamento europeo, laddove non attribuisce al consenso il valore conformativo esclusivo dello statuto di garanzia della persona che invece viene ad incentrarsi sulla dimensione strutturale preventiva di sistemi di gestione dei dati¹⁵⁸: gestione che non può prescindere dalla garanzia di anomizzazione dei dati tramite tecniche di criptazione e non tracciabilità dei soggetti (art.25 par.1: c.d. *privacy by design*); come pure tale gestione deve «garantire che siano trattati per impostazioni predefinite solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità di trattamento»(art.25 par. 2: c.d. *privacy by default*). Il che val quanto dire che il diritto alla riservatezza, nel rapporto con

¹⁵⁴ P. EKMAN, W.V. FRIESEN, *Giù la maschera. Come riconoscere le emozioni dall'espressione del viso*, Giunti, Firenze, 2007, *passim*.

¹⁵⁶ Sui problemi di «la sorveglianza al tempo di internet», v. M. MENSI, *Sicurezza cibernetica e tutela dei diritti*, in M. MENSI, P. FALETTA, *op. cit.*, 308 ss.

¹⁵⁷ Così l'antropologo David Le Breton, come citato in F. JOIGNOT, *loc. ult. cit*; per una riflessione sulla fisiognomica lombrosiana, v. D. VELO DAL BRENTA, *La scienza inquieta. Saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Cedam, Padova, 2004, *passim*; E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato*, Franco Angeli, Milano, 2012, *passim*.

¹⁵⁸ G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Armonizzazione, Pseudonomizzazione, Sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

i *big data*, si specifica in un diritto all'anonimato¹⁵⁹, per cui il soggetto, dei cui dati si tratta, ha diritto a non poter essere identificato, proprio per il rischio di obsolescenza del dato personale originario nel vorticoso processo di astrazione costitutivo di quella post-verità¹⁶⁰ qual è «un falso digitale, che tuttavia si sovrappone alla nostra vera identità»¹⁶¹: un simulacro¹⁶² in cui il rischio di obsolescenza del dato personale è direttamente proporzionale all'aumento della massa dei dati personali per mettere in correlazione i quali è inevitabile la confusione intrinseca dei dati reali originari¹⁶³ anche per l'eterogeneità delle sorgenti¹⁶⁴.

Così, paradossalmente, mentre per i dati personali che lo riguardano direttamente in modo tracciabile l'interessato, nei confronti del normale titolare di trattamento, ha diritto alla rettifica dei dati obsoleti tramite integrazione (art. 16 GDPR) ovvero all'oblio degli stessi tramite cancellazione (art. 17 GDPR), per quanto riguarda fenomeni d'identità digitale sovrapposta dei *Big data*, in assenza di effettività dell'anonimato¹⁶⁵, l'identità reale dell'interessato è imprigionata in un'identità simulacro¹⁶⁶, una “maschera di ferro” estrapolata da serialità di tracce eterogenee e frammentarie captate¹⁶⁷ più o meno automaticamente da sensori di vario tipo, quali satelliti, telefoni cellulare, *Internet*, droni etc.

Il problema è che come emerge dello stesso concetto normativo di «pseudonomizzazione» (art. 25, c. 1 GDPR), un vero anonimato non è possibile¹⁶⁸ ma vi è anzi una ri-nomizzazione informatica giacché, per così dire, la “salvezza”

¹⁵⁹ A. C. NAZZARO, *op. cit.*, p.19: «l'attenzione si sposta cioè sulle modalità di gestione dei dati imponendo l'adozione di meccanismi volti ad anonimizzare il dato».

¹⁶⁰ A. M. LORUSSO, *Postverità*, Laterza, Roma-Bari, 2018, segnatamente 41 ss.

¹⁶¹ M. AINIS, *op. cit.*, 56

¹⁶² B. C. HAN, *Psicopolitica*, cit., 80: «la memoria digitale consiste di punti-di-presente indifferenziati per così dire morti viventi: le manca ogni orizzonte temporale esteso, che caratterizza invece la temporalità del vivente».

¹⁶³ V. MAYER-SHÖMBERGER, K. CUKIER, *Big data*, cit., 16 ss.

¹⁶⁴ G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design*, cit., 7.

¹⁶⁵ Lo stesso incremento in quantità e varietà delle informazioni dei *big data* facilita la reidentificazione, essendo la totale anonimizzazione impossibile; nel senso che non solo i dati convenzionali ma anche il grafico sociale è vulnerabile alla de-anonizzazione, v. V. MAYER-SHÖMBERGER, K. CUKIER, *op. cit.*, 220 ss.

¹⁶⁶ Il problema infatti non è tanto se il dato registrato rappresenta ciò che un individuo ha detto o fatto, quanto piuttosto di stabilire in che misura il dato offre una base affidabile per trarre conclusioni sull'individuo stesso, v. S. FARO, N. LETTIERI, *op. cit.*, 298.

¹⁶⁷ Il c.d. *data mining* è il fenomeno di estrazione di elementi cognitivi da questa scia di dati lasciata da ogni individuo nella propria esistenza digitale: v. R.M. VISCONTI, *Valutazione dei Big data e impatto su innovazione e digital branding*, in *Diritto industriale*, Milano, 2016, 46.

¹⁶⁸ Nel senso che l'associazione biunivoca tra dato e persona non è modificata dalla pseudonomizzazione e il dato pseudonimo, una volta impiegato con tutti i mezzi necessari per effettuare la sostituzione di attributi a ritroso, è inequivocabilmente riferibile alla persona, v. G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *op. cit.*, 37-39.

dell'utente dal "peccato originale" dell'essere *homo interneticus*¹⁶⁹ è assicurata dal nuovo fonte battesimale della pseudonomizzazione appunto. Ma tale criptazione della identità del soggetto indicato con pseudonimo è strutturata sulla garanzia di disaggregazione di dati informativi convergenti sull'interessato ma la cui riaggregazione ben può consentirne la re-identificazione, attraverso le chiavi di corrispondenza tra il codice di contrassegno e comuni identificatori¹⁷⁰.

Ecco allora che il dimensionarsi della «persona digitale disincarnata tutta risolta nelle informazioni che la riguardano»¹⁷¹, quale vero e proprio prodotto dei *big data analytics*, conferma la connessione fenomenologica tra obsolescenza dei prodotti ed obsolescenza dei dati personali, la cui elaborazione tramite algoritmi in profili¹⁷², non è che una manifestazione della valenza riduttiva dell'essere umano contemporaneo a "prodotto" nel senso dell'*obsolescence de l'homme* di Günter Anders¹⁷³.

L'obsolescenza programmata dei prodotti nella società dei consumi e l'obsolescenza dei dati personali nella sua evoluzione in rete digitale¹⁷⁴ si rivelano infatti due aspetti dello stesso processo di continua destrutturazione e ristrutturazione dell'identità dell'individuo, la mercificazione dei cui dati personali¹⁷⁵

¹⁶⁹ L. SIEGEL, *Homo interneticus. Restare umani nell'era dell'ossessione digitale*, Piano B, Prato, 2011.

¹⁷⁰ E. BASSI, *PSI protezione dei dati personali, anonimizzazione*, in *Informatica e Diritto*, Napoli, 1, 2011, *passim*.

¹⁷¹ S. RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, cit., 405; cfr. 318, ove si parla di una «identità esterna».

¹⁷² *Ivi*, 398, sulla «dittatura dell'algoritmo».

¹⁷³ G. ANDERS, *L'obsolescence de l'homme. Sur l'âme a l'époque de la deuxième révolution industrielle*, Édition Ivrea, Paris, 2002, 21: «l'homme d'aujourd'hui, puisqu'il est lui aussi un produit (dans la mesure ou il est au moins le produit de sa propre production, une production qui l'altère totalment et imprime en lui, en tant que consommateur, l'image du monde produit industriellement et la vision du monde qui lui correspond)».

¹⁷⁴ Se da una parte si ravvisa nell'«informazionalismo quale nuova base materiale e tecnologica dell'attività economica e dell'organizzazione sociale», (M. CASTELLS, *La società in rete*, cit., p. 14), dall'altra parte nel senso di «barbarie dei dati» e che «il Dataismo è nichilismo», v. B. C. HAN, *Biopolitica*, cit., 71. Se queste espressioni possono far ascrivere Han ai "tecnopessimisti" nel senso di S. MANNONI, *Millenarismo 2.0*, cit., 13, non può però non prendersi atto che quando l'autore di *Biopolitica*, 77, dice «la psicopolitica digitale sarebbe dunque in grado di impadronirsi del comportamento delle masse su un piano che si sottrae alla coscienza», ciò viene confermato dal fatto che il trattamento dei dati personali, nei suoi risvolti etico-sociali, «è diventato di grande attualità internazionale nella primavera del 2018, quando è esploso uno scandalo legato alla società *Cambridge Analytica* accusata di aver raccolto dati sensibili su decine di milioni di utenti *Facebook* per venderli a società terze interessate a influenzare l'opinione pubblica in vista delle elezioni statunitensi e del referendum su *Brexit*», v., P. KOTLER, G. STIGLIANO, *op.cit.*, 36. Infatti «si ricorre al *micro-targeting* per rivolgersi ai votanti in modo mirato, con messaggi personalizzati per influenzarli. Il *micro-targeting* come prassi della microfisica del potere è una *psicopolitica basata sui dati*», B. C. HAN, *op. cit.*, 74. Di una vera e propria "religione dei dati" con riferimento al "datismo", parla N. HARARI, in *Homo deus. Breve storia del futuro*, Giunti-Bompiani, Firenze-Milano, 2018, 449 ss.

¹⁷⁵ M. AINIS, *Il regno di Uroboro*, cit., 55: «la mercificazione della nostra identità ha un effetto sull'identità medesima, la plasma, la conforma. Al culmine del trattamento che profila i singoli individui, diventiamo un unico individuo amorfo, senz'anima, nè pelle».

si rivela funzionale alla alimentazione di un sistema di dipendenza¹⁷⁶ della persona da bisogni sempre più amplificati, per soddisfare i quali vi siano beni mai definitivi¹⁷⁷.

¹⁷⁶ V. B. ROMANO, *La società post-moderna come sistema universale di dipendenza*, Bulzoni editori, Roma, 1995, segnatamente, 9 ss.; cfr. Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere*, Laterza, Roma-Bari, 21.

¹⁷⁷ V. G. ANDERS, *op. cit.*, 49: «notre monde de produits ne se definit pas comme la somme des différents produits finis qui le composent, mais comme un processus: la production toujours nouvelle de produits toujours nouveaux».