

IL COORDINAMENTO TRA LA DIRETTIVA 2019/770 E IL GDPR. L'INTERESSATO-CONSUMATORE*

Di Salvatore Orlando

| 222

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Sul riconoscimento normativo della funzione ‘remunerativa’ dei dati personali e dei fenomeni indicati comunemente ed indistintamente con le espressioni ‘monetizzazione’ e ‘patrimonializzazione’ dei dati personali – 3. Sulla formula dell’art. 3, par. 1 DCD – 3.1 Scomparsa ingiustificata del riferimento ai dati non personali – 3.2 Sull’imprecisa formulazione delle ipotesi di applicazione e non applicazione della direttiva – 4. Contro la proposta di ampliare la nozione di «prezzo» nella DCD fino a ricomprendervi i dati personali, e a favore della più ampia nozione di «remunerazione», già impiegata nel Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in quanto idonea a ricomprendere i dati personali e i dati non personali – 5. Il consenso. – 5.1 Critica della tesi per la quale ai sensi dell’art. 3, par. 1 DCD il consumatore si impegnerebbe a fornire il consenso al trattamento – 5.2 Critica della tesi di un consenso privacy distinto dal consenso contrattuale – 5.2.1 Introduzione: la necessità di cercare le ragioni del consenso privacy – 5.2.2 La necessità di guardare alle norme imperative sulle forme di manifestazione della volontà e sui limiti imposti dalla legge. In particolare sulla manifestazione di volontà dell’interessato-consumatore: i requisiti previsti dall’art. 4 n. 11 GDPR come requisiti di diritto europeo della volontà del consumatore-interessato nei contratti previsti dall’art. 3(1) DCD – 5.2.3 In particolare sui limiti imposti dalla legge: i caratteri che impongono di distinguere i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni – 5.2.4 La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per comprendere la funzione o causa del consenso come atto di autonomia: la fornitura di dati personali in funzione servente (‘dati serventi’), in funzione remunerativa (‘dati remuneranti’) e come prestazione caratteristica del contratto. La granularità causale – 5.2.5 (segue) sulla granularità causale anche all’interno di fasci di finalità di trattamento legittime. In particolare, le norme del DSA che prevedono il consenso degli utenti sui parametri del targeting e sui parametri dei sistemi di raccomandazione – 5.2.6 La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per valutare anche se esse siano legittime e per giudicare sulla validità/invalidità (totale o parziale) del consenso prestato per finalità illegittime – 5.2.7 Le sfide costruttive – 6. Conclusione: *lo ius nostrum*.

ABSTRACT. Il saggio si propone di esaminare alcuni temi di coordinamento con il Regolamento generale dell’Unione europea sulla protezione dei dati personali (il GDPR) suscitati dalla direttiva sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali (la DCD) nella parte in cui la DCD prevede che nei medesimi contratti il consumatore possa, in aggiunta o in sostituzione del prezzo, fornire o impegnarsi a fornire i suoi dati personali. L’a. inquadra la DCD tra le altre fonti del diritto europeo che prevedono una funzione remunerativa dei dati personali e la fornitura di dati personali a titolo oneroso o gratuito e prende posizione sulle nozioni di prezzo e remunerazione nella DCD. L’a. affronta poi alcuni temi legati al consenso dell’interessato, in particolare illustrando la tesi per la quale nella materia della circolazione dei dati personali l’autonomia contrattuale deve intendersi prescrittivamente limitata e modellata dallo statuto dei dati personali predisposto dal GDPR e la tesi per la quale l’adesione alla concezione negoziale del consenso al trattamento dei dati personali non spoglia l’interessato dei suoi diritti fondamentali ma consente (attraverso l’accesso alla categoria dell’invalidità del consenso fondata su un controllo causale relativo alla legittimità delle specifiche finalità del trattamento dei dati personali) di accedere a strumenti decisivi di tutela a protezione non soltanto dell’interessato ma dell’intera collettività.

The essay examines some issues of coordination between the EU general data protection regulation (GDPR) and the EU directive on the contracts for the supply of digital content and digital services (DCD) as made necessary because of the provision contained in the DCD that the contracts governed by the same directive include those in which the consumer may, in addition or as an alternative to a price, provide or undertake to provide her/his personal data to the trader. The a. puts the DCD in context, by quoting other EU normative acts that contemplate the provision of personal data in terms of remuneration as well as contracts for the supply of personal data in exchange for money or for altruistic purposes. The a. also discusses some issues relevant to the consent of the data subject. In particular, the a. argues that the contractual autonomy in the field of personal data circulation shall be considered mandatorily limited and “modelled” by the personal data regime prescribed by the GDPR. Finally, the a. argues that by adhering to the view that the data subject’s consent is an act of contractual autonomy does not deprive the data subject of her/his fundamental rights, but allows (through the category of invalidity of the consent based on a test of legitimacy of the specific data processing purposes) to make recourse to significant remedies designed for the protection of general interest objectives, including, but not limited to, the data subject’s interests and rights.



1. Premessa.

Tra i tanti argomenti che ineriscono al rapporto tra la direttiva (UE) 2019/770 (*Digital Content Directive* “DCD”)¹ e il regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation* “GDPR”)², ci soffermeremo maggiormente su alcuni problemi ermeneutici che ruotano intorno al consenso al trattamento dei dati personali.

Prima di ciò, faremo alcune osservazioni:

- sul riconoscimento normativo della funzione ‘remunerativa’ dei dati personali e dei fenomeni indicati comunemente ed indistintamente con le espressioni ‘monetizzazione’ e ‘patrimonializzazione’ dei dati personali (par. 2 *infra*);
- sulla sparizione del riferimento ai dati *non* personali nella formula dell’art. 3(1) DCD e sui casi confusamente contemplati nella medesima formula (par. 3 *infra*); e
- sul concetto di ‘remunerazione’ e di ‘prezzo’ nei contratti disciplinati dalla DCD (par. 4 *infra*).

2. Sul riconoscimento normativo della funzione ‘remunerativa’ dei dati personali e dei fenomeni indicati comunemente ed indistintamente con le espressioni ‘monetizzazione’ e ‘patrimonializzazione’ dei dati personali

Sembra opportuno cominciare con l’osservare che già prima della DCD, del “valore monetario” dei dati personali in guisa di “remunerazione” di servizi di comunicazione elettronica, nonché della “monetizzazione” dei dati raccolti in conformità del GDPR, si parlava nel Considerando 16 della direttiva (UE) 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche³.

In questo Considerando si legge che nell’economia digitale i partecipanti al mercato sempre più spesso ritengono che le informazioni sugli utenti abbiano un valore monetario, e che i servizi di comunicazione elettronica sono spesso forniti all’utente finale non solo in cambio di denaro, ma in misura sempre maggiore in cambio della comunicazione di dati personali o di altri dati.

Vi si trova altresì scritto che il “concetto di remunerazione” dovrebbe ricomprendere tanto le situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all’utente finale dati personali ai sensi del GDPR o altri dati, e questi glieli trasmette consapevolmente, per via diretta o indiretta, così come le situazioni in cui l’utente finale autorizza l’accesso a informazioni senza trasmetterle attivamente, ad esempio i dati personali, incluso l’indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni raccolte e trasmesse da un *cookie*.

Il medesimo Considerando richiama in proposito la giurisprudenza della CGUE sull’articolo 57 TFUE, per la quale si è in presenza di remunerazione ai sensi del Trattato anche se il fornitore del servizio è pagato da una terza parte e non dal destinatario del servizio⁴.

Si conclude dunque affermando che il concetto di remunerazione dovrebbe ricomprendere anche le situazioni in cui l’utente finale è esposto a messaggi pubblicitari come condizione per l’accesso al servizio o le situazioni in cui il fornitore del servizio monetizza i dati personali raccolti in conformità del GDPR.

Come si vede, si tratta del riconoscimento di fenomeni relativamente ai quali nella letteratura si impiegano variamente le espressioni “monetizzazione” e “patrimonializzazione” dei dati personali⁵.

Come risaputo, a far eco alla DCD è intervenuta la direttiva (UE) 2019/2161 (c.d. direttiva *Omni-bus*)⁶ che ha, *inter alia*, modificato l’art. 3 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori⁷, in-

* Il presente testo costituisce la traccia scritta, con integrazioni e note, della relazione dal titolo *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR: l’interessato/consumatore*, presentata dall’a. al Convegno *Commerciabilità dei dati personali: condizioni e limiti alla monetizzazione della nostra identità digitale nel contesto italiano ed europeo*, tenutosi a Firenze, Palazzo Incontri, il 14 ottobre 2022.

¹ Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

³ Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), che ha proceduto

alla rifusione delle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1988, *Bond van Adverteerders e altri/Stato olandese*, C-352/85, ECLI:EU:C:1988:19.

⁵ Cfr. V. Ricciuto, *L’equivoco della privacy*, ESI, Napoli, 2022, p. 105 ss.

⁶ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori

⁷ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che



serendovi il paragrafo 1-*bis*⁸ in senso conforme all'art. 3(1) DCD.

Di poi, come pure noto, il regolamento (UE) 2022/868 (*Data Governance Act*, “DGA”) ⁹ ha previsto, *inter alia*, norme armonizzate sui «servizi di intermediazione di dati»¹⁰ e sul c.d. «altruismo dei dati», in entrambi i casi tanto con riferimento a dati personali (come definiti nel GDPR) che a dati non personali (ossia dati diversi dai dati personali); e la proposta di *Data Act*¹¹ ha, tra le altre disposizioni, previsto norme armonizzate sulla circolazione dei dati generati dall'uso di prodotti interconnessi o di servizi correlati, e sui contratti tra imprese aventi ad oggetto l'accesso ai dati e il loro utilizzo: in entrambi i casi, di nuovo, tanto con riguardo a dati personali che a dati non personali¹².

Relativamente al *Data Governance Act*, in particolare, è rilevante ricordare come il servizio di intermediazione di dati è definito come quel servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, *rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati* tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali¹³, e la condivisione dei dati è definita

abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁸ Art. 3, par. 1-*bis* della direttiva (2011/83/UE) sui diritti dei consumatori, come inserito dall'art. 4, punto 2), lett. b) della direttiva (2019/2161) *Omnibus*: “1 bis. La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo”.

⁹ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati)

¹⁰ Cfr. D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 105 ss.

¹¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.2.2022, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati) COM(2022) 68 final.

¹² Cfr. P. STANZIONE, *Conclusioni*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 160.

¹³ La definizione di “servizio di intermediazione di dati” di cui all'art. 2, n. 11 DGA contiene anche le seguenti espressioni esclusioni (che potrebbero tuttavia ricavarsi anche ermeneuticamente): a) servizi che ottengono dati dai titolari dei dati e li aggregano, arricchiscono o trasformano al fine di aggiungervi un valore sostanziale e concedono licenze per l'utilizzo dei dati risultanti agli utenti dei dati, senza instaurare un rapporto commerciale tra i titolari dei dati e gli utenti dei dati; b) servizi il cui

come la fornitura di dati da un interessato o un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo congiunto o individuale di tali dati, *sulla base di accordi volontari o del diritto dell'Unione o nazionale, direttamente o tramite un intermediario, ad esempio nel quadro di licenze aperte o commerciali, dietro compenso o a titolo gratuito*¹⁴; e l'altruismo dei dati è definito come la condivisione volontaria di dati sulla base del *consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali* che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali, *senza la richiesta o la ricezione di un compenso* che vada oltre la compensazione dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati, per obiettivi di interesse generale, stabiliti nel diritto nazionale, ove applicabile, quali l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale¹⁵.

Relativamente alla proposta di *Data Act*, è rilevante ricordare che tale proposta prevede che tra il destinatario dei dati e il titolare dei dati, come ivi definiti¹⁶, possa intercorrere un *accordo* che stabilisce il *compenso* dovuto dal primo al secondo per la messa a disposizione dei dati da parte del secondo

obiettivo principale è l'intermediazione di contenuti protetti da diritto d'autore; c) servizi utilizzati esclusivamente da un titolare dei dati per consentire l'utilizzo dei dati detenuti da tale titolare dei dati, oppure utilizzati da varie persone giuridiche all'interno di un gruppo chiuso, anche nel quadro di rapporti con i fornitori o i clienti o di collaborazioni contrattualmente stabilite, in particolare quelli aventi come obiettivo principale quello di garantire la funzionalità di oggetti o dispositivi connessi all'internet delle cose; d) servizi di condivisione dei dati offerti da enti pubblici che non mirano a instaurare rapporti commerciali.

¹⁴ Art. 2, n. 10 DGA.

¹⁵ Art. 2, n. 16 DGA.

¹⁶ Art. 2, nn. 6 e 7 proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final, in particolare: 6) «titolare dei dati»: una persona fisica o giuridica che ha il diritto o l'obbligo, conformemente al presente regolamento, al diritto applicabile dell'Unione o alla legislazione nazionale di attuazione del diritto dell'Unione, o, nel caso di dati non personali e attraverso il controllo della progettazione tecnica del prodotto e dei servizi correlati, la capacità di mettere a disposizione determinati dati; 7) «destinatario dei dati»: una persona fisica o giuridica, che agisce per fini connessi alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, diversa dall'utente di un prodotto o di un servizio correlato, a disposizione della quale il titolare dei dati mette i dati, e che può essere un terzo in seguito a una richiesta da parte dell'utente al titolare dei dati o conformemente a un obbligo giuridico ai sensi del diritto dell'Unione o della legislazione nazionale di attuazione del diritto dell'Unione.

al primo¹⁷, e che è inoltre prevista una disciplina sulle *clausole contrattuali vessatorie* che riguardano l'accesso ai dati e il relativo utilizzo *tra imprese*, che ricalca la struttura della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore di cui alla direttiva 93/13/CE¹⁸.

3. Sulla formula dell'art. 3, par. 1 DCD.

Omettiamo qui la storia, a tutti nota, sulla mutata formula dell'art. 3, par. 1 DCD, relativamente all'impiego della parola "controprestazione" (controprestazione sì / controprestazione no)¹⁹ e segnaliamo un paio di cose poco presenti nel dibattito sulla DCD.

3.1. Scomparsa ingiustificata del riferimento ai dati non personali

Innanzitutto, osserviamo che nella formula finale dell'art. 3(1) DCD²⁰ è scomparso senza alcun motivo il riferimento ai *dati non personali*.

Nella formula iniziale si parlava di dati personali o altri dati ("*the consumer [...] provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data [...]*").

Ci sembra opportuno non soltanto segnalare questa sparizione, ma anche osservare come essa sia ingiustificata in un contesto di 'economia dei dati' (*data economy* o *data driven economy*²¹), che non si limita ai dati personali, come fatto chiaro – come

visto –dal *Data Governance Act* e dalla proposta di *Data Act* (v. *retro*, par. 2).

In via ermeneutica, non abbiamo dubbi ad includere nel raggio di applicazione della DCD anche il caso in cui il consumatore fornisca o si impegni a fornire dati *non personali*; e dunque a definire la sparizione del riferimento ai dati non personali nella formulazione finale dell'art. 3(1) DCD come uno sfrido di lavorazione - per così dire - ossia un'involontaria mutilazione provocata dagli emendamenti apportati nel tentativo di spegnere il fuoco accesosi intorno alla parola 'controprestazione'²².

3.2. Sull'imprecisa formulazione delle ipotesi di applicazione e non applicazione della direttiva

Come riconosciuto espressamente nel Considerando 67 della DCD²³, la medesima direttiva prevede le seguenti tre ipotesi: 1) il consumatore paga solo un prezzo; 2) il consumatore paga un prezzo e fornisce anche i suoi dati personali; 3) il consumatore non paga un prezzo e fornisce solo suoi dati personali.

In proposito, ci sembra corretto evidenziare l'imprecisione della formula dell'art. 3(1) DCD, che, da un lato, non riflette chiaramente le suddette tre ipotesi, e, dall'altro, non chiarisce che il caso di salvezza ivi contemplato, che vale ad escludere l'applicazione della direttiva, può assumere rilevanza solo nella terza ipotesi.

Ed infatti, la formula dell'art. 3(1) DCD, da un lato, quando statuisce che la direttiva si applica anche se "*il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico*", non distingue tra la seconda e la terza ipotesi e le contiene entrambe; dall'altro, non specifica che il caso di salvezza subito appreso contemplato (che comporta per logica conseguenza la non-applicazione

¹⁷ Art. 9 proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final.

¹⁸ Art. 13 proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final.

¹⁹ Sul punto, cfr. per tutti V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit. p. 166 ss.; A. MORACE PINELLI, *Introduzione*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, a cura di A. Morace Pinelli, Pisa, Pacini, 2023, p. 21 ss.

²⁰ Art. 3, par. 1 DCD: "1. La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo.

La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti".

²¹ Cfr. V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit., p. 67 ss.; M. AINIS, *Circolazione dei dati personali e disciplina del mercato*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 53 ss.

²² Cfr. ancora A. MORACE PINELLI, op. loc. cit.

²³ Considerando 67) DCD: "Se il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito *dietro pagamento di un prezzo*, il consumatore dovrebbe poter recedere dal contratto soltanto se il difetto di conformità non è di lieve entità. Tuttavia, ove il contenuto digitale o il servizio digitale non sia fornito dietro pagamento di un prezzo ma il consumatore fornisce *dati personali*, il consumatore dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto anche se il difetto di conformità è di lieve entità, dal momento che non può beneficiare del rimedio della riduzione di prezzo. Nei casi in cui *paga un prezzo e fornisce dati personali*, il consumatore dovrebbe avere il diritto di beneficiare di tutti i rimedi disponibili in caso di difetto di conformità. In particolare, purché siano soddisfatte tutte le restanti condizioni, il consumatore dovrebbe avere diritto alla messa in conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla riduzione del prezzo rispetto all'importo pagato per il contenuto digitale o il servizio digitale, o alla risoluzione del contratto".



della direttiva, e che consiste nel trattamento dei dati personali per l'esecuzione del contratto o per soddisfare obblighi di legge) è rilevante solo nella terza ipotesi (non chiaramente delineata e distinta dalla seconda ipotesi, nella formula che letteralmente le contiene entrambe), ossia solo nell'ipotesi in cui il consumatore non paga un prezzo.

Tanto è invece chiarito senza possibilità di equivoci dal Considerando 25 DCD: “Se il contenuto digitale e i servizi digitali *non sono forniti contro il pagamento di un prezzo*, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui l'operatore economico raccoglie dati personali esclusivamente per fornire contenuto digitale o servizi digitali o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge. [...]”.

Da quanto sopra consegue che l'art. 3(1) DCD deve essere interpretato come se fosse formulato nel seguente modo [ns modifiche in corsivo]:

“1. La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo.

La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico *in aggiunta alla corresponsione di un prezzo oppure senza corrispondere un prezzo*, fatto salvo, *in quest'ultima ipotesi*, il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti.”.

4. Contro la proposta di ampliare la nozione di «prezzo» nella DCD fino a ricomprendervi i dati personali, e a favore della più ampia nozione di «remunerazione», già impiegata nel Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in quanto idonea a ricomprendere i dati personali e i dati non personali

In dottrina²⁴ è stato suggerito di ampliare la nozione di «prezzo» nella DCD²⁵ fino a ricomprendervi i dati personali.

²⁴ Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Personal data as Counter-Performance*, in *Privacy and Data Protection in Software Ser-*

Tuttavia, in molti punti della DCD la differenza tra dati personali e prezzo (come definito nella DCD) appare utile. In particolare:

- Nei punti della DCD dove si parla di contratti concernenti *software libero e aperto*, che sono sottratti all'ambito di applicazione della direttiva, in base all'art. 3(5)(f) DCD, nei casi in cui “il consumatore *non corrisponde un prezzo* e i dati personali forniti dal consumatore sono trattati esclusivamente dall'operatore economico al fine di migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del software specifico”.

Qui il concetto della fornitura di dati personali all'esclusivo fine di “*migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del software*” dovrebbe intendersi allo stesso modo in cui si intende il caso fatto salvo dall'art. 3(1) DCD (“... *fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti*”), nel senso che anche in quest'ultimo caso è previsto che, *se il consumatore non corrisponde un prezzo*, allora la direttiva non trova applicazione (Considerando 25²⁶ e art. 3(1) DCD, dove, come abbiamo notato *supra*, la formulazione è imprecisa, nel senso che non riflette precisamente la *ratio* manifestata nel Considerando 25

vices, a cura di R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes, Singapore, Springer, 2022, p. 59 ss., spec. pp. 62-63.

²⁵ Art. 2, n. 7) DCD: “«prezzo»: la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale”.

²⁶ Considerando 25 DCD: “Se il contenuto digitale e i servizi digitali *non sono forniti contro il pagamento di un prezzo*, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui l'operatore economico raccoglie dati personali esclusivamente per fornire contenuto digitale o servizi digitali o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge. Tali situazioni possono includere, ad esempio, casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria a norma delle leggi applicabili ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui l'operatore economico raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione, tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale. Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il consumatore, senza avere concluso un contratto con l'operatore economico, è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali o a un servizio digitale. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di estendere l'applicazione della presente direttiva a tali situazioni o di disciplinare in altro modo le situazioni escluse dall'ambito di applicazione della presente direttiva”.



DCD). Cfr. anche Considerando 32²⁷ e Considerando 78²⁸ DCD.

- In tutti i punti della DCD dove si parla della *riduzione del prezzo*, perché la riduzione del prezzo non è un rimedio che si attaglia ai dati personali: cfr. Considerando 62²⁹, Considerando 65³⁰, Considerando 66³¹ e

²⁷ Considerando 32 DCD: “... Al fine di evitare di frapporte ostacoli a tali sviluppi del mercato, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi neanche ai software liberi e aperti, a condizione *che non siano forniti contro il pagamento di un prezzo* e che i dati personali dei consumatori siano utilizzati esclusivamente per migliorare la sicurezza, la compatibilità o l’interoperabilità del software”.

²⁸ Considerando 78 DCD: “Il difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale fornito al consumatore è spesso dovuto a una delle operazioni che in una catena, che connette lo sviluppatore iniziale del contenuto digitale all’operatore economico finale. Benché l’operatore economico finale debba essere responsabile nei confronti del consumatore in caso di difetto di conformità, è importante garantire che l’operatore economico disponga di adeguati diritti nei confronti delle diverse persone della catena di operazioni, per poter assumere la responsabilità nei confronti del consumatore. Tali diritti dovrebbero limitarsi alle operazioni commerciali e non dovrebbero pertanto riguardare le situazioni in cui l’operatore economico è responsabile nei confronti del consumatore per difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che comprende o si basa su un *software fornito senza il pagamento di un prezzo* e in licenza libera e aperta da una persona nell’ambito di passaggi precedenti della catena di operazioni. Tuttavia, è opportuno che siano gli Stati membri in base alla loro normativa nazionale applicabile ad individuare le persone della catena di operazioni nei confronti dei quali l’operatore economico finale può rivalersi e le modalità e le condizioni di tali azioni.”.

²⁹ Considerando 62 DCD: “In caso di difetto di conformità, il consumatore dovrebbe avere diritto al ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, o a una *riduzione adeguata del prezzo*, o alla risoluzione del contratto”.

³⁰ Considerando 65 DCD: “Ove il ripristino della conformità del contenuto digitale o servizio digitale risulti de jure o de facto impossibile o qualora l’operatore economico si rifiuti di ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale in ragione dei costi sproporzionati che gliene deriverebbero, o qualora l’operatore economico non abbia ripristinato la conformità del contenuto digitale o servizio digitale entro un termine ragionevole, senza alcun costo e senza causare disagi per il consumatore, quest’ultimo dovrebbe avere diritto di beneficiare dei rimedi *della riduzione del prezzo* o della risoluzione del contratto. In talune situazioni è giustificato che il consumatore abbia diritto immediatamente alla *riduzione del prezzo* o alla risoluzione del contratto, ad esempio se in precedenza l’operatore economico ha omesso di rendere conforme il contenuto digitale o il servizio digitale o se non ci si può attendere che il consumatore mantenga la fiducia nella capacità dell’operatore economico di ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale a motivo della gravità del difetto di conformità. Ad esempio, il consumatore dovrebbe avere il diritto di richiedere immediatamente la *riduzione del prezzo* o la risoluzione del contratto qualora gli sia stato fornito un software antivirus infettato esso stesso da virus e costituirebbe un caso di difetto di conformità di tale gravità. Lo stesso dovrebbe valere nel caso in cui risulti evidente che l’operatore economico non procederà a ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale entro un termine ragionevole o senza particolari disagi per il consumatore”.

Considerando 67 DCD, dove la differenza è esplicitata e si graduano i vari rimedi considerando le tre predette ipotesi, ossia che il consumatore paga solo un prezzo, che paga un prezzo e fornisce anche dati personali, che fornisce solo dati personali: “Se il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito dietro pagamento di un prezzo, il consumatore dovrebbe poter recedere dal contratto soltanto se il difetto di conformità non è di lieve entità. Tuttavia, ove il contenuto digitale o il servizio digitale non sia fornito dietro pagamento di un prezzo ma il consumatore fornisce dati personali, *il consumatore dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto anche se il difetto di conformità è di lieve entità, dal momento che non può beneficiare del rimedio della riduzione di prezzo*. Nei casi in cui paga un prezzo e fornisce dati personali, il consumatore dovrebbe avere il diritto di beneficiare di tutti i rimedi disponibili in caso di difetto di conformità. In particolare, purché siano soddisfatte tutte le restanti condizioni, il consumatore dovrebbe avere diritto alla messa in conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla riduzione del prezzo rispetto all’importo pagato per il contenuto digitale o il servizio digitale, o alla risoluzione del contratto.”; Considerando 77³²; Art. 14 par. 4 dove è di

³¹ Considerando 66 DCD: “Nel caso in cui il consumatore abbia diritto a una riduzione dell’importo pagato per il contenuto digitale o il servizio digitale fornito per un determinato periodo di tempo, il calcolo della riduzione del prezzo dovrebbe tener conto della diminuzione di valore del contenuto digitale o del servizio digitale conseguente sia al difetto di conformità sia al periodo di tempo durante il quale il consumatore non ha potuto fruire del contenuto digitale o del servizio digitale conforme.”

³² Considerando 77 DCD: “Qualora una modifica incida negativamente, in modo non trascurabile, sull’utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale o sull’accesso allo stesso da parte del consumatore, quest’ultimo dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto senza alcun costo a seguito della modifica in questione. In alternativa, l’operatore economico può decidere di consentire al consumatore di mantenere l’accesso al contenuto digitale o al servizio digitale senza costi aggiuntivi, senza la modifica e in conformità, nel qual caso il consumatore non dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto. Tuttavia, qualora il contenuto digitale o il servizio digitale che l’operatore economico ha consentito al consumatore di mantenere non rispetti più i requisiti soggettivi e oggettivi di conformità, il consumatore dovrebbe poter contare sui rimedi per difetto di conformità previsti dalla presente direttiva. Se i requisiti per una modifica quali indicati nella presente direttiva non sono soddisfatti e la modifica dà luogo a un difetto di conformità, dovrebbero restare salvi i diritti del consumatore al ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla *riduzione del prezzo* o alla risoluzione del contratto, quali previsti dalla presente direttiva. Allo stesso modo, qualora, successivamente a



conseguenza previsto che il rimedio della riduzione del prezzo si applica solo nel caso in cui il contenuto o il servizio digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo³³; Art. 14, par. 5³⁴; Art. 18, par. 1³⁵.

- Nei punti della DCD in cui si prevede il requisito della *gravità del difetto di conformità* ai fini dei rimedi a disposizione del consumatore, poiché, come detto, il regime dei rimedi cambia a seconda che il contenuto o il servizio digitale siano forniti in cambio di un prezzo o di dati personali: Considerando 67, già citato; Art. 14, par. 6³⁶.
- In tutti i punti della DCD dove si parla di *rimborso del prezzo*, perché si tratta di una misura che, di nuovo, non si ataglia ai dati personali: cfr. Considerando 15³⁷; Considerando 68³⁸.

Dunque nell'art. 16, dove è fatta chiara la differenza tra il regime del rimborso del prezzo e quello dei dati personali e degli altri contenuti in conseguenza della risoluzione del contratto³⁹; Art. 18⁴⁰.

una modifica, si verifichi un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale non imputabile alla modifica, il consumatore dovrebbe continuare a poter avvalersi dei rimedi previsti dalla presente direttiva per il difetto di conformità in relazione al contenuto digitale o al servizio digitale in questione”.

³³ Art. 14, par. 4 CDC: “Il consumatore ha diritto a una *riduzione proporzionale del prezzo* a norma del paragrafo 5 se il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo, o alla risoluzione del contratto conformemente al paragrafo 6, in uno dei casi seguenti: [...] d) il difetto di conformità è talmente grave da giustificare un'immediata *riduzione del prezzo* o risoluzione del contratto; oppure [...]”.

³⁴ Art. 14, par. 5 DCD: “5. La *riduzione del prezzo* è proporzionale alla diminuzione di valore del contenuto digitale o del servizio digitale fornito al consumatore rispetto al valore che avrebbe tale contenuto digitale o servizio digitale se fosse conforme. Se il contratto stabilisce che il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito per un determinato periodo di tempo dietro pagamento di un prezzo, la *riduzione di prezzo* si applica al periodo di tempo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme”.

³⁵ Art. 18, par. 1 CDC: “Eventuali rimborsi dovuti al consumatore dall'operatore economico a norma dell'articolo 14, paragrafi 4 e 5, o dell'articolo 16, paragrafo 1, dovuti alla *riduzione del prezzo* o alla risoluzione del contratto sono effettuati senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dal giorno in cui l'operatore economico è informato della decisione del consumatore di invocare il diritto del consumatore a una riduzione di prezzo o il suo diritto alla risoluzione dal contratto”.

³⁶ Art. 14, par. 6 CDC: “6. Se il contenuto digitale o il servizio digitale è stato fornito dietro pagamento di un prezzo, il consumatore ha il diritto di recedere dal contratto solo se il difetto di conformità non è di lieve entità. L'onere della prova riguardo al fatto se il difetto di conformità è di lieve entità è a carico dell'operatore economico”.

³⁷ Considerando 15 CDC: “Gli Stati membri dovrebbero inoltre mantenere la facoltà, ad esempio, di regolamentare i diritti delle parti di astenersi dall'adempiere gli obblighi o parte di essi finché l'altra parte non abbia adempiuto i propri obblighi. Ad esempio, gli Stati membri dovrebbero essere liberi di stabilire se, in caso di difetto di conformità, un consumatore ha diritto a trattenere il pagamento della totalità o di parte del prezzo finché l'operatore economico non abbia reso conforme il contenuto

digitale o il servizio digitale, o se l'operatore economico ha diritto a trattenere un eventuale *rimborso* dovuto al consumatore alla risoluzione del contratto finché il consumatore non abbia adempiuto l'obbligo previsto dalla presente direttiva di restituire il supporto materiale all'operatore economico”.

³⁸ Considerando 68 CDC: “Se il consumatore recede dal contratto, l'operatore economico dovrebbe *rimborsare il prezzo* pagato dal consumatore. Tuttavia, è opportuno conciliare i legittimi interessi dei consumatori e degli operatori economici nei casi in cui il contenuto digitale o il servizio digitale sia fornito per un determinato periodo di tempo e la sua conformità sia garantita soltanto per una parte di tale periodo. Pertanto, in caso di risoluzione, il consumatore dovrebbe avere *diritto al rimborso* soltanto di una parte dell'importo pagato che corrisponde ed è commisurata alla durata del periodo in cui il contenuto digitale o servizio digitale non è stato conforme. Il consumatore dovrebbe altresì avere *diritto a qualsiasi parte del prezzo versato in anticipo* per l'eventuale periodo restante dopo la risoluzione del contratto”.

³⁹ Art. 16 CDC: “Articolo 16 - Obblighi del l'operatore economico in caso di risoluzione 1. In caso di risoluzione del contratto l'operatore economico rimborsa al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto. Tuttavia, se il contratto prevede la fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale dietro pagamento di un prezzo e per un periodo di tempo, e il contenuto digitale o il servizio digitale è stato conforme per un periodo di tempo prima della risoluzione del contratto, l'operatore economico rimborsa al consumatore solo la proporzione dell'importo pagato corrispondente al periodo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme e qualsiasi parte del prezzo pagato in anticipo dal consumatore per la durata del contratto che sarebbe rimasta se il contratto non fosse stato risolto. 2. Per quanto riguarda i dati personali del consumatore, l'operatore economico rispetta gli obblighi applicabili a norma del regolamento (UE) 2016/679. 3. L'operatore economico si astiene dall'utilizzare qualsiasi contenuto diverso dai dati personali che sia stato fornito o creato dal consumatore nell'ambito dell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico, fatto salvo il caso in cui tale contenuto: a) sia privo di utilità al di fuori del contesto del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; b) si riferisca solamente all'attività del consumatore nell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; c) sia stato aggregato dall'operatore economico ad altri dati e non possa essere disaggregato o comunque non senza uno sforzo sproporzionato; o d) sia stato generato congiuntamente dal consumatore e altre persone, e altri consumatori possano continuare a utilizzare il contenuto. 4. Ad eccezione delle situazioni di cui al paragrafo 3, lettere a), b) o c), l'operatore economico mette a disposizione del consumatore, su richiesta dello stesso, contenuti diversi dai dati personali, che sono stati forniti o creati dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico. Il consumatore ha il diritto di recuperare dall'operatore economico tali contenuti digitali gratuitamente e senza impedimenti, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. 5. L'operatore economico può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto

Alla luce delle sopra riassunte peculiarità della disciplina e della terminologia della DCD, non sembra consigliabile rivedere la definizione di «prezzo» ai sensi della DCD. Come visto, nell'ordinamento europeo è già espressamente riconosciuto che il più ampio concetto di «*remunerazione*» possa ricomprendere i dati personali e non personali (Considerando 16 della Direttiva UE 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche).

Alla luce delle suddette disposizioni, sembra corretto affermare che esistano valide ragioni per mantenere la definizione di prezzo nella DCD che non ricomprende i dati personali, e *tuttavia aggiungere* che anche la DCD possa interpretarsi nel senso di ritenere che il concetto di prezzo rientri in quello più ampio di *remunerazione* (già previsto, come detto dal Considerando 16 della Direttiva UE 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche), che comprende anche i dati personali, così come quelli non personali, da intendersi ermeneuticamente - questi ultimi - ricompresi nel raggio di applicazione della DCD, come già osservato (v. par. 2 *supra*).

5. Il consenso

Il tema del consenso è centrale nella discussione sul rapporto tra GDPR e DCD⁴¹. In questa sede ce ne occuperemo limitatamente a due questioni, quel-

digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo account utente, fatto salvo quanto previsto al paragrafo 4.”

⁴⁰ Art. 18 CDC: “Articolo 18 - Termini e mezzi di *rimborso* da parte dell'operatore economico. 1. Eventuali *rimborso* dovuti al consumatore dall'operatore economico a norma dell'articolo 14, paragrafi 4 e 5, o dell'articolo 16, paragrafo 1, dovuti alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto sono effettuati senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dal giorno in cui l'operatore economico è informato della decisione del consumatore di invocare il diritto del consumatore a una riduzione di prezzo o il suo diritto alla risoluzione dal contratto. 2. L'operatore economico effettua il *rimborso* utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per pagare il contenuto digitale o il servizio digitale, salvo che il consumatore consenta espressamente all'uso di un altro mezzo e non debba sostenere alcuna spesa relativa al rimborso. 3. L'operatore economico non impone al consumatore alcuna commissione in relazione al *rimborso*”.

⁴¹ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 499 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, in *La circolazione dei dati*, a cura di A.M. Gambino e A. Stazi, Pisa, Pacini, 2020, p. 55 ss.; F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nella fornitura di servizi digitali ed il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, p. 34 ss.; E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 94 ss.

la dell'oggetto dell'impegno del consumatore previsto dall'art. 3(1) DCD; e quella del rapporto tra consenso *privacy* e consenso contrattuale.

5.1. Critica della tesi per la quale ai sensi dell'art. 3, par. 1 DCD il consumatore si impegnerebbe a fornire il consenso al trattamento

Con una interpretazione anti-letterale, è stato affermato in dottrina che *oggetto dell'impegno* del consumatore previsto dall'art. 3, par. 1, seconda proposizione della DCD, sarebbe non già la fornitura di dati personali, come prevede letteralmente la direttiva, bensì la *prestazione del consenso al trattamento* dei dati personali⁴².

Questa tesi sostanzialmente fa leva sull'osservazione dell'inutilità di fornire dati personali senza il consenso al relativo trattamento.

Si tratta però, a ben vedere, di un'osservazione che non giustifica un'interpretazione anti-letterale della norma. Ed infatti, proprio sulla base della pacifica osservazione per la quale il consenso è necessario al trattamento, può e deve ritenersi, in senso conforme al significato letterale della norma, che il (necessario) consenso al trattamento *precede e giustifica* (ove valido, naturalmente: v. *infra*) tanto la *fornitura dei dati personali* che, eventualmente, il *loro impegno a fornirli*.

5.2. Critica della tesi di un consenso *privacy* distinto dal consenso contrattuale

5.2.1. Introduzione: la necessità di cercare le ragioni del consenso *privacy*

Non ci sembra corretto aderire alla tesi, abbastanza diffusa, che distingue nei contratti di cui alla DCD il consenso al trattamento dei dati personali, o consenso *privacy*, dal consenso contrattuale⁴³.

Come noto, sulla base della famosa pronuncia della Corte di Cassazione 17278/2018⁴⁴, vengono

⁴² In senso contrario, v. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 75 (“[...] non sarebbe giuridicamente configurabile un contratto che produca l'obbligo per l'interessato di prestare il consenso al trattamento dei dati personali”).

⁴³ In senso contrario, v. però V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit. p. 167 ss.; Id., *Il consenso negoziale nella circolazione dei dati personali*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 76 ss.; C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, Cacucci Editore, 2022, p. 94 ss.

⁴⁴ Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza 11 maggio – 2 luglio 2018, n. 17278. In questa pronuncia, riferendosi all'abrogato art. 23 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice



privacy), la Suprema Corte così argomentava al punto 2.4: «[...] Sorge dunque il problema dell'identificazione e delimitazione della nozione di consenso adottata dal legislatore con il richiamato art. 23. Orbene, è anzitutto da escludere che il consenso considerato da tale disposizione sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali, ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli artt. 1428, 1435 e 1439 c.c. Una simile lettura minimale dell'art. 23 - che è in definitiva quella che pare emergere, sia pur senza adeguata consapevolezza, dal provvedimento impugnato - non ha fondamento, almeno per due ragioni: -) in primo luogo, se il consenso dovesse essere inteso nella medesima accezione in cui esso è di regola richiesto a fini negoziali, la norma del Codice della privacy sarebbe superflua, non potendosi dubitare che, anche senza di essa, un trattamento dei dati senza consenso non sia ipotizzabile, dal momento che i dati personali costituiscono beni attinenti alla persona; -) in secondo luogo il legislatore non discorre qui di un generico consenso, bensì di un consenso manifestato, oltre che espressamente, liberamente e specificamente, a condizione che all'interessato siano state previamente offerte le informazioni elencate dall'art. 13 del Codice della privacy. Non v'è dubbio, allora, che, nel suo complesso la previsione di un consenso in tal modo 'rafforzato' sia dettato dall'esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell'interessato, sia sotto il profilo della evidente 'asimmetria informativa', sia dal versante della tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive. La normativa in questione, dunque, sorge dall'esigenza di affrontare i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica. Può dunque dirsi che il consenso in questione debba essere ricondotto alla nozione di 'consenso informato', nozione ampiamente impiegata in taluni settori - basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie - in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole. Tale lettura trova conferma nel rinvio al già citato art. 13, il quale enumera le informazioni che devono essere fornite all'interessato prima che questi esprima il suo consenso, ed altresì nella previsione dell'art. 11, comma 1, lett. b e d, del Codice della privacy, il quale consente l'utilizzo dei dati solo per gli scopi per cui sono stati raccolti e che devono essere comunicati all'interessato prima che egli manifesti il suo consenso. Ne discende che il consenso in discorso, alla luce del dato normativo, è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto dell'intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento. In tal senso va inteso il dato normativo alla luce del quale deve trattarsi di un consenso libero, ossia pienamente consapevole ed informato e non già frutto di alcun condizionamento, e specifico, ossia inequivocabilmente riferito a ciascun particolare effetto del trattamento».

Sulla sentenza cfr., tra gli altri, F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 1775 ss.; S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. it.*, 2019, p. 530 ss.; F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contratto e impresa Europa*, 1/2021, p. 199 ss., spec. p. 213 nota 43 e p. 234; A.

comunemente teorizzate differenze tra consenso *privacy* e consenso contrattuale.

Da questo modo di pensare scaturisce l'opinione per cui si tratterebbe di consensi diversi che devono individuarsi in modo distinto alla stregua di *distinti atti giuridici* nel caso in cui - come previsto dall'art. 3(1) DCD - si concludono contratti nei quali il consumatore fornisce i suoi dati personali (in luogo di un prezzo o in aggiunta a un prezzo) in cambio di un contenuto o di un servizio digitale⁴⁵.

Notevolmente, la tesi dei diversi consensi e dei distinti atti viene seguita in entrambi i filoni principali di commento della DCD, ovvero sia da coloro che affermano che la DCD avrebbe legittimato in via generale la monetizzazione dei dati personali attraverso i contratti che prevedono la remunerazione dell'operatore economico attraverso la fornitura di dati personali (e che si tratterebbe perciò solo di stabilire quali norme del GDPR, *in primis* quelle sul consenso e sulla revoca del consenso al trattamento, vadano rispettate); sia da coloro che affermano che la DCD invece non avrebbe legittimato in linea di principio tali contratti, ma si sarebbe limitata ad evitare di privare della sua tutela i consumatori, tuttavia chiarendo e disponendo che rimane esclusivamente in capo al GDPR il compito di stabilire se, a quali condizioni e in quale misura, siano ammissibili la fornitura e l'impegno a fornire i dati personali.

In proposito, ci sembra significativo osservare che nessuna delle due impostazioni manifesta la necessità di evidenziare le ragioni che sorreggono generalmente il riconoscimento normativo del potere di acconsentire al trattamento dei dati personali. Intendiamo dire: le ragioni del riconoscimento normativo di un simile potere: le *rationes legis*.

Viceversa, si tratta, a nostro sommo avviso, di una premessa imprescindibile ai fini dell'esame dei problemi qui discussi. Non essendo dubbia la salvezza e la prevalenza delle norme del GDPR sulle norme della DCD (art. 3, par. 8 DCD⁴⁶), riteniamo fondamentale cominciare con lo spiegare in modo rigoroso *perché* l'ordinamento europeo autorizza le persone a prestare il consenso al trattamento dei loro dati personali.

GENOVESE, *Trattamento dei dati personali e consenso dell'interessato*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 93 ss.

⁴⁵ Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 73 ss.

⁴⁶ Art. 3, par. 8 DCD: "Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1. In particolare, la presente direttiva fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo".



Non solo in che modo: *non solo come* (consenso «libero», «incondizionato», «inequivoco», «specifico», «espreso», «esplicito») *perché*. Dobbiamo cioè interrogarci sulle *ragioni del consenso*.

A nostro sommo avviso, se eludiamo questa domanda non ne veniamo a capo.

E aggiungiamo subito che tale esercizio va svolto *a cominciare dal GDPR*.

Si tratta in effetti di una domanda che è stata fino ad oggi poco approfondita anche nell'ambito degli studi sul GDPR, ma che, nel *mutato scenario economico e tecnologico* presentato dai sistemi di intelligenza artificiale e della *data economy*, non può continuare ad essere trascurata.

Nei limiti concessi a questo intervento, proveremo a dire la nostra opinione, premettendo alcune osservazioni sui contratti previsti dalla DCD e i requisiti del consenso di cui all'art. 4, n. 11 GDPR (par. 5.2.2 *infra*), e sui caratteri che impongono di distinguere i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni (par. 5.2.3 *infra*).

5.2.2. La necessità di guardare alle norme imperative sulle forme di manifestazione della volontà e sui limiti imposti dalla legge. In particolare sulla manifestazione di volontà dell'interessato-consumatore: i requisiti previsti dall'art. 4 n. 11 GDPR come requisiti di diritto europeo della volontà del consumatore-interessato nei contratti previsti dall'art. 3(1) DCD

Riteniamo corretto affermare che il consenso nei contratti in questione è propriamente e unicamente quello di due contraenti che concordano nel prevedere – beninteso *nelle forme e nei limiti imposti dalla legge* (come avviene per tutti i contratti) – la fornitura di dati personali del consumatore all'operatore economico quale remunerazione (esclusiva o concorrente ad un prezzo) di contenuti o servizi digitali offerti dall'operatore economico. Tale consenso è prestato *esattamente e precisamente* per la conclusione di contratti siffatti.

Postulare un doppio consenso è contrario alla realtà della manifestazione dei comportamenti, ed è inoltre incompatibile con la teoria del contratto, perché, attenendo la fornitura dei dati personali all'oggetto e - per quanto diremo appresso - anche alla causa del contratto, non si può immaginare un consenso contrattuale che *non* investa questi elementi.

Contrariamente a quanto si tende a cogliere nella già citata sentenza della Cassazione 17278/2018, nessuna insormontabile differenza di natura è cor-

rettamente postulabile tra consenso *privacy* e consenso negoziale, e contrattuale in particolare. La teoria del contratto ammette senz'altro al suo interno forme di manifestazione della volontà contrattuale 'rafforzate' (per usare l'aggettivo che si legge al punto 2.4 di quella sentenza) per previsione di norme imperative. In particolare, e venendo al nostro caso, non è incompatibile con la teoria del contratto interpretare gli artt. 4 n. 11 e 6(1)(a) del GDPR in combinato disposto con l'art. 3(1) DCD nel senso di ritenere che nei contratti previsti da quest'ultima disposizione il consenso del consumatore-interessato *debba* consistere in una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento, con le modalità *e per le finalità previste nel contratto* e, sempre, beninteso, nei limiti imposti dalla legge (su cui v. *infra*).

Prima di soffermarci, per l'appunto, sui limiti imposti dalla legge, aggiungiamo che chi ripercorre descrittivamente le distinzioni tra consenso *privacy* e consenso contrattuale per postulare la necessità di intravedere nei contratti in questione due distinti consensi in guisa di due distinti atti giuridici, erra due volte: perché muove da un'idea - contraria alla realtà normativa - di un consenso contrattuale monolitico, ossia sempre uguale a se stesso; e perché non contempla la necessità, imposta ora dalla legge, di declinare il consenso contrattuale avente ad oggetto la fornitura di dati personali con i requisiti di manifestazione della volontà imposti dal GDPR.

Invece, la previsione di una norma come quella dell'art. 4, n. 11 GDPR non soltanto consente, ma *impone* di delineare precisi requisiti di diritto euro-unitario relativamente alla volontà del consumatore-interessato nei contratti previsti dall'art. 3(1) DCD nel senso di ritenere che tutte le volte che il consumatore remunera la controparte attraverso i suoi dati personali, la sua manifestazione di volontà deve avere a pena di invalidità quegli specifici requisiti previsti dall'art. 4, n. 11 GDPR.

5.2.3. In particolare sui limiti imposti dalla legge: i caratteri che impongono di distinguere i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni

Deve in secondo luogo osservarsi una particolarità fondamentale che risiede proprio *nei limiti imposti dalla legge* (della cui esistenza accennavamo prima) e che apre al contempo al *profilo del controllo sulla causa*, di cui parleremo fra breve (v. *infra* par. 5.2.6).

Per previsione di legge, i dati personali non sono come il denaro né come la generalità dei beni. Perché, mentre il denaro e la generalità dei beni, quando sono consegnati in esecuzione di un contratto, possono essere generalmente utilizzati da chi li riceve in qualunque modo (fuori da casi particolari, es. il denaro nel caso del mutuo di scopo, dove tuttavia ad imprimere la destinazione è in quel caso il regime del contratto, non già quello del denaro), i dati personali non possono essere – mai – in conseguenza del loro stesso regime imperativamente trattato dal GDPR, trattati da chi li raccoglie in qualunque modo e per qualunque finalità ma solo nei modi e per le finalità consentiti dal GDPR.

Anche se chi li raccoglie è l'operatore economico dei contratti previsti nella DCD.

I dati personali hanno un loro proprio regime – indipendente dal contratto ed intangibile da parte del contratto – che obbliga imperativamente il titolare del trattamento al rispetto di obblighi e divieti stringenti innanzitutto in ordine alle finalità del trattamento, e poi (e in conseguenza di ciò) in ordine alle modalità del trattamento.

Vengono in considerazione in proposito tutti i principi di cui all'art. 5 GDPR, e, per quanto ci preme più marcatamente qui sottolineare, le chiare disposizioni dell'art. 5, par. 1 lettere a) e b) del GDPR, per cui i dati personali devono essere *trattati in modo lecito, raccolti per finalità legittime e successivamente trattati in un modo che non sia incompatibile con tali finalità.*

In questo senso, deve affermarsi con nettezza che i dati personali *non sono generalmente assimilabili alla moneta e a nessun'altro bene*, pur rimanendo vero il loro ruolo di remunerazione all'interno dello schema di questi contratti, nel senso detto (v. *retro* par. 2 e 4 e, ancora, *infra* par. 5.2.4).

Si tratta di un aspetto che non risulta sufficientemente messo a fuoco dalla dottrina, che, comunemente, si attarda su altri aspetti, come il carattere c.d. non rivale dei dati personali⁴⁷.

Per impostare l'analisi giuridica sui contratti nei quali il consumatore fornisce o si impegna a fornire i suoi dati personali è viceversa essenzialmente rilevante mettere in luce i limiti di legge imperativi, inderogabili e del tutto peculiari che riguardano il trattamento dei dati personali. Ossia la questione del loro peculiare *regime giuridico* che distingue nettamente i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni.

⁴⁷ V. però V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit., p. 145 ss. e 152 ss., che correttamente evidenzia come anche nell'ambito della circolazione governata da rapporti contrattuali il dato personale "circola «protetto»".

Posta in luce la particolarità e l'*unicità* del regime generale inderogabile dei dati personali (approntato dal GDPR), risulta anche meramente suggestiva e *giuridicamente* inservibile la ricorrente comparazione dei dati personali al petrolio o ad altri beni.

Possiamo pertanto conclusivamente convenire intorno alla *necessità* imposta dalle norme del GDPR di guardare alle *modalità e alle finalità del trattamento* dei dati personali per comprendere ciò che distingue i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni *anche nella prospettiva dello scambio contrattuale e della c.d. monetizzazione.*

Tale necessità rimane intatta anche quando i dati personali costituiscono per contratto remunerazione di prodotti o servizi, o vengano ceduti (da chi li ha raccolti o dallo stesso interessato) a terzi dietro compenso o a titolo gratuito.

Quest'ultima ipotesi (la cessione dietro compenso o a titolo gratuito) non è contemplata dalla DCD, ma va nondimeno tenuta in considerazione, perché è invece già espressamente contemplata – come visto – da altre fonti (v. *retro*, par. 2, a proposito del *Data Governance Act* e della proposta di *Data Act*) e perché, inoltre, anche essa impone di individuare la base del trattamento ai sensi dell'art. 6 GDPR, motivo per il quale nel successivo paragrafo (v. *infra* par. 5.2.4) tratteremo di questa ipotesi insieme alle altre due.

5.2.4. La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per comprendere la funzione o causa del consenso come atto di autonomia: la fornitura di dati personali in funzione servente ('dati serventi'), in funzione remunerativa ('dati remuneranti') e come prestazione caratteristica del contratto. La granularità causale

Venendo alla base del consenso *privacy*, guardare alle *finalità* del trattamento dei dati personali è necessario *per comprendere la funzione o causa del consenso* di cui all'art. 6(1)(a) GDPR *come atto di autonomia.*

Tradizionalmente, le «specifiche finalità» di cui all'art. 6(1)(a) GDPR (base del consenso) sono state considerate nell'ottica del *consenso informato*. L'interessato deve conoscere - prima di dare il consenso - le specifiche finalità. Ed è senz'altro giusto. *Ma non è tutto.* Perché le specifiche finalità vanno considerate a nostro avviso anche nell'ottica della *causa o funzione* del consenso, inteso come *atto di autonomia.* Questo è il punto fondamentale. L'interessato dà il suo consenso *affinché, perché* i





suoi dati vengano trattati per specifiche finalità e non per altre.

Non possiamo dilungarci in questa sede sulle diverse e non perfettamente sovrapponibili versioni delle diverse lingue ufficiali del GDPR dedicate alla definizione di consenso di cui all'art. 4 n. 11 GDPR e nella formula dell'art. 6(1)(a) GDPR.

Qui è sufficiente osservare che anche nella versione italiana *non c'è dubbio alcuno che si tratti di una manifestazione di volontà libera e rivolta a un fine, dunque che si tratti di un atto di autonomia.*

Come atto di volontà libera rivolto a un fine, quindi, deve ammettersi che *un fine c'è*, che c'è una funzione, una causa, e *dunque* una previsione di essa da parte della legge; e *dunque e necessariamente* un controllo su di essa da parte della legge.

E deve trattarsi, naturalmente, di un fine particolare, ciò che permette di distinguere la base del consenso da quella dell'esecuzione del contratto, di cui alla lettera b) della medesima previsione del Regolamento (art. 6(1)(b) GDPR).

Per spiegare *sul piano funzionale* (quello che ci preme mettere qui in luce) la differenza tra le due basi, possiamo far riferimento alle istruttorie avviate nell'ottobre dello scorso anno dal Garante privacy italiano (e non ancora chiuse alla data in cui chiudiamo il presente contributo)⁴⁸ aventi ad oggetto l'iniziativa di alcuni editori di giornali *online* di prevedere un *banner* che comunica ai potenziali lettori che la lettura del giornale digitale potrà avvenire, a loro scelta, dietro il pagamento di un prezzo in denaro o dietro l'accettazione di *cookie* di profilazione di terze parti.

La vicenda, che riguarda *la Repubblica* e altre testate (le quali in realtà hanno seguito la strada già imboccata da *Le Monde* in Francia), offre effettivamente l'occasione per fare il punto sull'applicazione del GDPR, da un lato, e la tenuta del nuovo assetto normativo disegnato dalla DCD, dall'altro lato.

Per orientarsi, può essere utile proporre una distinzione tra due tipologie di dati personali, che possiamo chiamare «dati serventi» e «dati remuneranti». La distinzione, naturalmente, non attiene ai dati in sé considerati, ossia allo specifico oggetto

delle relative informazioni⁴⁹, bensì alla funzione per la quale essi sono forniti dall'interessato e raccolti dal titolare.

Possiamo dire che alla prima categoria appartengono quei dati che hanno una funzione servente rispetto all'adempimento di un'obbligazione, e la cui fornitura, o permesso di raccolta, corrisponde, nella teoria delle obbligazioni, all'obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione.

L'esempio classico è quello del dato personale consistente nell'indirizzo del consumatore nella vendita che prevede a carico del venditore l'obbligazione di consegna del bene al domicilio del consumatore. Oppure si può fare l'esempio dei dati personali sulla visione dei film su Netflix, rispetto all'obbligazione contrattuale di Netflix di fornire dei consigli di visione all'utente. Anche questi sono dati serventi, nella misura in cui permettono una profilazione dell'utente funzionale al servizio fornito da Netflix e contrattualizzato con il cliente.

Nell'impianto del GDPR, la base del trattamento dei dati serventi è, coerentemente, quella dell'esecuzione dei contratti di cui art. 6(1)(b) e ben si spiega, di conseguenza, che non sia necessario un consenso *ad hoc* per il trattamento dei dati serventi, tanto meno un consenso revocabile.

I «dati remuneranti», invece, sono quei dati che, in luogo di un prezzo in denaro, o insieme ad un prezzo in denaro, costituiscono la remunerazione (totale o parziale) di una prestazione cui sia tenuto un debitore, tipicamente per contratto. Come abbiamo visto, la DCD contempla proprio contratti siffatti, ossia contratti nei quali il consumatore acquista contenuti digitali fornendo dati personali.

A nostro avviso, a questa tipologia di contratti rispondono anche le offerte delle testate *online* di cui all'oggetto delle riferite istruttorie. In questo caso, infatti, l'eventuale consenso dei lettori a far raccogliere i loro dati personali attraverso *cookie* di terze parti non serve lo scopo di consentire all'editore l'esecuzione della sua prestazione (consentire l'accesso agli articoli) ma costituisce la remunerazione di tale prestazione, perché l'editore può monetizzare questo consenso facendosi pagare in denaro dalle terze parti che installano i *cookie*.

Nel sistema del GDPR, la base del trattamento dei dati remuneranti sembra essere quella del consenso per specifiche finalità ex art. 6(1)(a), e alla relativa disciplina bisogna sicuramente far riferimento nella specifica materia dei *cookie* per coordinarsi con le previsioni del consenso previsto dalle disposizioni nazionali contenute nel D.lgs.

⁴⁸ Facciamo riferimento ai tre comunicati stampa del Garante per la protezione dei dati personali italiano del 18.10.2022, del 21.10.2022 e del 12.11.2022 su cui v. la notizia n. 11 nella Rubrica *Diritto e nuove tecnologie*, in *Persona e mercato*, 4/2022, p. 715 ss.: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf> e, sul sito del Garante ai seguenti link: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9822601>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9816536>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9815415>.

⁴⁹ Sulle nozioni di informazioni e dati a proposito della definizione di dati personali, sia consentito il rinvio a S. ORLANDO, *Data vs. Capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4/2022, p. 14 ss., spec. p. 26 ss.

196/2003 c.d. Codice *privacy*⁵⁰ adottate in attuazione della direttiva 2002/58/CE c.d. e-privacy⁵¹.

Il consenso previsto come base del consenso dall'art. 6(1)(a) GDPR contempla il diritto di revoca da parte dell'interessato, con effetti *pro futuro*.

Comprensibilmente, per la delicatezza e la novità del fenomeno, da più parti si è manifestata l'esigenza di linee guida sulle nuove opportunità e sui nuovi obblighi che gli editori digitali hanno nel quadro normativo arricchito dalla direttiva DCD, considerando che in tale nuovo quadro non soltanto bisogna mettere i potenziali lettori in condizione di prestare il loro consenso in modo libero, consapevole e inequivocabile, ma anche bisogna renderli edotti che si sta chiedendo loro di concludere un contratto che prevede l'acquisto di contenuti digitali in cambio del potere di trattare i loro dati personali per specifiche finalità; ed al contempo occorre informarli del loro diritto di revocare il consenso e delle relative conseguenze. E si è osservato che, attesa la dimensione europea delle normative interessate, oltre all'annunciato intervento del Garante Privacy italiano, sarebbe auspicabile una presa di posizione del Garante europeo e dello EDPB (*European Data Protection Board*).

Naturalmente, questa apertura non comporta affatto che i contratti che prevedono la fornitura dei dati personali in funzione remunerante possano consentire qualunque finalità e modalità di trattamento dei dati personali. Tutto al contrario: questa apertura *in tanto* è ammessa ed è stata operata dall'ordinamento europeo, *in quanto* (come ribadito in tutte le fonti) venga rispettato il GDPR, che, come detto, costituisce il *regime speciale ed imperativo dei dati personali* (v. *retro*, par. 5.2.3).

Va in proposito sottolineato che il regime speciale ed inderogabile dei dati personali approntato dal GDPR comprende la revocabilità del consenso *ma non si esaurisce affatto nella revocabilità del consenso*, perché comprende tutte le altre norme imperative sul trattamento dei dati a partire da tutti i principi di cui all'art. 5 GDPR. Ai fini del discorso che ci preme coltivare in questo intervento sulla liceità ed illiceità del consenso, svilupperemo qui di seguito *in particolare* l'esame della regola contenuta nel principio di limitazione di cui all'art. 5(1)(b) GDPR che *prescrive* che i dati personali vengano raccolti per finalità di trattamento *legittime* (v. *infra* par. 5.2.6). Ma il rilievo è generale e riguarda tutti i

principi di cui all'art. 5(1) GDPR ossia tutte le norme del GDPR che fissano lo *statuto dei dati personali*. Esso deve essere interamente rispettato dai contratti nei quali, secondo la previsione della DCD il consumatore fornisce o si impegna a fornire i suoi dati personali in luogo o insieme ad un prezzo. Sembra opportuno ribadirlo: a tutelare l'interessato nel caso dei contratti di cui discutiamo non c'è soltanto la revoca del consenso.

Le stesse identiche considerazioni vanno fatte a proposito di quei contratti, non previsti dalla DCD, ma previsti da altre fonti (*Data Governance Act* e proposta di *Data Act*: v. *retro*, par. 2), nei quali la fornitura dei dati personali costituisce l'oggetto della prestazione caratteristica in contratti a titolo oneroso o gratuito (c.d. altruismo dei dati).

Anche per questi contratti, la base del consenso deve intendersi articolata e declinata unitariamente come consenso contrattuale al quale l'art. 4, n. 11 GDPR impone un requisito di manifestazione 'rafforzata' della volontà del contraente-interessato. Ed anche per questi contratti varranno tutte le norme imperative sul trattamento dei dati personali, i principi di cui all'art. 5 GDPR e, come detto, la regola della revocabilità del consenso, la quale – lo diciamo qui incidentalmente – è pienamente compatibile con la teoria del contratto, ed in particolare è ben inseribile all'interno dell'amplissima ed articolata fenomenologia ordinamentale del recesso legale⁵².

In altre parole, ed in sintesi, *l'autonomia contrattuale è – nell'ambito della circolazione dei dati personali – modellata dallo statuto imperativo ed inderogabile dei dati personali approntato dal GDPR*.

Comprendere che l'autonomia contrattuale è in quest'ambito - come d'altronde in ogni ambito – necessariamente limitata, e, in particolare che in questo ambito essa è modellata dai divieti e dagli obblighi che disegnano il regime imperativo dei dati personali di cui al GDPR, non è ancora tutto, perché deve ancora comprendersi e valutare *per quale ragione l'interessato presta il suo consenso*.

In proposito è importante osservare che *non basta* dire, quanto ai dati remuneranti, che la loro fornitura serve "per comprare un servizio", così come *non basta* dire, quanto ai dati che formano l'oggetto della prestazione caratteristica di contratti a titolo oneroso o gratuito, che la loro fornitura serve "per ricevere soldi" (contratti a titolo oneroso) o "per altruismo" (contratti a titolo gratuito), perché le «specifiche finalità» del trattamento - che il GDPR im-

⁵⁰ Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n.196 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali".

⁵¹ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

⁵² È sufficiente qui citare, per l'importanza che ha assolto nel segnalare nell'ordinamento italiano la pluralità di funzioni e (di conseguenza) di regimi delle numerose figure di recesso legale, l'opera collettanea *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, Giuffrè, 1994.





pone di indicare nell'atto di consenso, ai sensi dell'art. 6(1)(a) – *devono entrare per legge*, ossia sulla base della richiamata previsione prescrittiva del GDPR – *all'interno della causa del negozio*; e, per quanto qui importa osservare, di tutti i contratti: sia i contratti previsti dalla DCD, che prevedono un accordo sul trattamento dei dati personali per specifiche finalità in funzione remunerante; sia gli altri contratti, nei quali (come previsto dal *Data Governance Act* e dalla proposta di *Data Act*) la fornitura dei dati personali a titolo oneroso o gratuito costituisce la prestazione caratteristica, e dove, nondimeno, colui ai quali vengono forniti i dati acquista precisamente il potere di utilizzarli solo per specifiche finalità e nella cornice del regime prescrittivo disegnato dal GDPR.

Si impone così, nell'esame della causa in concreto di tutti questi contratti, una valutazione *analitica* sulle finalità di trattamento, che, non a caso, devono essere «specifiche», nella previsione dell'art. 6(1)(a) GDPR, ossia specificamente asseverabili.

L'interessato deve volere quelle finalità di trattamento ed esse devono essere legittime. Ed infatti nessuno dubita che l'art. 5(1)(b) GDPR che impone che i dati personali debbano essere raccolti per finalità "legittime" si applichi anche in costanza della base del consenso.

Dobbiamo dunque necessariamente concludere che le specifiche finalità di trattamento relativamente alle quali viene prestato il consenso devono essere come minimo *volute e legittime*.

In questo contesto, è importante sottolineare altresì qualcosa che viene generalmente ignorato - mi riferisco soprattutto al fenomeno del *tying* e al settore della pubblicità personalizzata - ossia che *gli interessati possono avere e manifestare uno specifico interesse a che i loro dati personali siano trattati per certe finalità*.

A dispetto di quanto si è mossi a credere sulla scorta di convinzioni sedimentatesi in un'epoca nella quale la dimensione del digitale non aveva ancora assunto quella connotazione *esistenziale* che oggi è viceversa oggettivamente riscontrabile ed innegabile, è ravvisabile uno specifico interesse delle persone al trattamento dei loro dati personali, anche relativamente ai fenomeni del *marketing*. L'argomento meriterebbe una più ampia trattazione⁵³. Qui ci limitiamo a dire che, se storicizziamo il fenomeno del *marketing* e comprendiamo che esso ha ormai da decenni superato la dimensione della pubblicità per assumere quella della comunicazione, si tratta di un

interesse delle persone - che vivono una vera e propria dimensione esistenziale *online* - alla *comunicazione personalizzata* e ai *contenuti digitali*: ossia che si tratta di un interesse delle persone a trovare, a rimanere dentro (o a non essere esclusi da) *il proprio posto nell'ecosistema digitale*.

Nell'ambito del diritto euro-unitario (cui dobbiamo idealmente sempre far riferimento per non incorrere nell'errore di ragionare solo con categorie proprie dell'elaborazione del diritto italiano senza chiederci quale riscontro vi si possa ritrovare nelle fonti del diritto europeo in termini di regole o principi) il GDPR *impone* di stabilire in particolare quali specifiche finalità di trattamento possano definirsi «legittime» e quali, *a contrario*, «illegittime»: art. 5(1)(b) GDPR.

Il punto è - come ben si può intuire - quello di evitare abusi da chi raccoglie dati personali facendo leva sull'interesse delle persone a ricevere contenuti digitali e a vivere nell'ecosistema digitale (interesse ormai diventato autenticamente ed innegabilmente esistenziale, come osservato) e di distinguere dunque tra finalità di trattamento legittime ed illegittime (v. *infra*, par. 5.2.6), ed in ogni caso - anche tra quelle legittime - tra quelle volute e quelle non volute dall'interessato (v. *infra*, par. 5.2.5).

Con un approccio che deve - di conseguenza - tendere a far emergere dalla formula dell'art. 6(1)(a) GDPR una *granularità causale* dell'atto di consenso, quanto meno relativamente: (i) a specifiche finalità di trattamento che l'interessato manifesti di voler scegliere o scartare tra quelle legittime (posto che l'interessato ben può manifestare di non volere specifiche finalità di trattamento pur legittime); e (ii) a specifiche finalità di trattamento illegittime, affidate (nell'epoca dell'intelligenza artificiale) a determinati algoritmi che sono individuabili per la loro idoneità a trattare i dati personali per il perseguimento di finalità illegittime.

Prima di esaminare questi ulteriori aspetti, per concludere con una riassuntiva indicazione normativa di quanto ha tratto oggetto del presente paragrafo, possiamo dire che:

- l'art. 6(1)(a) GDPR è (i) la base del trattamento dei «dati remuneranti» come nelle ipotesi previste dalla DCD, e anche (ii) la base del trattamento dei dati personali che formano l'oggetto della prestazione caratteristica in quei contratti (non previsti dalla DCD ma previsti dal *Data Governance Act* e dalla proposta di *Data Act*) che ne contemplano la fornitura a titolo oneroso o a titolo gratuito. In tutti questi casi, il consenso è un consenso contrattuale al trattamento dei dati personali per specifiche finalità, che deve avere, quanto alla manifestazione di volontà dell'interessato, i requisiti dell'art. 4, n. 11 GDPR e che è revocabile da parte dell'interessato.

⁵³ Sia consentito rinviare a S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*, 4/2022, p. 527 ss.

Entrambi i caratteri sono compatibili con la teoria dei contratti e, più generalmente, dei negozi giuridici (consenso 'rafforzato' a tutela di uno dei contraenti, recesso legale). In tutti questi casi, il contratto deve rispettare integralmente i principi e le norme imperative di cui al GDPR, ciò che può sinteticamente dirsi affermando che l'autonomia contrattuale nella materia della circolazione dei dati personali è modellata sullo statuto inderogabile dei dati personali disegnato dal GDPR;

- l'art. 6(1)(b) GDPR è la base del trattamento dei «dati serventi». In queste ipotesi, la fornitura dei dati risponde all'obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione, fermo restando, anche in questo caso, che il potere del contraente che riceve i dati personali è funzionalmente qualificato e limitato (all'esecuzione del contratto). Inoltre, seppure in queste ipotesi non c'è un consenso revocabile da parte dell'interessato, il contraente titolare del trattamento rimane pur sempre obbligato al rispetto di tutte le norme e i principi del GDPR che disegnano lo statuto inderogabile dei dati personali.

5.2.5. (segue) sulla granularità causale anche all'interno di fasci di finalità di trattamento legittime. In particolare, le norme del DSA che prevedono il consenso degli utenti sui parametri del targeting e sui parametri dei sistemi di raccomandazione.

Che la normativa europea vada nella direzione di attribuire rilevanza alla granularità causale dei negozi attraverso i quali gli interessati esprimono il loro consenso al trattamento dei loro dati personali⁵⁴ trova conferma nel regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act*, "DSA")⁵⁵, che, da ultimo, ha previsto che i destinatari dei servizi di piattaforme online possano modificare i parametri della pubblicità ad essi rivolta⁵⁶ così come le opzioni che in-

⁵⁴ Cfr. P. STANZIONE, *Conclusioni*, cit. p. 162.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁵⁶ L'art. 26 DSA rubricato *Pubblicità sulle piattaforme online* così prevede al par. 1 lett. d): "1. I fornitori di piattaforme online che presentano pubblicità sulle loro interfacce online provvedono affinché, per ogni singola pubblicità presentata a ogni singolo destinatario, i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro, conciso, inequivocabile e in tempo reale quanto segue [...] d) informazioni rilevanti direttamente e facilmente accessibili dalla pubblicità relative ai parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene presentata la pubblicità e, laddove applicabile, alle modalità di modifica di detti parametri".

fluenzano i parametri dei sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine delle informazioni ad essi presentate⁵⁷.

In questo contesto, appare inoltre rilevante osservare come già nella sopra citata sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018 si sottolineava che il requisito della specificità del consenso al trattamento dei dati personali debba essere inteso nel senso di ritenere normativamente necessaria quanto meno l'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari sono riferiti, e che, viceversa, al fine dell'assolvimento di quel requisito non possa ritenersi sufficiente una generica indicazione della finalità di inviare non meglio identificati messaggi pubblicitari⁵⁸.

5.2.6. La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per valutare anche se esse siano legittime e per giudicare sulla validità/invalidità (totale o parziale) del consenso prestato per finalità illegittime.

Veniamo così al terzo motivo per cui appare necessario guardare alle specifiche finalità di trattamento.

⁵⁷ L'art. 27 DSA rubricato *Trasparenza dei sistemi di raccomandazione* così reca: "1. I fornitori di piattaforme online che si avvalgono di sistemi di raccomandazione specificano nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare o influenzare tali parametri principali. 2. I principali parametri di cui al paragrafo 1 chiariscono il motivo per cui talune informazioni sono suggerite al destinatario del servizio. Essi comprendono i seguenti elementi minimi: a) i criteri più significativi per determinare le informazioni suggerite al destinatario del servizio; b) le ragioni per l'importanza relativa di tali parametri. 3. Qualora siano disponibili diverse opzioni a norma del paragrafo 1 per i sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine relativo delle informazioni presentate ai destinatari del servizio, i fornitori di piattaforme online rendono disponibile anche una funzionalità che consente al destinatario del servizio di selezionare e modificare in qualsiasi momento l'opzione preferita. Tale funzionalità è direttamente e facilmente accessibile dalla sezione specifica dell'interfaccia online della piattaforma online in cui alle informazioni è data priorità".

⁵⁸ Cass. 17278/2018, punto 2.6 "[...] Inoltre, ritiene il Collegio, perché il consenso possa essere detto specifico, che esso, per la contraddizione che non lo consente, non possa essere genericamente riferito a non meglio identificati messaggi pubblicitari, sicché colui il quale abbia chiesto di fruire di un servizio di informazioni giuridico-fiscali, si debba vedere poi raggiunto da pubblicità di servizi o prodotti non attinenti alle ricerche effettuate. È allora specifico, per questo aspetto, il consenso se riferito 'ad un trattamento chiaramente individuato', il che comporta la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti".



Un controllo sulla funzione o fine degli atti di autonomia privata avviene in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri della UE, sia che si impieghi il termine «causa» sia che non lo si impieghi o che non lo si impieghi più (come nel caso dell'ordinamento francese: là adesso si dice *but*, fine, ma la riforma ha confermato il controllo di liceità sul *but*)⁵⁹. Nel caso dell'atto di autonomia in che consiste il consenso al trattamento dei dati personali, deve ritenersi che il GDPR prevede che esiste un fine del consenso al trattamento, individuato come detto nelle «specifiche finalità» nell'art. 6(1)(a). E poi abbiamo visto che il GDPR prevede la doverosità che i dati siano raccolti per «finalità legittime» (art. 5(1)(b) GDPR), e dunque, implicitamente distingue tra *finalità legittime* e *finalità non legittime*.

Lo stesso deve dirsi a proposito degli artt. 9 e 22 GDPR relativamente al «consenso esplicito» contemplato in quegli articoli.

Senza girarci intorno, riteniamo che sia necessario affermare un'interpretazione degli artt. 6, 9 e 22 GDPR funzionalmente orientata che consenta di stabilire l'invalidità totale o parziale del consenso (anche del consenso esplicito) laddove sia rivolta a finalità di trattamento illegittime.

In particolare, quanto all'art. 6 par.1 lett. a) GDPR, riteniamo che esso debba interpretarsi nel senso che esso sottintenda necessariamente l'aggettivo «legittime» quando parla di «specifiche finalità»⁶⁰; come d'altronde la successiva lettera b) deve interpretarsi nel senso che esso sottintenda necessariamente l'aggettivo «lecito» quando parla di «contratto», perché davvero non potrebbe sensatamente ritenersi che la base del trattamento possa consistere in questo caso nell'esecuzione di un contratto illecito.

Allo stesso modo – dunque - deve ritenersi che non possa essere valido il consenso come base di trattamento se è rivolto a specifiche finalità illegittime.

D'altronde, nessuno dubita, ed anzi è ribadito continuamente nelle linee guida, che i principi dell'art. 5 GDPR si applichino sempre, anche in costanza di dati personali trattati sulla base del con-

senso. Si ricorda in proposito che l'art. 5.1 a) GDPR impone la liceità e la correttezza del trattamento, e l'art. 5.1 b) GDPR, relativamente al principio di limitazione, impone che i dati personali siano raccolti per finalità legittime.

Se questo è sicuro, *va dunque contrastata e superata la concezione circolare e formalistica per la quale il trattamento è lecito se ricorre la base del consenso, senza guardare altro che i requisiti di libertà, specificità, informazione ed inequivocabilità del consenso, ossia senza guardare alla funzione, al fine, alla causa per la quale il consenso è prestato e che si ricava dalle specifiche finalità del trattamento.*

La base del consenso sub art. 6.1 a) non può essere il semplice consenso, sia pure libero, specifico, informato ed inequivocabile, perché un simile consenso potrebbe essere reso per qualsiasi finalità di trattamento, anche illegittima: deve essere invece un consenso siffatto (ossia libero, specifico, informato ed inequivocabile) ma in più reso per specifiche finalità di trattamento legittime.

Dunque una giustificazione funzionale deve esserci per la base del consenso, come a ben vedere c'è, per *tutte* le altre basi ex art. 6 GDPR.

Piuttosto, come detto, va promossa, insieme all'idea del requisito della granularità del *consenso*, l'idea della «granularità delle finalità» o granularità causale, che è la specificità delle finalità («specifiche finalità») vista nella dimensione della causa e non solo in quella (pur necessaria) della sola volontà informata, e affermare che solo alcune finalità sono ammesse dall'ordinamento in quanto lecite. Ai fini del controllo sulla legittimità delle finalità non basta dire genericamente «finalità di profilazione», «finalità di *marketing*», «finalità di *targeting*»⁶¹.

Allo stesso modo, deve ritenersi con riferimento al «consenso esplicito» di cui all'art. 9, par. 2 lett. a) e all'art. 22 par. 2 lett. c) GDPR.

Quanto al consenso esplicito previsto per le particolari categorie di dati dall'art. 9 GDPR è significativo osservare che esso è idoneo a vincere il divieto del trattamento dei medesimi dati *solo ove ciò non sia in contrasto* con il diritto dell'Unione o degli Stati membri⁶². Come può ben vedersi, qui è lo stesso GDPR che pone un limite di validità al consenso esplicito per contrasto con altre fonti: che è quanto dire che il consenso esplicito in tali casi (pur

⁵⁹ Cfr., da ultimo e per tutti, R. FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, Milano, 2022, p. 267 ss.

⁶⁰ Che la determinata finalità del trattamento per la quale l'interessato acconsente al trattamento debba essere «legittima» è previsto espressamente anche nel nuovo regime dell'altruismo dei dati predisposto dal *Data Governance Act*. V. art. 21(1)(a) DGA: «1. Un'organizzazione per l'altruismo dei dati riconosciuta informa in maniera chiara e facilmente comprensibile gli interessati o i titolari dei dati, prima di qualsiasi trattamento dei loro dati, in merito: a) agli obiettivi di interesse generale e, se opportuno, alla finalità determinata, esplicita e *legittima* per cui i dati devono essere trattati, e per i quali acconsentono al trattamento dei loro dati da parte di un utente dei dati».

⁶¹ Sia consentito rinviare a S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit.

⁶² Art. 9(2)(a) GDPR: «2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1».



se esplicito, per l'appunto, e anche libero, informato, specifico, non ambiguo) sarebbe *illecito* e dunque invalido.

Allo stesso modo – anche se non si può in questa sede sviluppare l'argomento come meriterebbe – deve ritenersi che, allorquando l'art. 22 GDPR prevede che il consenso esplicito possa vincere il divieto contenuto nel primo comma del medesimo articolo, *sottintenda* anch'esso che tale consenso è idoneo a vincere il divieto *solo ove ciò non sia in contrasto* con il diritto dell'Unione o degli Stati membri⁶³.

Anche per il consenso esplicito dell'art. 22 GDPR deve contemplarsi l'ipotesi della illiceità.

Non si vede, d'altronde, come potrebbe definirsi valido un consenso - laddove anche esplicito, libero, informato, specifico e non ambiguo - prestato per finalità di trattamento illegittime in quanto contrastanti con il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette ex art. 5 direttiva 2005/29/CE (dati personali raccolti e utilizzati per finalità di distorsione comportamentale dei consumatori) o in quanto contrastanti con il divieto di porre in essere pratiche fuorvianti ai sensi dell'art. 25 del *Digital Services Act* (dati personali trattati per finalità di distorsione comportamentale su piattaforme online, anche fuori dai casi di applicazione del divieto delle pratiche commerciali scorrette), o in quanto contrastanti con i divieti degli articoli 28(2) e 26(3) del medesimo DSA (dati personali raccolti per trattamento di profilazione per finalità di pubblicità sulle piattaforme *online* destinate ai minori, o altrimenti basato sulle particolari categorie di dati di cui all'art. 9(1) GDPR), o in quanto contrastanti con il divieto dell'art. 12(1) della proposta di regolamento relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica COM(2021) 731 *final* del 25.11.2021 (dati personali raccolti per l'impiego in tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità politica che comportano il trattamento delle particolari categorie di dati di cui all'art. 9(1) GDPR), o in quanto contrastanti con il divieto di utilizzare determinati sistemi di intelligenza artificiale, previsto dall'art. 5 della proposta di *Artificial Intelligence Act*⁶⁴ (dati personali raccolti per addestrare sistemi di intelligenza artificiale la cui immissione sul mercato, messa in servizio e uso sono vietati ai sensi di quella disposizione)⁶⁵.

⁶³ D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in corso di pubblicazione.

⁶⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione COM(2021) 206 *final* del 21 aprile 2021.

⁶⁵ Sia consentito rinviare a S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 3/2022, p. 346 ss.

5.2.7. Le sfide costruttive

Molteplici sono le sfide ermeneutiche presentate dai contratti con i quali gli interessati forniscono o si impegnano a fornire dati personali; e molto più numerose di quelle cui si è fatto cenno in questa relazione. Basti pensare ai temi relativi all'interpretazione, all'integrazione e all'esecuzione di questi contratti.

Cionondimeno, come già indicato relativamente alle questioni fin qui velocemente toccate, l'orientamento per affrontarli è *sempre lo stesso*. Esso è chiaro ed univoco: tutti questi temi devono essere affrontati a partire dallo *statuto inderogabile dei dati personali* approntato dal GDPR, che costituisce un vero e proprio regime imperativo. Esso, con i suoi precetti, modella l'autonomia contrattuale nel settore della circolazione dei dati personali, consentendo *in quest'ambito* di imprimere una precisa fisionomia alle regole del diritto europeo dei contratti; con un'azione della quale non possiamo non notare una portata che non è esagerato definire epocale. Fuor di retorica, intendiamo dire che il GDPR consente e *per la prima volta impone* ai giuristi europei una riflessione volta ad una elaborazione *unitaria* (nel senso del diritto dell'Unione europea) sugli atti di autonomia privata e sui contratti in particolare.

Questa volta non si tratta per i giuristi di un'opzione, di una semplice possibilità di confronto culturale, come tante ce ne sono state in passato. Si tratta invece di un *dovere ermeneutico* (nel senso dell'interpretazione in funzione applicativa) imposto dalla prevalenza, ribadita prescrittivamente in ogni fonte normativa, del GDPR sulle altre fonti⁶⁶.

⁶⁶ Quanto al *Data Governance Act*, cfr.: art. 1(3) ("Il diritto dell'Unione e nazionale in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione al presente regolamento. In particolare, il presente regolamento non pregiudica i regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e le direttive 2002/58/CE e (UE) 2016/680, anche per quando riguarda i poteri e le competenze delle autorità di controllo. In caso di conflitto tra il presente regolamento e il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali o il diritto nazionale adottato conformemente a tale diritto dell'Unione, prevale il pertinente diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali. Il presente regolamento non crea una base giuridica per il trattamento dei dati personali e non influisce sui diritti e sugli obblighi di cui ai regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 o alle direttive 2002/58/CE o (UE) 2016/680"); art. 25(3) ("Qualora siano forniti dati personali, il modulo europeo di consenso all'altruismo dei dati garantisce che gli interessati possano dare e revocare il proprio consenso a una specifica operazione di trattamento dei dati conformemente alle prescrizioni di cui al regolamento (UE) 2016/679"); Considerando 4 ("...In caso di conflitto tra il presente regolamento e il diritto dell'Unione in materia di prote-



zione dei dati personali o del diritto nazionale adottato conformemente a tale diritto dell'Unione, il pertinente diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali dovrebbe prevalere ...”; Considerando 31 (“...In tale contesto è importante riconoscere che i diritti a norma del regolamento (UE) 2016/679 sono diritti personali dell'interessato e che quest'ultimo non può rinunciarvi ...”); Considerando 35 (“Il presente regolamento dovrebbe lasciare impregiudicati l'obbligo incombente ai fornitori di servizi di intermediazione dei dati di rispettare il regolamento (UE) 2016/679 e la responsabilità delle autorità di controllo di garantire il rispetto di tale regolamento. Qualora i fornitori di servizi di intermediazione dei dati trattino dati personali, il presente regolamento non dovrebbe pregiudicare la protezione degli stessi. Qualora siano titolari del trattamento o responsabili del trattamento dei dati quali definiti nel regolamento (UE) 2016/679, i fornitori di servizi di intermediazione dei dati sono vincolati dalle norme di tale regolamento”); Considerando 44 (“...per qualsiasi questione che richieda la valutazione della conformità al regolamento (UE) 2016/679, l'autorità competente per i servizi di intermediazione dei dati dovrebbe, se del caso, chiedere all'autorità di controllo competente istituita a norma di tale regolamento di emettere un parere o una decisione”); Considerando 50: (“...Qualora siano titolari del trattamento o responsabili del trattamento dei dati ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, le organizzazioni per l'altruismo dei dati riconosciute dovrebbero rispettare le norme di tale regolamento. L'altruismo dei dati sarebbe basato in genere sul consenso degli interessati ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), e dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (UE) 2016/679, che dovrebbe rispettare i requisiti per il consenso lecito conformemente agli articoli 7 e 8 di tale regolamento. A norma del regolamento (UE) 2016/679, le finalità di ricerca scientifica potrebbero essere sostenute dal consenso in determinati settori di ricerca scientifica, laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica, o soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca. L'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) 2016/679 specifica che un ulteriore trattamento a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, considerato incompatibile con le finalità iniziali...”); Considerando 51 (“...In particolare, per qualsiasi questione che richieda la valutazione della conformità al regolamento (UE) 2016/679, l'autorità competente per la registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati dovrebbe, se del caso, chiedere all'autorità di controllo competente istituita a norma di tale regolamento di emettere un parere o una decisione”). Quanto alla proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final, cfr.: art. 1(3) (“Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, della vita privata e della riservatezza delle comunicazioni e dell'integrità delle apparecchiature terminali si applica ai dati personali trattati in relazione ai diritti e agli obblighi di cui al presente regolamento. Il presente regolamento non pregiudica l'applicabilità del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, in particolare il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE, nonché i poteri e le competenze delle autorità di controllo. Per quanto riguarda i diritti di cui al capo II del presente regolamento, e qualora gli utenti siano gli interessati di dati personali soggetti ai diritti e agli obblighi di cui a tale capo, le disposizioni del presente regolamento integrano il diritto alla portabilità dei dati di cui all'articolo 20 del regolamento (UE) 2016/679”); Considerando 7 (“... Il presente regolamento integra e lascia impregiudicato il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati e di vita privata, in particolare il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere applicata o interpretata in modo da ridurre o limitare il diritto alla pro-

Tra le sfide ermeneutiche più impegnative, c'è sicuramente quella ineludibilmente proposta dalle molte normative che impongono di *qualificare come illegittimi certi utilizzi dei dati personali*⁶⁷, in questo modo indirettamente imponendo di individuare un regime giuridico di invalidità (totale o parziale) dei medesimi contratti relativamente e limitatamente ai casi in cui l'accordo prevede specifiche finalità di trattamento dei dati personali illegittime, rispetto alle quali il consenso dell'interessato-contraente-consumatore deve ritenersi non vincolante.

Come detto, la ricerca di un simile regime non è soltanto una tra le possibili opzioni ermeneutiche, bensì è *imposta* da tutte le norme del diritto europeo dei dati che – costantemente – confermano la prevalenza del GDPR sulle altre fonti.

In particolare, come sottolineato, relativamente alla DCD, la ricerca di un regime di diritto europeo di invalidità dei contratti nei quali i dati personali assurgono ad una funzione remunerativa, è imposta dall'art. 3, par. 8 DCD: «Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1. In particolare, la presente direttiva fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo».

La delineazione di tale regime deve, a nostro avviso, procedere dalla norma di cui all'art. 7(2) GDPR dove si dispone che le dichiarazioni dell'interessato *in violazione* del GDPR *non sono vincolanti*⁶⁸.

Ciò, a nostro avviso, consente di individuare due categorie di casi nei quali il consenso non è vincolante, ed è dunque da ritenersi *invalido*:

- per l'assenza di uno dei requisiti del consenso ex art. 4, n. 11 GDPR
- per l'illegittimità delle finalità del trattamento ex art. 5(1)(b) GDPR.

Nel primo caso deve dirsi che l'atto è invalido perché il consenso manca; nel secondo che l'atto è invalido perché il consenso è illecito in quanto

tezione dei dati personali o il diritto alla vita privata e alla riservatezza delle comunicazioni...”).

⁶⁷ V. artt. 26(3) e 28(2) *Digital Services Act*; art. 5 proposta di *Artificial Intelligence Act*; artt. 6(2)(d) e 6(2)(e) proposta di *Data Act*.

⁶⁸ Art. 7(2) GDPR “Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante.”.



esprime una causa o funzione pratica illecita nella misura in cui le parti contemplano nel contratto finalità di trattamento dei dati personali illegittime.

In attesa di un – auspicabile – intervento del legislatore europeo che procuri regole sull'invalidità dei contratti che presentano queste deviazioni rispetto allo statuto dei dati personali - ossia queste violazioni del GDPR - spetta agli interpreti delineare il relativo regime. Ed è importante sottolinearlo nuovamente: anche in assenza di un espresso intervento del legislatore europeo, il problema esiste già ed è ermeneuticamente ineludibile, proprio a cagione di quella prevalenza delle norme del GDPR (sopra evidenziata) espressamente prevista in tutte le fonti, compresa la DCD.

Si sottolinea inoltre che queste ineludibili sfide costruttive indicano anche molto nettamente l'adeguatezza delle categorie negoziali proprie della tradizione giuridica di tutti gli Stati membri dell'Unione europea rispetto alle istanze di tutela della dignità e degli altri diritti fondamentali.

In particolare, la categoria dell'illiceità consente di proteggere l'interessato *da sé stesso*, permettendo di vedere l'invalidità del suo stesso consenso, anche laddove prestato con tutti i requisiti dell'art. 4, n. 11 GDPR.

E inoltre consente di proteggere anche soggetti diversi dallo stesso interessato, come nel caso in cui certi dati personali vengono raccolti per addestrare sistemi di intelligenza artificiali lesivi di diritti di soggetti *diversi* dagli interessati cui ineriscono quei dati personali: tipicamente, sistemi di intelligenza artificiale assoggettati ai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di cui all'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*.

L'illiceità è a protezione degli interessi della collettività⁶⁹, in un'ottica di protezione che *comprende e supera* i diritti e gli interessi individuali. L'illiceità negoziale, le azioni collettive e i provvedimenti di *public enforcement*: sono tutti strumenti che, mentre proteggono senz'altro i diritti fondamentali dell'interessato, servono anche, al contempo, alla protezione di interessi della collettività a partire dal controllo sulla lesività delle finalità del trattamento per soggetti terzi rispetto all'interessato-contrante e il titolare-contrante: *oltre l'interessato*.

6. Conclusione: lo *ius nostrum*

⁶⁹ Cfr. le perspicue osservazioni svolte già in epoca pre-GDPR da P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, vol. I, Milano, 2003, p. 395 ss.

Se si intende rettamente che l'autonomia contrattuale nella materia della circolazione dei dati personali è stata *già* prescrittivamente limitata (per la prevalenza del GDPR su tutte le fonti che prevedono contratti aventi ad oggetto la circolazione di dati personali, espressamente riconosciuta e ribadita dalle medesime fonti) ed è dunque da intendersi *già* modellata sullo statuto dei dati personali disegnato dal GDPR, si comprenderà come sia un problema superato quello sotteso a ricorrenti domande del tipo: cosa ne sarà dei dati personali ove affidati all'autonomia contrattuale? Quali bilanciamenti dovremo trovare tra l'autonomia privata (se vi lasciamo il campo libero) e i diritti fondamentali nella materia della circolazione dei dati personali? La dignità delle persone, che vale come limite all'iniziativa economica nel nostro ordinamento (art. 41 Cost.), può valere da limite nell'ordinamento europeo per la circolazione dei dati personali? E vale o non vale negli ordinamenti degli altri Stati membri?

Si tratta di domande inattuali, in quanto superate dalla realtà normativa. Nessun bilanciamento è richiesto, e nessun timore di dover *cominciare* – in conseguenza del riconoscimento della natura negoziale del consenso *privacy* – una discussione di questo tipo in ambito europeo è giustificato. Ed infatti, una simile discussione è stata già affrontata e risolta con la dichiarata e pacifica prevalenza del GDPR su tutte le altre fonti che prevedono la circolazione dei dati personali.

Si tratta semmai di riconoscere con franchezza che quelle dichiarazioni di prevalenza non sono state comprese fino in fondo, e sono state, non di rado (per non dire spesso), qualificate come formule proclamatorie di poco momento applicativo.

Per disinnescare questo *errato* disincanto, si deve riconoscere che il consenso al trattamento dei dati personali è un atto di autonomia privata, che l'autonomia privata è per definizione un potere limitato, e che i limiti all'autonomia privata sono segnati dalla legge. Nel campo della circolazione dei dati personali, l'autonomia contrattuale è oggi modellata e limitata dallo statuto dei dati personali di cui al GDPR.

Né si tratta di limiti tutti interni al GDPR.

Ed infatti, come visto, avendo l'art. 5(1)(b) GDPR previsto che i dati personali debbano essere raccolti per «finalità legittime», ulteriori – e non meno importanti – limiti all'autonomia privata nel campo della circolazione dei dati personali si *impongono* alla valutazione degli interpreti, esterni al GDPR (seppur richiamati in quel modo dal GDPR).

Gli interpreti, pertanto, sono chiamati a delineare (oltre ai limiti interni al GDPR posti a tutela dell'interessato) quelli previsti da tutte le altre nor-



me del diritto dell'Unione e degli Stati membri che *richiedono* (ai sensi del medesimo art. 5(1)(b)GDPR) di qualificare come illegittime determinate finalità di trattamento dei dati personali, anche per finalità di protezione di soggetti diversi dall'interessato.

Dovrà pertanto finalmente riconoscersi, oltre alla portata espansiva del *test* di legittimità richiesto dall'art. 5(1)(b)GDPR, il ruolo fondamentale della teoria del negozio giuridico in questo settore del diritto, in funzione di tutela dei diritti fondamentali.

Ossia dovrà riconoscersi che la teoria del negozio giuridico - attraverso le categorie dei limiti e dei divieti immancabilmente posti all'autonomia privata a partire da quelli ordinati a tutela di diritti fondamentali e di interessi superindividuali, e così, in particolare, attraverso le categorie della causa (funzione) e dell'illiceità - piuttosto che per umiliare l'interessato e per mercificare i dati personali, è idonea ad essere impiegata per più efficacemente realizzare (insieme agli strumenti delle azioni collettive e del *public enforcement*) le istanze di tutela tradizionalmente affidate all'idea del consenso autorizzativo⁷⁰, perché permette e impone di limitare e modellare l'autonomia privata sullo statuto dei dati personali disegnato dal GDPR ed *al contempo*, attraverso il doveroso giudizio sulla legittimità delle specifiche finalità del trattamento dei dati personali, di allargare la visuale e di includere la protezione dell'interessato all'interno della considerazione di interessi ulteriori previsti da altre fonti del diritto dell'Unione e degli Stati membri; e, dunque, di operare con strumenti più adeguati (rispetto a quelli forniti dalla teoria del consenso autorizzativo) al governo e alla dimensione dei processi dell'industria dei *big data*, i quali, come noto, si avvalgono di sistemi *software* di intelligenza artificiale al servizio di interessi economici di società dotate di risorse finanziarie e tecnologiche in alcuni casi comparabili a quelli di veri e propri Stati.

All'immagine degli individui barcollanti nelle loro armature di diritti fondamentali, mandati *da soli* allo sbaraglio verso l'agguerrita schiera delle società dativore (concezione autorizzatoria del consenso *privacy*), dobbiamo sostituire quella di un ordinamento europeo che non consente a nessuno, *nemmeno agli interessati*, che i dati personali siano utilizzati per alimentare e addestrare sistemi di intelligenza artificiale che realizzano finalità illegittime, e, *in primis*, finalità di distorsione comporta-

mentale, persecutorie o discriminatorie, anche laddove il bersaglio di tali illegittime finalità siano persone diverse dagli interessati (concezione negoziale del consenso *privacy*).

Proprio in funzione di tutela della dignità e dei diritti fondamentali di ciascuno e di tutti i consociati, il nostro tempo ci incalza a riconoscere e ad applicare le numerose norme del sorgente diritto europeo dei dati che disegnano già, con nettezza, il profilo di civiltà giuridica della *comunità* dei consociati.

Essa protegge gli individui, ma li supera in forza e in consapevolezza, e permette di combattere in suo nome le battaglie più decisive.

È il nuovo profilo della comunità degli europei, disegnato, con estro antico, dallo *ius nostrum*⁷¹.

⁷⁰ Per riferimenti essenziali sulle tesi della natura autorizzatoria e negoziale del consenso, cfr., S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 2 ss.; e, da ultimo, E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, cit., p. 89 ss.

⁷¹ Parlo di *ius nostrum* a proposito degli europei seguendo l'uso tramandato dalle Istituzioni di Giustiniano: I. 1.2.2 «[...] *Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium: nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare ius civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et ius quo populus Romanus utitur ius civile Romanorum appellamus, vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur; Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quotiens non addimus, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus: sicuti cum poetam dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Vergilius*». Ns. trad.: «Ma ciascun diritto civile prende il nome da ogni particolare comunità, come, per esempio, quella degli Ateniesi: per cui non sarebbe errato chiamare le leggi di Solone o di Dracone diritto civile degli Ateniesi. Pertanto, chiamiamo il diritto utilizzato dal popolo romano diritto civile dei Romani, o diritto dei Quiriti, perché utilizzato dai Quiriti; i Romani, infatti, da Quirino vengono chiamati Quiriti. Ma quando non specificiamo di quale comunità si tratti, ci riferiamo al nostro diritto; esattamente come accade quando si parla del poeta senza aggiungere il nome, sottintendendosi allora tra i Greci lo straordinario Omero, e presso di noi Virgilio».

