



GIUSEPPE MARINO

Ricercatore di diritto privato – Università di Palermo

## INTERNET E TUTELA DEI DATI PERSONALI: IL CONSENSO AI *COOKIE*

SOMMARIO: 1. Navigazione online, cookie e mercato dei dati personali. – 2. Il quadro normativo europeo in tema di cookie e trattamento dei dati personali online. – 3. Inequivocabilità del consenso al trattamento dei dati personali attraverso cookie di profilazione: il principio del consenso “attivo”. – 4. Specificità del consenso ai cookie: il principio del consenso separato. – 5. Questioni intorno alla libertà e all’informazione del consenso al trattamento di dati personali via cookie. – 6. La “consumerizzazione” della tutela dei dati personali: l’impatto della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette. – 7. Verso un diritto del mercato dei dati e dei comportamenti personali

1. – Il tema della tutela dei dati personali e delle regole che ne governano la circolazione campeggia oggi al centro dell’attenzione dei legislatori e delle autorità di regolazione sia europei che nazionali, viene conosciuto dalle prime pronunce giurisprudenziali e, più in generale, nutre il dibattito, non soltanto giuridico. Prospera il mercato mondiale dei dati personali, imperniato sulla crescente capacità tecnologica degli operatori del *web* di estrarre valore economico da poderose masse di informazioni e dati personali degli utenti di internet, vere e proprie “materie prime” sul controllo e sfruttamento commerciale delle quali si erige l’egemonia dei colossi dell’economia digitale.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Di sistema “dato-centrico” discorre MANTELETO, *The Future of Consumer Data Protection in the E.U. Rethinking the “Notice and Consent” Paradigm in the New Era of Predictive Analytics*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2014, 643 ss.; in tema LUNDQVIST, *Competition and Data Pools*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, 147-148, descrive in questi termini il modello di business della cd. *data-driven economy*: “*data collection is key in the ability of firms to gain and hold market power. The market power obtained by accessing or holding vast amounts of data, connected to software for predictive modelling, creates advantages for firms holding the most data, and thus constitutes a barrier to entry for newcomers*”. Sul valore economico dei dati personali si vedano MALGIERI-CUSTERS, *Pricing Privacy: The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2018, 289 ss.; VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018, 314 ss.; VAN LIESHOUT, *The value of personal data*, in Camenisch – Fischer –



Un primo ricco serbatoio dei *big data*<sup>2</sup> sono le piattaforme digitali (motori di ricerca, *social network*, servizi di comunicazione digitale, *hosting platforms etc.*), nelle quali ha visto la luce e si è diffuso in modo pervasivo un modello contrattuale *eccentrico*: a fronte della fornitura da parte del *provider* di un contenuto o servizio digitale, l'utente non è infatti tenuto a versare alcun corrispettivo in denaro, bensì acconsente a trasmettere i propri dati personali che saranno oggetto di trattamento da parte del *provider* medesimo. L'accesso e lo sfruttamento commerciale dei dati personali degli utenti invero, a ben vedere, l'interesse economico primario che remunera l'offerta di contenuti e servizi digitali dell'operatore economico. Tale schema negoziale ha trovato riconoscimento nello *ius scriptum* per la prima volta in seno alla recente direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (cd. *Digital Content and Services Directive*, *infra* indicata come *DCSD*)<sup>3</sup>: all'esito di un tormentato *iter* legislativo<sup>4</sup>, essa contempla nel proprio ambito oggettivo

---

Hübner – Hansen, *Privacy and Identity Management for the Future Internet in the Age of Globalisation*, Heidelberg, 2015, 29 ss. Nella letteratura statunitense si veda il pensiero di SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Rev.*, 2004, 2056, secondo cui “*personal information is an important currency in the new millennium. The monetary value of personal data is large and still growing, and corporate America is moving quickly to profit from this trend. Companies view this information as a corporate asset and have invested heavily in software that facilitates the collection of consumer information. Moreover, a strong conception of personal data as a commodity is emerging in the United States, and individual Americans are already participating in the commodification of their personal data*”.

<sup>2</sup>La Commissione Europea, nel parere su *Digital Single Market – Big Data*, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), così descrive il fenomeno dei *big data*: “*Big data refers to large amounts of data produced very quickly by a high number of diverse sources. Data can either be created by people or generated by machines, such as sensors gathering climate information, satellite imagery, digital pictures and videos, purchase transaction records, GPS signals, etc. It covers many sectors, from healthcare to transport and Energy*”. In dottrina cfr. HACKER – PETKOVA, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and the New Regulatory Frontiers*, in *Northwestern J. Techn. Int. Prop. L.*, 2017, 20 ss.; LEISTNER, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, a cura di Lohsse – Schulze – Staudenmayer, Oxford-Baden Baden, 2017, 27; GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Merc. conc. Reg.*, 2017, 307 ss.; MAYER – SCHONBERGER – PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's new Data Protection Regulation*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, 2016, 315 ss.; ZENO ZENCOVICH-GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, in *Conc. e Merc.*, 2016, 29 ss.; MAYER-SCHÖNBERGER – CUKIER, *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*, New York, 2013.

<sup>3</sup>Per un'osservazione analitica dei contenuti della dir. UE 2019/770 cfr. 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, 502 ss.; nonché SEIN – SPINDLER, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Parte 1 e 2*, in *ERCL*, 2019, 257-279 e 365-391.

<sup>4</sup>Com'è noto, l'art. 3 della Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di



di applicazione il contratto nel quale il consumatore, che riceve la prestazione di contenuti digitali o servizi digitali da parte dell'operatore economico, "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 [...]" (art. 3, par. 1, 2° cpv.). In questa fattispecie, la vicenda circolatoria di dati personali caratterizza l'operazione negoziale di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali<sup>5</sup>: l'interessato che presta il consenso al trattamento dei suoi dati personali è, in pari tempo, consumatore di un contenuto o servizio digitale, e non versa in cambio alcun corrispettivo pecuniario; il titolare del trattamento dei dati personali è l'operatore economico<sup>6</sup>, obbligato a fornire quel con-

---

contenuto digitale (proposta di Dir. n. 2015/0287/UE), stabiliva invece che "La presente direttiva si applica ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato". Tale previsione, dal potenziale esplosivo, aveva non a caso originato un dibattito vivacissimo sulla natura dei dati personali come controprestazione, come "moneta", in un contratto di scambio contenuti digitali-dati personali: si vedano, pur con marcata diversità di idee, SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, 74-76; METZGER, *Data as Counter Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 2 ss.; NARCISO, *Gratuitous Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *EU-CML*, 2017, 202 ss.; HELBERGER – BORGESIU – REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 1461-1463; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali, tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 75 ss., 85 ss.; LANGHANKE – SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, in *EUCML*, 2015, 218 ss. La formulazione della norma in seno alla Proposta di Direttiva ha sortito la reazione del Garante europeo della Privacy nel marzo del 2017, ("Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", del 14 marzo 2017, espressa dallo *European Data Protection Supervisor*, reperibile sul sito [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en)), che ha criticato aspramente l'equiparazione dei dati personali ad una risorsa assumibile a *counter performance* in un contratto, quale forma di pagamento sostitutiva del denaro, ribadendo la conformazione dei dati personali ad oggetto di un diritto fondamentale della persona protetto dall'art. 8 della Carta di Nizza, in quanto tale non mercificabile e "monetizzabile".

<sup>5</sup> Rispetto alla formulazione della menzionata Proposta di Direttiva del 2015, che inglobava l'oggetto della prestazione dell'operatore economico nel concetto unitario di contenuto digitale, la DCSD nella sua versione definitiva ha preferito incorporare le due categorie di "contenuto digitale" e di "servizio digitale": così la prima fa riferimento "dati prodotti e forniti in formato digitale" (*app, software, film, file* musicali, giochi, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche); mentre la seconda include un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale (si pensi a un servizio di *cloud computing*); oppure un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati (e qui il richiamo va subito ai *social network*, ai servizi di messaggistica e di mail, alle piattaforme di *streaming*) (art. 2, nn. 1-2, DCSD).

<sup>6</sup> La nozione di "operatore economico" prescelta dalla dir. (UE) 2019/770 si presenta come più ampia di quella di "professionista", tradizionalmente impiegata dal legislatore europeo, facendo riferimento a "qual-



tenuto o servizio digitale, il quale vanterà diritto di accesso e di trattamento (sovente attuato attraverso la trasmissione a un terzo) di queste informazioni personali in ragione delle finalità comunicate. I dati personali vengono generalmente forniti al momento della conclusione del contratto ovvero nella fase attuativa del rapporto, come nel caso in cui il consumatore acconsenta a che l'operatore economico sfrutti a fini commerciali il materiale (fotografie, video o *post*) contenente dati personali, che "caricherà" utilizzando il contenuto o il servizio digitale.<sup>7</sup>

Esiste, tuttavia, un altro canale di accesso e raccolta *online* di informazioni e dati personali degli utenti, operante già prima e *a prescindere* dalla conclusione di contratto di fornitura di un contenuto o servizio digitale. L'innovazione tecnologica ha, da tempo, concepito e impiegato strumenti che consentono ai gestori di siti internet di ricavare informazioni personali da attività elementari ma indefettibili degli utenti, quali il semplice accesso e la navigazione *online*. Siffatte attività, normalmente percepite come rapide, impersonali e impalpabili da tutti noi utilizzatori della rete, e sovente reputate irrilevanti e misteriose dal giurista, sono in verità un formidabile *veicolo* di trasmissione e propalazione di informazioni e dati personali, grazie all'impiego di ritrovati informatici quali i *cookie*, diffusi capillarmente nel *web*.<sup>8</sup>

Sembra utile una rapida digressione su taluni aspetti tecnici che caratterizzano il funzionamento dei *cookie*.<sup>9</sup> Si tratta di un *file* di testo che il fornitore di un sito Internet installa nel computer dell'utente che lo abbia visitato e al quale potrà accedere durante una nuova navigazione sullo stesso sito da parte di quello stesso utente. Nella prassi, se ne distinguono due macro-categorie, *cookie* "tecnici" e *cookie* "di profilazione", in funzione dei soggetti che se ne avvalgano e delle relative finalità di impiego. Infatti, i primi sono

---

siasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, che agisca, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica, per finalità che rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva" (art. 2, n. 5, *DCSD*).

<sup>7</sup> Un chiaro esempio è descritto dal considerando 24 della dir. (UE) 2019/770: "ad esempio, la presente direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge".

<sup>8</sup> Per considerazioni specifiche in tema di *cookie* cfr. BOND, *The EU E-Privacy Directive and Consent to Cookies*, in *The Business Lawyer*, Vol. 68, No. 1, American Bar Association, 2012, 215; OPPENHEIMER, *Internet Cookies: When is Permission Consent?*, in *Nebraska L. Rev.*, 2006, 383.

<sup>9</sup> Se ne attribuisce la paternità a Lou Montulli, un ingegnere di Netscape, che nel 1994 li ideò per lo scopo originario di riconoscere l'indirizzo IP del computer dell'internauta allorché riempiva un cestino di acquisti, navigando tra le diverse pagine di un sito. L'uso a fini pubblicitari da parte delle grandi piattaforme del *web* si attesta alla fine degli anni '90-primi anni 2000.



normalmente installati direttamente dal titolare o gestore del sito *web* e sono meramente strumentali a consentire o migliorare la navigazione *online*.<sup>10</sup> Viceversa, i *cookie* di profilazione possono essere installati sia dal gestore del sito sia (come accade più frequentemente) da terzi, *i.e.* grandi società tecnologiche: essi sono rivolti a verificare e rielaborare attraverso l'uso di algoritmi di calcolo le abitudini, gli interessi, le ricerche dell'utente, al fine precipuo di inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dallo stesso nel corso della navigazione in rete.<sup>11</sup> L'archiviazione e la successiva possibilità di utilizzazione di questi *file* sui dispositivi degli utenti consente ai *provider* di accedere a informazioni e dati personali del singolo e specifico soggetto e di disegnare un profilo che fungerà da *target* per l'attività di *cd. marketing* comportamentale e diretto e, in genere, promozionale di prodotti e servizi.

Siamo, dunque, in quella fase di primo contatto tra utente e gestore del sito internet, reso possibile da un *browser* che consente l'accesso iniziale e la navigazione *online*, la quale può risultare molto distante ovvero del tutto slegata dalla conclusione di un contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, ma che al contempo ne rappresenta un presupposto ineludibile. La fattispecie del trattamento di dati personali dell'utente estrapolati in fase di accesso e navigazione *online* attraverso l'impiego di *cookie* di profilazione va tenuta distinta da quella, prima citata, del trattamento collocato nell'ambito di un'operazione contrattuale che pone in essere uno "scambio" dei dati personali con la fornitura di contenuti o servizi digitali. Lungo questa traiettoria sembra attestarsi l'opzione di politica del diritto privilegiata dal legislatore europeo in seno ai *considerando* della *DCSD*, ove si legge che "la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai servizi

---

<sup>10</sup> I *cookie* tecnici possono essere suddivisi in *cookie* di navigazione o di sessione, che garantiscono la normale navigazione e fruizione del sito web (permettendo, ad esempio, di realizzare un acquisto o autenticarsi per accedere ad aree riservate); *cookie* di funzionalità, che permettono all'utente la navigazione in funzione di una serie di criteri selezionati (ad esempio, la lingua, i prodotti selezionati per l'acquisto) al fine di migliorare il servizio reso allo stesso; *cookie analytics*, assimilati ai *cookie* tecnici laddove utilizzati direttamente dal gestore del sito per raccogliere informazioni, in forma aggregata, sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito stesso. Invero, per questi ultimi è necessario, ad avviso del Garante della Privacy italiano (Provvedimento n. 229 dell'8 maggio 2014, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 126 del 3 giugno 2014), operare un ulteriore distinguo, in quanto assimilabili a *cookie* tecnici soltanto se utilizzati a fini di ottimizzazione del sito direttamente dal titolare del sito stesso, che potrà raccogliere informazioni in forma aggregata sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito.

<sup>11</sup> La nozione di "profilazione" esibisce una connotazione eminentemente giuridica nella definizione dell'art. 4, n. 4, *GDPR*: il riferimento va a "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".



di accesso a Internet” (*considerando* 19), né alle situazioni in cui l’operatore economico raccoglie solo i cd. metadati, come ad esempio informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione (*considerando* 25).<sup>12</sup> Invero, come nel mondo reale non si sosterebbe che il passeggiare tra gli scaffali di una libreria, il consultare un volume o chiedere informazioni al libraio implicino la conclusione di un contratto tra il negoziante e il (potenziale) cliente, così nel mondo virtuale la semplice navigazione e utilizzazione delle funzionalità di un sito internet non postula, in quanto tale, la conclusione di un contratto tra *provider* e utente: non si rintracciano i presupposti minimi di un accordo e all’utente non viene erogata alcuna prestazione, se non quella minimale di comunicazione elettronica che consente l’utilizzazione della pagina *web*. Eppure – è questo il vero *discrimen* rispetto a ciò che normalmente avviene nel mondo reale – grazie all’impiego dei *cookie* di profilazione, l’utente potrebbe aver già consentito l’accesso a informazioni personali che il gestore del sito internet o terzi potranno sfruttare a fini commerciali.

Si coglie, in definitiva, come l’impiego di congegni quali i *cookie* (non tecnici), che consentono l’ingerenza sui *devices* dell’utente e la caratterizzazione della sua identità digitale attraverso algoritmi di profilazione, sfruttata poi a fini economici dagli operatori del *web*, costituisca una significativa *invasione* della sfera privata dell’individuo che si compie per il solo fatto e all’atto dell’accesso a internet e della navigazione. Queste attività tendono all’instaurazione di una prima relazione tra i soggetti del *web* la quale, sebbene rarefatta ed estemporanea, e non qualificata come contratto, non può esser relegata nel limbo dell’irrelevanza giuridica, sollevando piuttosto pregnanti questioni di tutela dei dati personali dell’individuo.<sup>13</sup>

Nel presente contributo si muoverà, in primo luogo, dalla raffigurazione del quadro normativo in materia di *cookie*, articolato sulle normative europee in materia di protezione della vita privata nelle comunicazioni elettroniche e dei dati personali delle persone fisiche. In questo campo, com’è noto, un ruolo centrale è giocato dal dispositivo del *consenso* prestato dal soggetto interessato al trattamento di dati personali<sup>14</sup>: il secondo, cru-

---

<sup>12</sup> Allo stesso *considerando* 25 la *DCSD* non esclude, invero, uno spazio di discrezionalità dei legislatori nazionali, in base al quale nei singoli ordinamenti municipali le fattispecie descritte vengano qualificate come contratti di prestazione di servizi ai quali estendere le previsioni della direttiva medesima.

<sup>13</sup> Indicativo è il *considerando* 24 della dir. 2002/58 secondo cui “le apparecchiature terminali degli utenti di reti di comunicazione elettronica e qualsiasi informazione archiviata in tali apparecchiature fanno parte della sfera privata dell’utente, che deve essere tutelata ai sensi della convenzione europea per la protezione dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

<sup>14</sup> In generale sul ruolo del consenso quale condizione di liceità del trattamento dei dati personali si ve-



ziale, passaggio della riflessione, consisterà dunque nel saggiare la particolare declinazione assunta dai requisiti essenziali e dalle modalità di manifestazione di tale consenso nell'ipotesi in cui il trattamento dei dati personali sia realizzato *online* mediante l'impiego di strumenti tecnologici *ad hoc*, quali appunto i *cookie*.<sup>15</sup> Con quest'ordine di problemi si è, di recente, confrontata la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con un'interessante decisione della quale si darà conto, che segnala l'attualità delle questioni sul tavolo.<sup>16</sup>

Così delineato, il tema offre un banco di prova di quella riflessione più generale che si appunta sull'evoluzione delle logiche e delle regole di tutela della riservatezza e dei dati personali nella cornice di un mercato digitale cd. *data-driven*, organizzatosi cioè su uno sfruttamento intensivo e sistematico di questi fattori.<sup>17</sup> Si tratta di un *topos* della lettera-

---

da, in luogo di molti, MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350 ss.; PATTI, *sub art. 23*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di Bianca-Busnelli, Padova, 2007, 541 ss.; nonché FICI – PELLECCCHIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di Pardolesi, I, Milano, 2003, 503 ss. Va segnalato come da tempo sono diffuse opinioni che segnalano la “crisi” del consenso quale base giuridica generale di liceità dei dati personali: già con il passaggio al Codice Privacy v. GARZIA, *sub art. 24*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, cit., 559; ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 188; BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da Finocchiaro, Bologna, 2017, 101 ss., evidenzia come con il GDPR il consenso dell'interessato abbia perso di centralità, affiancandosi ad equipollenti condizioni di legittimazione del trattamento che il legislatore ha provveduto a determinare attraverso la selezione dei diversi interessi in gioco; secondo PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 384-385, “l'esaltazione del consenso rischia di rivelarsi un tributo alla retorica del personalismo, tanto più quando il trattamento riguarda i *big data*; mentre con maggiore rigore e con una salutare professione di realismo andrebbe riconosciuto che il consenso è soltanto uno dei presupposti di liceità del trattamento e, al limite, base giuridica applicabile di *default* nei casi dubbi”. Nella dottrina straniera si veda SCHERMER-CUSTERS-VAN DER HOF, *The Crisis of Consent: how Stronger Legal Protection may Lead to Weaker Consent in Data Protection*, in *Ethics and Information Technology*, 2014, 171 ss.

<sup>15</sup> Per una riflessione di carattere generale su come il dispositivo del consenso si declini nel mondo digitale cfr. RESTA – ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, cit., 271. Nel contesto dell'ordinamento statunitense si vedano le considerazioni di HOOFNAGLE, *Designing for Consent*, in *EUCML*, 2018, 162 ss.

<sup>16</sup> Si tratta della decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 1 ottobre 2019, causa C-673/17, disponibile sul sito della CGUE, <http://curia.europa.eu>, su cui si soffermerà l'indagine nei prossimi paragrafi.

<sup>17</sup> La prospettiva di indagine privilegiata in dottrina in ordine ai rapporti tra dati personali e mercato è quella di carattere dominicale, ovverosia concernente l'inquadramento dei dati e delle informazioni personali nella categoria dei beni immateriali suscettibili diritti di proprietà e di appartenenza in senso lato. Si veda in particolare UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, Milano, 2003, 145 ss.; ID., *Proprietà*



tura civilistica radicato in quelle opinioni d'avanguardia che, da tempo, hanno preconizzato come la diffusione dell'informatica avrebbe inaugurato la nuova stagione del diritto alla protezione dei dati personali<sup>18</sup>; e che, tuttavia, esige una continua rivisitazione per rimanere *à la page* dell'incessante innovazione tecnologica digitale e delle novità del panorama normativo e giurisprudenziale, specie di derivazione europea.

2. – Il quadro normativo europeo in materia di *cookie* e, più in generale, di qualsiasi ritrovato tecnologico che consenta la memorizzazione e l'accesso a informazioni personali già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un utente, ha conosciuto e conosce tuttora mutamenti significativi, che hanno fatto da *pendant* alle innovazioni nella tecnologia e nelle strategie di *business* invalse sul mercato digitale. In posizione centrale è dislocata la dir. 2002/58/CE, relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, oggetto di rilevanti modifiche apportate dalla dir. 2009/136/CE: nel compasso applicativo di questa disciplina e, in particolare, nella categoria del "servizio di comunicazione elettronica" ricadono, infatti, le attività di accesso e navigazione su internet. Essa è perciò chiamata a governare il trattamento di informazioni personali estrapolate dallo svolgimento di tali attività e pone quale obiettivo generale la garanzia della *riservatezza* delle comunicazioni di ordine elettronico (art. 5 dir. 2002/58).<sup>19</sup> La normativa in esame si im-

---

*intellettuale e privacy*, in *Aida*, 2014, 435 ss., che si esprime a favore della qualificazione dell'informazione di carattere personale come un bene immateriale, di cui è predicabile l'assoggettamento al diritto della proprietà intellettuale. Sul tema, con differenti opinioni, cfr. altresì P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*; PARDOLESI-MOTTI, *L'informazione come bene*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di De Nova-Inzitari-Tremonti-Visentini, Milano, 1991; ZENO ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1993, 420 ss.; ID., *Sull'informazione come «bene» (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 485 ss. Questo ordine di riflessioni è diffuso anche nella letteratura europea e statunitense: SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, cit., 2055 ss.; nonché PURTOVA, *Property rights in personal data: A European perspective*, The Hague, 2011; BERGELSON, *It's personal but is it mine? toward property rights in personal information*, in *University of California Davis Law Review*, 2003, 379 ss.; SAMUELSON, *Privacy as Intellectual Property?*, in *Stanford Law Review*, 2000, 1125 ss.

<sup>18</sup> Il riferimento è ai notissimi studi di RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, passim; ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, passim; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.

<sup>19</sup> Un ampio studio della materia delle comunicazioni elettroniche a fini commerciali in FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, 241 ss.; nonché RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 235 ss.; RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2016, 193 ss.



pernia sul principio del consenso *preliminarmente* prestato dall'utente interessato all'utilizzo da parte del gestore di un sito internet di un *cookie* che consenta la memorizzazione e/o l'accesso a dati sul computer dell'utente.<sup>20</sup> In questa sede, si apprezza il rilievo giuridico della distinzione prima tracciata tra *cookie* di carattere tecnico e *cookie* cd. di profilazione: l'unica eccezione tollerata dal principio del consenso è dettata, al par. 3 dell'art. 5, proprio in relazione ai *cookie* tecnici, che siano indispensabili cioè all'erogazione di un servizio di comunicazione elettronica da parte di un *provider*, a partire da quello primario di navigazione sul sito<sup>21</sup>.

Il legislatore europeo ha, in tempi recenti, avvertito l'inadeguatezza della dir. 2002/58 rispetto al passo sospinto dell'evoluzione tecnologica nel campo delle comunicazioni elettroniche e inaugurato un percorso di profondo rinnovamento del complessivo orizzonte normativo. Tappa cruciale è segnata dall'elaborazione di un nuovo intervento, ancora lungo l'*iter* legislativo di approvazione, questa volta sotto la veste del Regolamento, concernente il rispetto della vita privata e la tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, destinato ad abrogare la dir. 2002/58/CE (Proposta di Regolamento c.d. *E-Privacy*)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Al fine di irrobustire la tutela dell'utente, la dir. 2009/136 ha introdotto modifiche significative ai requisiti di consenso di cui all'art. 5, par. 3, della dir. 2002/58. Prima delle modifiche apportate da tale direttiva, l'art. 5, par. 3, richiedeva semplicemente che agli utenti fosse conferito un "*opt-out*" informato dal trattamento dei dati tramite i *cookie*. In altri termini, stando alla versione originale della previsione in parola, all'atto della memorizzazione di informazioni nell'apparecchio terminale di un utente o dell'accesso a informazioni ivi archiviate, il fornitore di servizi doveva informare l'utente in modo chiaro e completo in particolare sugli scopi del trattamento e offrirgli la possibilità di rifiutare quest'ultimo. La direttiva 2009/136 ha sostituito quest'obbligo d'informazione in ordine al diritto di rifiuto imponendo che "l'abbonato o l'utente in questione [dev'aver espresso] preliminarmente il proprio consenso", sostituendo, in tal modo, il sistema di *opt-out* (rifiuto) informato, più facile da rispettare, con un sistema di *opt-in* (consenso) informato.

<sup>21</sup> Anche sul piano della disciplina interna, si ritrova identica partizione all'art. 122 del codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *infra* cod. priv.). Il Garante della Privacy ha messo in evidenza la distinzione dell'ambito di applicazione tra le due regole in ragione della tipologia di *cookie*, nel menzionato provvedimento n. 229 dell'8 maggio 2014.

<sup>22</sup> Si tratta della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 gennaio 2017, relativa al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche). Questo intervento si iscrive in una riforma complessiva della materia che ha invece già visto la luce in taluni testi normativi approvati in via definitiva: il riferimento corre, in particolare, alla Dir. (UE) 2018/1972 dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche; nonché al Reg. (UE) 2015/2120 del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione.



L'altra metà del quadrante normativo in materia è occupato dalla disciplina generale di protezione dei dati personali, oggi com'è noto consegnata al *General Data Protection Regulation* (Reg. (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, indicato di seguito come *GDPR*).<sup>23</sup> Il collegamento tra questi due plessi normativi emerge nell'individuazione dei caratteri del consenso al trattamento di dati personali nelle comunicazioni elettroniche in generale, e ai *cookie* in particolare. Ed infatti, l'art. 2, lett. f), dir. 2002/58, ove stabilisce che il consenso dell'utente "corrisponde al consenso della persona interessata di cui alla direttiva 95/46/CE" (oggi rinvio da intendersi indirizzato al GDPR), istituisce una relazione di *equivalenza* tra il consenso dell'utente richiesto per l'archiviazione di *cookie* di profilazione e il consenso della persona interessata al trattamento dei dati personali di cui al Regolamento generale.<sup>24</sup> Quest'ultimo ne prescrive, com'è noto, una serie di requisiti costitutivi, necessari a render lecito il trattamento dei dati personali per una o più specifiche finalità (arg. ex art 6, par. 1, lett. a), *GDPR*): la volontà del soggetto interessato deve

---

<sup>23</sup> Nell'ampio dibattito suscitato dal *General Data Protection Regulation* si veda, senza pretesa di completezza, CUFFARO-D'ORAZIO-RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; AA.VV., *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, a cura di Finocchiaro, Bologna, 2019; AA.VV., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice privacy)*, a cura di Panetta, Milano, 2019; AA.VV., *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019; AA.VV., *Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, Padova, 2019; AA.VV., *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, a cura di Riccio – Scorza – Belisario, Milano, 2018; CUFFARO, *Il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, 2018, 1098 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. Impr.*, 2018, 106 ss.; CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 67; ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. Impr.*, 2017, 723-733; FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 1 ss.; MANTELETO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, ivi, 144 ss.; PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, ivi, 369 ss.; GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, ivi, 165 ss.; THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, ivi, 410 ss.; MANN, *The new territorial scope of EU data protection law: Deconstructing a revolutionary achievement*, in *Common Market L. Rew.*, 2017, 567 ss.; THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati*, Santarcangelo di Romagna, 2016, passim; EAD., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 513 ss.; STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, ivi, 1249 ss.

<sup>24</sup> Si esprime chiaramente in questi termini anche il *considerando* 17 della dir. 2002/58 ove afferma che "ai fini della presente direttiva il consenso dell'utente o dell'abbonato, senza considerare se quest'ultimo sia una persona fisica o giuridica, dovrebbe avere lo stesso significato del consenso della persona interessata come definito ed ulteriormente determinato nella direttiva 95/46", oggi riferimento da intendersi fatto al GDPR.



essere infatti “libera, specifica, informata e inequivocabile”.<sup>25</sup> La manifestazione di tale volontà deve essere espressa dall’interessato “mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile” di assenso<sup>26</sup>, ed è in ogni tempo revocabile (art. 7, par. 3, *GDPR*)<sup>27</sup>.

Altro legame tra i due corpi normativi emerge in punto di regolamentazione degli obblighi di informazione: il richiamato art. 5, par. 3, dir. 2002/58 dispone che prima della manifestazione del consenso l’utente venga informato, in modo chiaro e completo, in merito agli scopi dell’utilizzazione di *cookie* da parte del *provider* di internet, facendo esplicito rinvio alle previsioni in materia di obblighi di informazione della disciplina in materia di dati personali (oggi l’art. 13 *GDPR*). Sui caratteri del consenso e sugli obblighi informativi si soffermerà partitamente l’attenzione nel prosieguo del lavoro.

Più in generale, l’ampia portata delle definizioni di “dati personali”<sup>28</sup> e di “trattamento”<sup>29</sup> adottate dal *GDPR* induce a ritenere che l’archiviazione su dispositivi dell’utente e, per tale via, la possibilità di accesso alle informazioni personali di quello specifico soggetto che il prestatore di servizi *online* realizza attraverso l’impiego di *cookie* di profilazione integra un’attività di trattamento di dati personali a mente del *GDPR*<sup>30</sup>. Pertanto,

---

<sup>25</sup> Sulle caratteristiche e i requisiti del consenso si veda tra gli altri BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. Impr.*, 2019, 34 ss.; ID., *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 157 ss.; PELINO, *I diritti dell’interessato*, in *Il regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Pelino-Bistolfi-Bolognini, Milano, 2016, 21 ss. Rispetto alla disciplina interna del consenso dettata dall’art. 23 del cod. priv. cfr., tra gli altri, FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, cit., 194 ss.; PATTI, *sub art. 23*, cit., 547 ss.

<sup>26</sup> In questi termini configura il consenso al trattamento ai dati personali l’art. 4, n. 11, *GDPR*.

<sup>27</sup> Sulla declinazione dei rapporti tra consenso al trattamento dei dati personali e revoca v. per tutti MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera Circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Panetta, Milano, 2006, 1016.

<sup>28</sup> Ai sensi dell’art. 4, n. 1, *GDPR* il dato personale è “qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (‘interessato’); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale”.

<sup>29</sup> Per “trattamento” si intende “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l’adattamento o la modifica, l’estrazione, la consultazione, l’uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l’interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione” (art. 4, n. 2 *GDPR*).

<sup>30</sup> In questi termini si esprime la menzionata sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea dell’1° ottobre 2019, C-673/17.



essa postula quale fondamento di liceità un consenso libero, specifico, informato e inequivocabile, equipollente sul piano normativo a quello espresso dall'interessato per ogni altra attività di trattamento dei propri dati personali. Se ne ricava, allora, che il presidio di tutela offerto dal dispositivo del consenso dell'utente interessato, nella peculiare conformazione prescritta dalle regole richiamate, si estende anche a tutte quelle tecnologie (come i *cookie*) che consentono l'accesso e la raccolta di informazioni e dati personali nel corso della pura e semplice navigazione nel *web*: un'attività quotidiana e diffusissima, spesso compiuta distrattamente, ove invece si annidano non poche insidie alla protezione dei dati personali degli utenti.

Dall'osservazione compiuta emerge un tessuto normativo europeo che pur articolato su fonti diverse – dalla disciplina in materia di comunicazioni elettroniche a quella sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche – appare cucito assieme da un unico filo rosso, rappresentato dalla regola generale del consenso prestato dall'interessato, quale presidio di tutela delle informazioni e dei dati personali degli individui. D'altro canto, i due insiemi normativi non si sovrappongono sul piano dei principi e valori generali cui sono informati: la dir. 2002/58 persegue l'obiettivo della tutela della *riservatezza* delle comunicazioni elettroniche e dei dati personali che da queste possono essere tracciati attraverso l'incursione sui dispositivi degli utenti, considerati quali vere e proprie *appendici* della sfera personale privata dell'individuo. Non a caso, tale normativa richiama espressamente l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, com'è noto, riconosce e salvaguarda il diritto fondamentale al rispetto della vita personale e familiare, del domicilio e delle comunicazioni dell'individuo. Di converso, il *GDPR* costituisce attuazione dell'art. 8 della medesima Carta e dell'art. 16, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'UE, i quali stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano e, tuttavia, ne ammettono il trattamento purché fondato sul consenso dell'interessato o comunque improntato alle direttive fissate dalla legge.<sup>31</sup> Il punto di osservazione del *GDPR* non è quello, tradizionale, della *non divul-*

---

<sup>31</sup> Per una panoramica generale nella letteratura europea si veda, *ex plurimis*, VAN GULIJK – HULSTIJN, *Ensuring Data Protection by Private Law Contract Monitoring: A Legal and Value-Based Approach*, in *European review of private law*, 2018, 635 ss.; TIKKINEN-PIRI-ROHUNEN-MARKKULA, *EU General Data Protection Regulation: Changes and Implications for Personal Data Collecting Companies*, in *Computer Law and Security Review*, 2018, 134 ss.; FREIHERR VON DDM BUSSCHE-ZEITER, *Implementing the EU General Data Protection Regulation: A Business Perspective*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, 576 ss.; VAN ALSENOY, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2016, 271 ss.



gazione e del riserbo su risvolti privati della vita individuale e familiare, bensì quello di un mercato globale che si fonda sulla raccolta, sulla condivisione, in sintesi, sulla libera circolazione di cospicue masse di dati personali resa possibile dalle tecnologie digitali.<sup>32</sup>

Disegnato questo quadro generale, si volgerà ora l'indagine sulla peculiare curvatura impressa ai menzionati requisiti del consenso al trattamento dei dati personali dalla sua manifestazione nell'ambiente digitale<sup>33</sup>, con particolare riguardo alla fase di accesso e navigazione *online* contrassegnata dall'impiego di *cookie* di profilazione.

**3.** – Concentrando l'analisi sulla postura assunta dai requisiti del consenso dell'interessato rispetto al trattamento dei dati personali effettuato *online* mediante *cookie*, risulta illuminante una recente decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.<sup>34</sup>

Il caso posto all'attenzione della Corte europea promana dall'ordinamento tedesco e coinvolge un prestatore di servizi digitali, segnatamente di giochi *online*, il quale sul proprio sito internet subordinava la partecipazione ai giochi a una duplice manifestazione di consenso da parte dell'utente. In particolare, questi si trovava dinanzi a due caselle di spunta, da selezionare o deselezionare, prima di poter attivare il “pulsante di partecipazione” al gioco, ciascuna accompagnata da una didascalia: la prima casella, non preselezionata, richiedeva all'utente di acconsentire a essere contattato da una serie di aziende *partner* del prestatore per ricevere offerte commerciali;<sup>35</sup> la seconda, preselezionata di

---

<sup>32</sup> Sottolinea l'enfasi sul momento circolatorio posta dal *GDPR* PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 375.

<sup>33</sup> Il concetto di “ambiente digitale” rinviene una propria consacrazione normativa nell'ambito della dir. (UE) 2019/770, che all'art. 2, n. 11, lo definisce come “l'hardware, il software e le connessioni di rete di cui il consumatore si serve per accedere al contenuto digitale o al servizio digitale o per usarlo”.

<sup>34</sup> È la menzionata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 1 ottobre 2019, causa C-673/17 – Pres. Lenaerts – Rel. Rosas. Per un primo commento si veda REINALTER-VALE, *Cookie e consenso dell'utente*, in *Giur. it.*, 2020, 79 ss. In generale sul delicato compito di coordinamento e uniformazione affidato alla Corte di Giustizia in questa materia v. DOCKSEY-HIJMANS, *The Court of Justice as a Key Player in Privacy and Data Protection: An Overview of Recent Trends in Case Law at the Start of a New Era of Data Protection Law*, in *European Data Protection Law Review*, 2019, 300 ss.

<sup>35</sup> La prima didascalia così recitava: “Acconsento a ricevere informazioni per posta, per telefono, per posta elettronica o via SMS da *sponsor e partner* sulle offerte del loro rispettivo settore commerciale. È mia facoltà stabilire qui autonomamente i soggetti legittimati ad inviarmi dette offerte, in caso contrario la scelta spetta all'organizzatore. Posso revocare il consenso in qualsiasi momento. *Ulteriori informazioni al riguardo si trovano qui*”. Il *link*, sottostante alle parole “*sponsor e partner*” e “*qui*”, contenuto nella prima didascalia che accompagnava la prima casella di spunta, rinviava ad un elenco di 57 imprese contenente i rispet-



*default*, richiedeva il consenso dell'utente all'installazione di *cookie* sul suo computer, al fine di analizzare le sue navigazioni sul *web* e le visite ai siti Internet dei *partner* commerciali del gestore del sito, così da poter inviare pubblicità centrata sugli interessi dell'utente medesimo.<sup>36</sup> Le questioni pregiudiziali sottoposte alla CGUE dal *Bundesgerichtshof* vertono sull'interpretazione delle richiamate previsioni dettate in tema di consenso sia nell'ambito della dir. 2002/58/CE sulla protezione della vita privata nelle comunicazioni elettroniche che della dir. 95/46/CE e del *GDPR* e, in particolare, sui caratteri della specificità, dell'inequivocabilità e dell'informazione del consenso dell'interessato. In primo luogo, la Corte Suprema tedesca si interroga sull'ammissibilità, alla stregua dell'apparato normativo europeo, di un'attività di memorizzazione di informazioni ovvero di accesso a informazioni e dati personali già archiviati nel dispositivo di un utente, effettuata dal gestore di un sito internet attraverso *cookie*, fondata sulla preselezione di una casella di spunta che l'utente avrebbe dovuto deselezionare per negare il suo consenso. In altri termini, alla CGUE viene chiesto se possa dirsi validamente ed efficacemente prestato il consenso dell'utente interessato a *cookie* di profilazione e, conseguentemente, al trattamento di dati personali, desunto dalla mancata deselezionazione di una *checkbox* preselezionata dal gestore del sito internet.<sup>37</sup>

---

tivi indirizzi, il settore commerciale da pubblicizzare e la modalità di comunicazione utilizzata per la pubblicità (posta elettronica, posta o telefono). Il termine sottolineato "eliminare" compariva dopo il nome di ciascuna impresa. L'elenco era preceduto dal seguente avviso: "Cliccando sul link "eliminare" stabilisco che non può essere comunicato al menzionato partner/sponsor il consenso a fini pubblicitari. Ove io non abbia eliminato alcun partner/sponsor o non ne abbia eliminato un numero sufficiente, la Planet49 compirà la scelta dei partner/sponsor per mio conto a sua discrezione (numero massimo: 30 partner/sponsor)".

<sup>36</sup> La seconda didascalia, la cui rispettiva casella era preselezionata, recitava come segue: "Acconsento a sottopormi al servizio di analisi web Remintrex. Di conseguenza, l'organizzatore del gioco a premi, a seguito dell'approvazione della mia registrazione al gioco, installa cookie al fine di analizzare tramite Remintrex le mie navigazioni sul web e le mie visite ai siti Internet dei partner commerciali e di inviarmi pubblicità centrata sui miei interessi. Posso cancellare i cookie in ogni momento. Per ulteriori dettagli si legga *qui*".

<sup>37</sup> Le questioni pregiudiziali sottoposte dalla Corte Suprema tedesca alla CGUE sono formulate in questi termini: "1) Se sussista un consenso efficace ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, e dell'articolo 2, lettera f), della direttiva 2002/58, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46, nel caso in cui la memorizzazione di informazioni ovvero l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un utente siano consentiti tramite una casella preselezionata che l'utente deve deselezionare per negare il suo consenso. b) Se, ai fini dell'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 3, e dell'articolo 2, lettera f), della direttiva 2002/58, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46, la situazione differisca nel caso in cui le informazioni archiviate o consultate consistano in dati personali. c) Se, in presenza delle circostanze indicate nella prima questione pregiudiziale, [lettera a),] sussista un consenso efficace ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento 2016/679. 2) Quali informazioni debbano essere comunicate dal fornitore di servizi all'utente, affinché quest'ultimo sia informato, in termini chiari e completi ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58. Se in tali informazioni rientrano altresì la durata della funzione dei cookie e il fatto che terzi abbiano accesso ai cookie stessi".



Il quesito sottoposto alla CGUE involge il piano dell'estensione e dell'intensione del concetto di *inequivocabilità* del consenso al trattamento di dati personali e della sua concreta applicazione nel *design* della rete. La Corte giunge a negare validità a un consenso ricavato dalla mancata deselegione di una casella già "spuntata" dal *provider*, ponendo a fondamento di tale decisione una pluralità di indici testuali rinvenuti nelle fonti europee. Il giudice europeo richiama, anzitutto, il testo del *considerando* 17 della dir. 2002/58 sulle comunicazioni elettroniche, dal quale emerge che il consenso dell'utente ai *cookie* può essere fornito secondo qualsiasi modalità appropriata e, in particolare, attraverso la "selezione di un'apposita casella nel caso di un sito Internet". Inoltre – pur ritenendo di per sé neutra sul piano letterale la formulazione del richiamato art. 5, par. 3, ove prevede che l'utente deve aver "espreso preliminarmente il proprio consenso"<sup>38</sup> – la Corte invoca l'argomento storico, ricordando la genesi della disposizione in parola: la cui vigente versione è frutto di una modifica sostanziale, operata dalla direttiva 2009/136, a quella originaria, la quale si limitava a prevedere che l'utente avesse la "possibilità di rifiutare" l'installazione di *cookie*. Il giudice europeo ne ricava la scelta maturata dal legislatore di non ritenere idonea una manifestazione del consenso presunta in virtù del mancato rifiuto dell'utente e di richiedere, piuttosto, il comportamento attivo di quest'ultimo. La decisione sottolinea, altresì, l'esplicita equipollenza tra la nozione di consenso adottata dalla dir. 2002/58 e quella definita dalla disciplina di protezione dei dati personali. Da quest'angolo di osservazione, il giudice europeo mette in luce come, già nell'ambito dell'art. 7 della dir. 95/46, il lemma "manifestazione" di volontà, espressa in modo inequivocabile, evocasse un contegno attivo e non meramente passivo.<sup>39</sup> Ad avviso della Corte, sotto l'impero del *GDPR*, il dettato normativo diviene ancor più eloquente e deciso: come già osservato, la formulazione dell'art. 4, n. 11, che definisce il "consenso dell'interessato" ai fini dell'art. 6, par. 1, lett. a), esige una manifestazione della volontà "libera, specifica, informata e inequivocabile" dell'interessato, consistente in una dichiarazione di assenso o quantomeno in un'"azione positiva inequivocabile". Ancor più netto è il tenore del *considerando* 32 del Regolamento per il quale la manifestazione del con-

---

<sup>38</sup> Secondo l'Avvocato generale Szpunar al paragrafo 107 delle sue conclusioni, tale disposizione mira a proteggere l'utente da qualsiasi ingerenza nella sua vita privata, indipendentemente dal fatto che detta ingerenza riguardi o meno dati personali.

<sup>39</sup> In questo senso propende anche l'Avvocato generale (punto 81 delle conclusioni), che richiama il pensiero del Gruppo di lavoro "Articolo 29" per la protezione dei dati (nel parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online), secondo cui il consenso implica una previa azione positiva degli utenti finalizzata all'accettazione della memorizzazione dei cookie e del loro utilizzo. Il medesimo Gruppo di lavoro rileva che la stessa nozione di "manifestazione" implica la necessità di un'azione.



senso potrebbe comprendere, tra l'altro, la selezione di un'apposita casella in un sito Internet, mentre è da escludere che "il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle" configurino consenso. Dal concorrere di questi argomenti la Grande Sezione della Corte di Giustizia desume che una dichiarazione predisposta dal fornitore del sito internet e corredata da una casella già "spuntata", rispetto alla quale l'utente non si sia opposto, non è idonea a integrare quella manifestazione di volontà inequivocabile prescritta dalle richiamate norme di protezione dei dati personali<sup>40</sup>.

Ragionando a partire dagli esiti dell'interpretazione del dato normativo operata dalla CGUE, si evince, quale corollario del requisito della *inequivocabilità*, il principio del consenso "attivo" dell'interessato al trattamento dei propri dati personali, espresso in ambiente digitale. In base ad esso, soltanto una dichiarazione di assenso o comunque un comportamento *attivo* e di segno positivo dell'interessato – non il suo silenzio, un'omissione o una mera inerzia – può rilevare quale manifestazione di volontà idonea a integrare il consenso al trattamento dei dati personali, in quanto unici atti capaci di dissipare *ambiguità* e incertezze circa l'effettivo volere dell'interessato.

Rileggendo la questione attraverso le lenti delle categorie dogmatiche più familiari al civilista, la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali compiuta mediante un *clic* sull'apposita casella di spunta di un sito internet va inquadrata nella categoria della dichiarazione espressa: pur non avvalendosi del linguaggio scritto o verbale, l'esteriorizzazione del volere avviene con un gesto che, secondo l'uso comune e la convenzione degli utenti del *web*, vale come mezzo per comunicare un assenso (paragonabile *mutatis mutandis* all'alzata di mano nel corso di un'asta). La specificazione del requisito dell'inequivocabilità del consenso al trattamento di dati personali operata dalla normativa presa in esame pretende, dunque, un contegno commissivo avente carattere dichiarativo ed esclude, invece, l'ammissibilità di una manifestazione di volontà tacita desunta, per illazione, da un contegno meramente omissivo, come nel caso specifico dell'utente che non abbia deselezionato una casella spuntata di *default* dal gestore del sito internet che ha occupato la CGUE. Quest'orientamento si pone peraltro in linea con l'insegnamento tradizionale di teoria generale del contratto<sup>41</sup> e con l'elaborazione giuri-

---

<sup>40</sup> Così argomenta il giudice europeo nella decisione in esame: "a tal riguardo, risulta praticamente impossibile determinare in modo oggettivo se, non deselezionando una casella preselezionata, l'utente di un sito Internet abbia effettivamente manifestato il proprio consenso al trattamento dei suoi dati personali, nonché, in ogni caso, se tale consenso sia stato manifestato in modo informato. Non può, infatti, essere escluso che detto utente non abbia letto l'informazione che accompagna la casella preselezionata, o addirittura che lo stesso non abbia visto tale casella, prima di continuare la propria attività sul sito Internet che visita" (CGUE, 1° ottobre 2019, causa C-673/17, par. 55).

<sup>41</sup> Nella vastissima letteratura in tema si veda almeno BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, To-



sprudenziiale predominante<sup>42</sup>, secondo cui in seno al procedimento di formazione della volontà negoziale il silenzio, l'inerzia, non possono che essere considerati contegni *neutri*, ambigui, privi in quanto tali di un autonomo significato.

4. – Altro ordine di problemi, strettamente legato al precedente, concernente la manifestazione del consenso prestato dall'interessato al trattamento dei propri dati personali mediante *cookie*, attiene al profilo della *specificità*.<sup>43</sup>

Alcune interessanti indicazioni interpretative sul punto vengono fissate nelle argomentazioni della menzionata decisione della CGUE e nelle conclusioni dell'Avvocato generale. Nel caso portato all'attenzione della Corte, il gestore del sito sosteneva che l'utente interessato avesse prestato un consenso efficace, non tanto per non aver deselezionato una dichiarazione di consenso "preformulata", bensì per aver "cliccato" attivamente sul pulsante di partecipazione al gioco a premi *online* organizzato dal gestore medesimo. In definitiva, l'utente nell'attivare il pulsante di partecipazione per fruire del gioco a premi aveva, in pari tempo, acconsentito all'installazione di *cookie* aventi finalità di *marketing*. Ad avviso della Corte, osta a una interpretazione siffatta la regola generale della specificità del consenso al trattamento dei dati personali, la quale implica necessariamente che esso debba riferirsi *precisamente* al trattamento e non possa essere, per converso, desunto da una manifestazione della volontà avente un oggetto distinto, qual è quella sottesa all'attivazione del pulsante di partecipazione al gioco.<sup>44</sup>

Muovendo da questa esegesi del carattere della specificità prescritto dall'art. 4, n. 11,

---

rino, 1955, 51 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 188 ss.; FERRERO, "Dichiarazione espressa", "dichiarazione tacita" e autonomia privata, Torino, 1974, passim; SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2002, X, 2, 32 ss.

<sup>42</sup> Per questa posizione generale sulla valenza del silenzio nel procedimento di formazione della volontà negoziale in seno alla giurisprudenza di legittimità v. Cass, Sez. un., 9 maggio 2016, n. 9284, in *Giur. it.*, 2016, 1451 ss.

<sup>43</sup> In dottrina sul profilo della specificità del consenso al trattamento di dati personali si vedano, tra gli altri, BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., 53-54; THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. it.*, 2018, 537.

<sup>44</sup> Secondo la Corte di Giustizia, infatti, "la manifestazione di volontà di cui all'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46 deve, in particolare, essere «specificata», nel senso che deve riferirsi precisamente al trattamento dei dati interessati e non può essere desunta da una manifestazione della volontà avente un oggetto distinto. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalla Planet49, il fatto che l'utente attivi il pulsante di partecipazione al gioco a premi organizzato da detta società non può essere, pertanto, sufficiente per ritenere che l'utente abbia validamente espresso il suo consenso all'installazione di cookie" (CGUE, Grande Sezione, 1° ottobre 2019, par. 58-59).



GDPR, è possibile ritrarre un'altra direttiva generale governante la manifestazione del consenso al trattamento di dati personali espressa *online*: il principio del consenso *separato*. La volontà contrattuale e il consenso all'installazione di *cookie*, e in generale alle attività di trattamento di dati personali, non possono coincidere, ossia non possono confondersi in un'unica manifestazione di volontà. Ne consegue che il consenso al trattamento di dati personali esibisce una sua propria *autonomia* sia sul piano ontologico che materiale e deve essere tenuto distinto dalla volontà contrattuale anche qualora confluisca nel medesimo atto di autonomia privata<sup>45</sup>. In questa direzione si orienta peraltro l'Avvocato generale, nelle conclusioni *a latere* della sentenza della CGUE in parola, secondo cui "l'attività che un utente svolge su Internet (leggere una pagina web, partecipare a un gioco a premi, guardare un video, ecc.) e la prestazione del consenso non possono far parte dello stesso atto. In particolare, dal punto di vista dell'utente, la manifestazione del consenso non può apparire di natura accessoria rispetto alla partecipazione al gioco a premi. Entrambe le azioni devono, specialmente sotto il profilo visivo, essere presentate su un piano di parità" (punto 66).

Rileggendo la fattispecie alla stregua delle infrastrutture concettuali tradizionali va segnalato uno scostamento rispetto ai pilastri della teoria generale del contratto, per la quale, com'è noto, la manifestazione della volontà negoziale può essere ricavata non sol-

---

<sup>45</sup> Tale soluzione trova conforto anche quando riguardata dalla prospettiva della nuova disciplina del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali consegnata alla dir. (UE) 2019/770: in questo senso depono il considerando 35 ove afferma che "Quando il trattamento dei dati personali si basa su un consenso, segnatamente a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) 2016/679, si applicano le disposizioni specifiche di tale regolamento, comprese quelle relative alle condizioni per valutare se il consenso sia stato o meno liberamente prestato. La presente direttiva non dovrebbe disciplinare la validità del consenso prestato". Vale a dire che non vi è sovrapposizione tra le regole sul consenso al trattamento dei dati personali e la disciplina del contratto e che il primo è preservato da presidi di tutela rafforzata che non vengono meno se la circolazione dei dati si colloca nell'ambito di un contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali. A conforto di tale soluzione va notato come la dottrina che per prima si è confrontata sul tema, muovendo dalla specola della menzionata dir. 2019/770 è pervenuta ad analoghe conclusioni: si vedano le riflessioni di 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*, cit., 502 ss., secondo cui la direttiva in materia di contenuti e servizi digitali "ha voluto probabilmente sottolineare non solo l'aspetto della doppia tutela, quella contrattuale e quella del GDPR; ma ancor prima sancire la necessità di un doppio procedimento formale e di un *doppio consenso* da parte dell'utente del servizio. Innanzitutto il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR, come esattamente interpretate dalla più recente giurisprudenza". Secondo RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 432, il carattere della specificità, in uno con quello dell'inequivocabilità, attestano l'idea della granularità del consenso espresso in forma distinta e per le specifiche finalità cui il trattamento è destinato.



tanto per mezzo di una dichiarazione (espressa o tacita), bensì anche dall'adozione di "comportamenti concludenti": l'esplicita imposizione del requisito della specificità induce, piuttosto, a ritenere che non sia validamente espresso un consenso al trattamento di dati personali mediante *cookie* desunto da *facta concludentia*, ossia dalla condotta dell'utente che abbia espresso la volontà di concludere un contratto a mezzo internet, attivando il pulsante o cliccando la casella che determina tale effetto; ovvero in tutte quelle ipotesi – espresse sul *web* con l'adozione di svariate formule ("proseguendo nella navigazione l'utente accetta" *et similia*) – nelle quali il consenso ai *cookie* di profilazione venga desunto dal comportamento dell'internauta che si limiti a continuare nella navigazione sul sito.

Il *telos* di protezione dei dati personali che informa la normativa di settore viene, quindi, perseguito attraverso un rafforzamento dei caratteri costitutivi del consenso al trattamento espresso dall'interessato, che incidono, anzitutto, sulle modalità di manifestazione del medesimo. Specificità e inequivocabilità concorrono a formare una fattispecie di consenso *sui generis* per la espressione della quale si richiede, anche in deroga ai consolidati principi della teoria generale del negozio giuridico, un contegno commissivo, di natura dichiarativa, puntualmente ed esclusivamente riferito alla finalità sua propria. Le considerazioni svolte assumono un notevole peso specifico nell'attuale sviluppo della *data economy*, nella quale, come detto, l'*asset* principale è rappresentato dal potere di raccolta e sfruttamento delle informazioni personali degli utenti da parte degli operatori commerciali. Mano a mano che la circolazione dei dati personali si approssima e penetra nel rapporto contrattuale di fornitura di contenuti e servizi digitali corrente appare inevitabile un processo di intersezione e commistione tra la legge di tutela dei dati personali e quella del mercato e del contratto. In siffatto contesto, il menzionato principio del consenso separato serve, allora, a tracciare una linea di demarcazione tra il consenso prestato dalla persona una volta nella veste di interessato al trattamento dei suoi dati personali e una volta in quella di utente/consumatore che intende concludere il contratto di fornitura di un certo contenuto o servizio digitale. Diversa è la natura giuridica delle due figure, così come diverse sono le regole che presiedono al procedimento di formazione delle due volontà e le *rationes* che le animano.<sup>46</sup>

Secondo la prospettiva del diritto comune, il consenso richiesto a fini negoziali, espressione, com'è noto, del principio di autonomia contrattuale dei privati, deve essere prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non deve essere viziato da errore,

---

<sup>46</sup> Per una riflessione più ampia sul tema si veda BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, *passim* e spec. 80 ss.

# JUS CIVILE



violenza o dolo, ovvero, a determinate condizioni, da pericolo o da bisogno: pertanto, ove sia oggetto di perturbazioni che si collochino al di sotto di questa soglia di rilevanza giuridica tracciata dal codice civile, è una volontà che sussiste validamente. La formazione del consenso negoziale è sottoposta a tecniche procedimentali puntualmente definite dall'ordinamento, le quali regolano il se, il come e il quando del perfezionamento dell'accordo delle parti: il consenso negoziale trova allora la sua pienezza e completezza soltanto nell'accordo, nello scontro-incontro con la volontà della controparte, nella dimensione della mediazione, della composizione di interessi confliggenti di cui il contratto è massima espressione.

Non sovrapponibile né riducibile appare la figura del consenso al trattamento dei dati personali, che va ascritta alla categoria del consenso informato, profilo su cui si tornerà di qui a breve. Esso è qui pura estrinsecazione del potere di autodeterminazione dell'individuo<sup>47</sup>, della libertà di governare gli aspetti personali più significativi della sua esistenza presidiati dal riconoscimento di un diritto fondamentale. La figura del consenso al trattamento dei dati personali è indicativa dell'attribuzione del ruolo di autentico protagonista all'individuo e alle sue scelte, messo alla prova dal dilatarsi delle possibilità della tecnologia di irrompere nella sfera privata della persona, avverso il contrapposto paradigma del paternalismo dell'ordinamento. Come osservato, sia la disciplina europea che quella interna “di settore” sanciscono che esso debba essere libero, specifico, inequivocabile e informato. Ne riluce una figura di consenso *qualificato*, caratterizzato da una tutela fortemente irrobustita rispetto al diritto comune volta a salvaguardarne la pienezza e consapevolezza<sup>48</sup>. Dal punto di vista della natura giuridica, operando quale condizione di liceità dell'attività di trattamento dei dati personali (art. 6, par. 1, *GDPR*), il consenso interviene a rimuovere un limite che l'ordinamento pone al potere del soggetto che eseguirà il trattamento, consentendone l'esercizio volto alla realizzazione di interessi conformi all'ordinamento. Esso esibisce, pertanto, funzione essenzialmente “autorizzatoria”,

---

<sup>47</sup> Sugli aspetti legati alla profilazione e al potere di autodeterminazione dell'interessato cfr. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, cit., 67 ss.; DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 587 ss. In generale sulla figura del consenso informato v. ZENO-ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, in *Corr. giur.*, 1997, 915.

<sup>48</sup> Si veda sul punto Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 530, con nota di Thobani, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, cit.; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1775, con nota di Zanovello, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*. La Suprema Corte rimarca la diversità di disciplina tra le due diverse figure, non ritenendo di sovrapporre il consenso finalizzato al trattamento dei dati personali a quello richiesto a fini negoziali.



salvo poi doversi interrogare sulla sua natura integrativa o costitutiva<sup>49</sup>: nella prima ipotesi, il consenso varrebbe a rimuovere un ostacolo all'esercizio del potere che l'ordinamento già accorda a colui che porrà in essere il trattamento, in funzione del perseguimento di propri interessi nello svolgimento di un'attività di per sé lecita; nel secondo caso, l'atto esibirebbe un carattere essenzialmente dispositivo, di trasferimento di diritti e poteri che pertengono alla sfera soggettiva dell'interessato, il quale consente al titolare del trattamento di svolgere un'attività altrimenti illecita. Dal punto di vista dei contenuti, il consenso si accosta invece alla figura dell'accettazione per adesione: l'interessato non ha potere di incidenza e selezione sui dati da trattare o sulle finalità del trattamento medesimo, ma si limita ad aderire (o meno) a contenuti prefissati dal titolare, a cui compete, in via esclusiva, la determinazione delle attività di trattamento, nel rispetto dei principi fissati dal *GDPR*<sup>50</sup>. Fatto salvo il potere libero e incondizionato dell'interessato di modificare il contenuto della propria accettazione, ad esempio limitando le finalità per le quali è stata prestata, o di revocarla *tout court*.

5. – Libertà ed informazione rappresentano gli altri due tratti di qualificazione del consenso al trattamento dei dati personali dell'interessato. Se specificità e inequivocabilità attengono al *quomodo* della manifestazione della volontà, ossia al profilo della dichiarazione o comunque dell'esternazione del consenso, libertà e informazione rappresentano elementi costitutivi del cd. consenso interno, concorrendo a determinare il procedimento di formazione del volere nel foro interiore dell'interessato<sup>51</sup>.

Le questioni concernenti i requisiti di libertà e informazione sollevate all'attenzione dell'interprete investono, nella loro dimensione fisiologica, l'ampiezza e il contenuto del

---

<sup>49</sup> Il richiamo è alla nota distinzione descritta da Auricchio, voce *Autorizzazione*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, 502 ss.

<sup>50</sup> Si sofferma analiticamente su questi temi BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., 42.

<sup>51</sup> Sulla distinzione tra consenso cd. interno ed esterno nella teoria del contratto si veda G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo-Mazzamuto, Milano, 2007, 351 ss.; nonché DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 127 ss.; ID., *Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti (dal codice civile alla legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri-Caterini, Rende, 2004, 121 ss. In generale sul tema della formazione del contratto si veda, *ex multis*, ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, 169 ss.; ID., *Contratto. II) Formazione del contratto*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; ID., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, 97 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, *passim*; D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, Milano, 2006, 3 ss.



concetto di libertà del consenso e degli obblighi di informazione gravanti sul titolare del trattamento di dati personali, nella torsione impressa da un trattamento effettuato mediante *cookie* di profilazione; sul versante patologico, le conseguenze e le possibili tutele rispetto ad un consenso non formatosi liberamente ovvero rispetto ad un'informazione mancante, inesatta, incompleta. Tali questioni in tanto mutano e si approfondiscono in quanto la raccolta e la circolazione dei dati personali venga effettuata da parte del gestore di un sito internet o di terzi nel corso della navigazione in rete dell'utente a stretto ridosso dell'esercizio *online* di un'attività economica, com'è nel caso dei *cookie* di profilazione; ovvero si situino nel cuore di un'operazione contrattuale di fornitura di contenuti o servizi digitali nel quadro della quale il consumatore fornisce o si impegna a trasmettere dati personali all'operatore economico. Vale a dire che dal momento che il consenso degli utenti al trattamento dei dati personali diviene la chiave per l'estrazione di un ingente valore economico mediante l'uso delle tecnologie a disposizione dell'operatore economico, proporzionalmente aumentano le possibili minacce alla libertà e alla consapevolezza del medesimo.

L'espressa prescrizione del requisito della libertà del consenso al trattamento dei dati personali mira a irrobustirne la tutela avverso ogni pressione o costrizione eterogena. Ne discende che mentre, come detto, la soglia di protezione della volontà del contraente si attesta nel codice civile ai presupposti di rilevanza dei vizi del volere, in questo campo il livello di salvaguardia della libertà del consenso si innalza, in quanto esso "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"<sup>52</sup>. La libertà è altresì presidiata dalla regola che ne prevede la revocabilità *ad nutum* da parte dell'interessato (art. 7, par. 3, *GDPR*). Si apprezza un altro lampante elemento di differenza con la volontà negoziale, che vede il principio generale *pacta sunt servanda* cedere il passo al diritto di autodeterminazione del singolo.

Si tratta ora, come anticipato, di dare concreta attuazione alla regola in esponente nella peculiare fattispecie del trattamento di dati personali compiuto mediante l'impiego di *cookie* di profilazione. In questo contesto, non sembra predicabile, ad esempio, la libertà del consenso dell'utente ricavato per *facta concludentia* dalla mera circostanza che questi prosegua nella utilizzazione di una certa pagina *web*: siffatta strategia adottata da molti gestori di siti internet pare, infatti, rivolta a carpire l'assenso di un internauta che non abbia effet-

---

<sup>52</sup>L'inciso è tratto da Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., par. 2.4.



tivamente compreso il contenuto della sua manifestazione di volontà o addirittura sia del tutto ignaro di averla espressa; ovvero a condizionare surrettiziamente l'utente che intendendo esclusivamente proseguire la navigazione *online* venga, in tal modo, forzato ad accettare l'uso dei *cookie*. Se ne ritrae come queste e analoghe modalità di manifestazione del consenso, così diffuse in rete, appaiano lesive del requisito della libertà.

Un problema di libertà del consenso si avverte, altresì, ogniqualvolta il trattamento di dati personali si collochi nella cornice di un'operazione contrattuale di fornitura di contenuti o servizi digitali a favore di un consumatore che autorizzi il trattamento dei suoi dati personali da parte del professionista. Lo snodo è estremamente delicato dal momento che la volontà potrebbe risultare attentata dal condizionamento rappresentato dalla correlata fornitura di un bene o servizio (digitale o meno) cui il consumatore ha interesse. Il punto non è stato trascurato dal legislatore europeo, che ha ritenuto di non erigere un divieto assoluto di cd. vendita aggregata (*tying contracts*), accendendo piuttosto una "spia" nel giudizio dell'interprete, il quale "nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, [...] tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto" (art. 7, par. 4, *GDPR*)<sup>53</sup>. In argomento, va segnalata una diversità di accenti tra gli orientamenti del Garante della Privacy italiano e della Suprema Corte di Cassazione: il Garante ha precisato, in più occasioni, che "non può definirsi libero, e risulta indebitamente necessitato, il consenso a ulteriori trattamenti di dati personali che l'interessato debba prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta".<sup>54</sup> Ne discende che non sarebbe mai da ritenere libero il consenso al trattamento di dati personali prestato dall'interessato per finalità promozionali, quando il titolare condiziona il godimento dei suoi servizi al rilascio dello stesso. Al contrario, in una recente decisione, la Cassazione ha introdotto un innovativo *distinguo* rispetto alla posizione consolidata del Garante, affermando l'opportunità di discernere l'ipotesi in cui la prestazione offerta dal titolare del trattamento consista in un servizio fungibile e rinunciabile senza gravoso sacrificio per l'utente, in quanto altrove fruibile, da quella in cui, vicever-

---

<sup>53</sup> In dottrina propendono per l'idea che il regolamento non pone un divieto assoluto alle operazioni di *tying* THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, cit., 538; EAD., *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., 55; METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, cit., 5; RESTA-ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 432.

<sup>54</sup> Cfr. Linee Guida Garante Privacy, 4.7.2013; Garante Privacy, provv. 27.10.2016; Garante Privacy, provv. 1.10.2015; Garante Privacy, provv. 20.12.2012.



sa, la prestazione risulti infungibile e irrinunciabile: solo in quest'ultimo caso emerge un condizionamento tale da minare la libertà del consenso, mentre dovrebbe escludersi un'automatica illiceità del trattamento dei dati, nell'ipotesi in cui esso sia prestato per finalità commerciali, sia *condicio* della fornitura di servizi di carattere fungibile.<sup>55</sup> Ad ogni modo, la manifestazione dell'autorizzazione al trattamento dei dati personali deve essere contrassegnata dalla sua inequivocabilità, frutto di un comportamento attivo dell'interessato, e specificità, nel senso che essa deve necessariamente formar parte di un atto distinguibile dalla dichiarazione di volontà del contraente intesa a concludere il contratto di fornitura.<sup>56</sup>

L'ultimo presupposto costitutivo del consenso al trattamento dei dati personali, l'informazione, è quello che più pare messo in crisi nella cornice di un mercato strutturato sulla diffusione di tecnologie capace di tracciare e rielaborare le informazioni personali degli utenti a scopi commerciali. Non a caso, il tentativo del legislatore europeo è andato nella direzione di un potenziamento delle previsioni che impongono sugli operatori economici un generale obbligo di informazione chiara e completa relativa al trattamento dei dati personali dell'interessando, preoccupandosi di definirne più puntualmente i contenuti indefettibili<sup>57</sup>. Invero, già la richiamata dir. 2002/58 in materia di comunicazioni elet-

---

<sup>55</sup> Così Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., secondo cui “in tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'art. 23 del d.lgs. n. 196/2003, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministra un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi saranno riferiti”.

<sup>56</sup> Si coglie qui come la traiettoria interpretativa delle due decisioni prese in esame, quella della CGUE e quella della Corte di Cassazione, curvi nella medesima direzione. La Suprema Corte afferma infatti che “l'interessato deve essere allora con certezza posto in condizione di raffigurarsi, in maniera inequivocabile, gli effetti del consenso prestato al trattamento dei suoi dati: di guisa che, se detto consenso comporta una pluralità di effetti – come nel caso di specie, in cui esso si estende alla ricezione di messaggi promozionali anche da parte di terzi –, lo stesso va singolarmente prestato in riferimento a ciascuno di essi, di modo che, con totale trasparenza, risulti palese che proprio ciascuno di tali effetti egli ha voluto. È dunque senz'altro da escludere che il consenso possa dirsi specificamente, e dunque anche liberamente, prestato in un'ipotesi in cui, ove gli effetti del consenso non siano indicati con completezza accanto ad una specifica “spunta” apposta sulla relativa cartella di una pagina Web, ma siano invece descritti in altra pagina Web linkata alla prima, non vi sia contezza che l'interessato abbia consultato detta altra pagina, apponendo nuovamente una diversa “spunta” finalizzata a manifestare il suo consenso” (Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., par. 2.6).

<sup>57</sup> Nel senso di una possibile individualizzazione degli obblighi di informazione come reazione al fenomeno della “massificazione” dei dati personali v. POLUDNIAK-GIERZ, *Personalization of Information Duties*



troniche individua, in seno ai *considerando* 23 e 26, nella natura dei dati sottoposti a trattamento, negli scopi e nella durata del trattamento i punti essenziali dell'informazione che deve erogare il gestore del sito internet che impiega dispositivi tecnologici come i *cookie*. Come accennato, tale normativa rinvia all'analitica individuazione operata dalla disciplina europea di protezione dei dati personali in tema di obblighi informativi gravanti sull'operatore economico che si accinga a trattare dati personali dell'utente: un'informazione da somministrarsi in modo chiaro e completo, sempre prima della manifestazione di volontà dell'interessato, immediatamente propedeutica alla formazione di un consenso consapevole. In quest'ultima sede normativa, tra le molteplici informazioni, spiccano quelle relative alla "finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento" (art. 13, par. 1, lett. c), GDPR) e agli eventuali destinatari dei dati personali (art. 13, par. 1, lett. d); nonché rispetto ai dati effettivamente oggetto di trattamento la comunicazione relativa al periodo di conservazione o i criteri utilizzati per determinare tale periodo (art. 13, par. 2, lett. a); l'esistenza del diritto dell'interessato di accesso, rettifica o cancellazione dei dati personali, alla portabilità dei dati (lett. b), del diritto di revoca (lett. c) e di reclamo a un'autorità di controllo (lett. d). Più in generale, l'intero corpo normativo è informato al principio generale di correttezza e trasparenza nel trattamento dei dati personali (art. 5 *GDPR*). Volgendo lo sguardo alla disciplina interna, l'art. 122 cod. priv. prevede una modalità *semplificata* di adempimento degli obblighi informativi relativi all'impiego di *cookie*, la cui puntuale regolamentazione è stata rimessa a un provvedimento del Garante della Privacy. Quest'ultimo ha previsto che nel momento in cui l'utente accede a un sito *web*, deve essergli presentata una prima informativa "breve", contenuta in un "*banner*" che compare immediatamente sull'*home page* avente una dimensione tale da costituire una percettibile discontinuità nella fruizione dei contenuti della pagina web che si sta visitando, integrata da una successiva informativa "estesa" alla quale accedere attraverso un *link* cliccabile dall'utente. Inoltre, il Garante ha stabilito che in codesto avvertimento indicante l'informativa breve dovrà essere contenuta anche la richiesta di consenso all'uso dei *cookie*.<sup>58</sup>

Nonostante questa analitica regolamentazione degli obblighi di informazione, la barriera cognitiva eretta per l'utente *medio* della rete dalla complessità tecnica dei *cookie*, la

---

*Challenges for Big Data Approach*, in *European Review of Private Law*, 2018, 297 ss. PORAT-STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Mich. L. Rev.*, 2014, 1417.

<sup>58</sup> Così ha previsto il menzionato provvedimento del Garante della Privacy n. 229 dell'8 maggio 2014, ove si è stabilito altresì che la cd. informativa breve dovrà in ogni caso far necessariamente riferimento, tra l'altro, all'uso di *cookie* di profilazione, alla presenza di *cookie* di terzi rispetto al gestore del sito, alla possibilità che continuando nella navigazione del sito si manifesti un'accettazione dei *cookie*.



naturale tendenza di internet ad una crescente rapidità e intuitività d'uso e il comportamento delle compagnie tecnologiche concorrono ad aggravare il divario di conoscenze esistente tra *provider* e *user*<sup>59</sup>. Alcune notissime vicende recenti, primo fra tutti il caso Facebook – Cambridge Analytica, hanno scostato il velo sulle potenziali degenerazioni della profilazione di dati personali di milioni di individui e rivelato l'estrema *opacità* del mercato dei dati personali, che si è giovato di una strutturale e deliberata asimmetria informativa tra operatori e utenti<sup>60</sup>. Non può sfuggire un parallelismo tra il comportamento recente dei colossi del *web*, che spesso si dichiarano “custodi” della *privacy* dei loro utenti, e il *modus operandi* delle grandi banche e società di investimento nei primi anni duemila<sup>61</sup>. Si pensi alla manifesta ritrosia delle compagnie tecnologiche della *Silicon Valley* nel divulgare al mercato e all'opinione pubblica informazioni relative ai circuiti di destinatari e alle modalità con cui si svolge lo sfruttamento dei dati personali degli utenti, sovente celate dietro agli assunti (indimostrati) della complessità dell'algoritmo e dell'idea per cui una tecnologia libera da regole eteronome “massimizza” il benessere degli individui. Questa “mitologia” aziendale, riassunta infine nel *refrain* del *too big to fail*, non può non riportare drammaticamente alla mente le parole dei “sacerdoti” della finanza che, prima della crisi dei mutui *subprime*, pretendevano di giustificare il difetto di trasparenza del mercato finanziario sotto il parafulmine della complessità dei suoi prodotti e della rassicurazione che la cd. *deregulation* perseguisse il bene della società.

Dalle considerazioni svolte si ricava che, se guardati dalla prospettiva della singola

---

<sup>59</sup> Assegna un valore centrale agli obblighi informativi l'Avvocato generale, nelle conclusioni a margine della richiamata decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 1 ottobre 2019, causa C-673/17, ove sostiene che “l'informazione chiara e completa implica che un utente sia in grado di stabilire agevolmente le conseguenze di eventuali consensi prestati. A tal fine, l'utente stesso dev'essere in grado di valutare gli effetti delle proprie azioni. Le informazioni fornite devono essere chiaramente comprensibili e non soggette ad ambiguità o interpretazione e devono essere sufficientemente dettagliate, in modo da consentire all'utente di comprendere il funzionamento dei cookie effettivamente impiegati” (punti 114-115 delle Conclusioni).

<sup>60</sup> Nell'elaborazione giuridica cfr. WENDEHORST, *Hitting the Tip of the Iceberg – Challenges of Data Protection and the Data Economy*, in *EUCML*, 2018, 49-50; GOANTA-MULDERS, *Move Fast and Break Things': Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media*, *ivi*, 137 ss.; POLAŃSKI, *Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal*, *ivi*, 141 ss. Nelle cronache giornalistiche si vedano gli articoli di MCKENZIE, *Facebook's Mark Zuckerberg says sorry in full-page newspaper ads*, *CNN*, 25 marzo 2018; SOLON, *Facebook says Cambridge Analytica may have gained 37m more users' data*, *The Guardian*, 4 aprile 2018. Per le trascrizioni dell'intervista al Senato americano del proprietario di Facebook Mark Zuckerberg v. *Transcript of Mark Zuckerberg's Senate hearing*, *The Washington Post*.

<sup>61</sup> Spunti di riflessione nel volume di FOROZHAR, *Don't be evil: the case against big tech*, London, 2019.



relazione, atomisticamente considerata, tra *provider* e *user*, gli obblighi di informazione relativi a un trattamento di dati personali eseguito mediante strumenti ad alto tasso di complessità tecnologica come i *cookie* di profilazione rischiano di risultare inefficaci o insufficienti al raggiungimento dello scopo della formazione di una volontà effettivamente consapevole dell'interessato. La conclusione potrebbe invece ribaltarsi, qualora si allarghi l'obiettivo sul modo complessivo di operare delle grandi compagnie tecnologiche nell'accesso, condivisione e sfruttamento dei dati personali sul mercato digitale: da questa angolazione, emerge la pressante esigenza che il mercato dei dati personali sia informato ai principi generali di *trasparenza*, specie in punto di *policies* di informazione sulle finalità, sui destinatari e sugli strumenti tecnologici che ne consentono l'elaborazione, e di *correttezza* delle attività di trattamento. Siffatta considerazione "aggregata" degli interessi in gioco deve essere estesa anche alla ricerca di tutele, quanto più possibile *effettive*, poste a presidio della circolazione dei dati personali, tematica alla quale si volgerà da subito l'attenzione.

6. – Quest'ultimo ordine di considerazioni trova la sua scaturigine nella progressiva *attrazione* delle attività di raccolta e circolazione dei dati personali al mercato digitale e al contratto avente ad oggetto la fornitura di contenuti e servizi digitali<sup>62</sup>. S'intesse una trama sempre più fitta di interazioni, e quindi anche di possibili frizioni, tra le regole di circolazione dei dati personali e dei contratti del consumatore, oggi emersa a livello del diritto positivo nell'ambito dei considerando e delle previsioni della menzionata *Digital Content and Service Directive* (dir. UE 2019/770). In altri termini, si è avviato un processo di avvicinamento delle logiche e dei dispositivi di tutela dei dati personali allo *statuto consumeristico*. Le ripercussioni più rilevanti di questa *consumerizzazione* della re-

---

<sup>62</sup>La prospettiva d'indagine che guarda agli intrecci tra protezione dei dati personali e contratto è di più recente elaborazione, sicuramente stimolata dalla Proposta di Direttiva sui contratti di fornitura di contenuto digitale (e ancora in via di sviluppo. Secondo alcuni autori i rapporti tra tutela dei dati personali e disciplina del contratto non sono agevolmente decifrabili: HERMSTRÜWER, *Contracting Around Privacy – The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, 9; BEN-SHAHAR-STRAHILEVITZ, *Contracting over Privacy: Introduction*, in *Journal of Legal Studies*, 2016, 6. Per una visione generale sulle questioni sollevate cfr. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, cit., 314 ss.; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali, tra privacy e contratto*, cit., passim; RESTA-ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 420 ss.; RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 95 ss.; C. PERLINGERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, 88 ss.



golamentazione del trattamento dei personali si avvertono sul piano della integrazione e del rafforzamento delle tutele attivabili dall'interessato/consumatore per il caso di trattamento di dati personali non trasparente, scorretto, "illecito" nel linguaggio del *GDPR*, da parte di un operatore economico<sup>63</sup>.

Nel quadro raffigurato, è destinata a giocare un ruolo centrale la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Situata, com'è noto, in una terra di frontiera tra la disciplina del mercato e del contratto, con un occhio guarda agli effetti ingenerati sul mercato dai comportamenti degli operatori economici e con l'altro non perde di vista la singola relazione negoziale tra il professionista e il consumatore<sup>64</sup>. Questa disciplina pare, pertanto, idonea a intercettare tutti quei comportamenti concernenti in senso lato il trattamento di dati personali, posti in essere dagli operatori della rete e indistintamente rivolti alla sterminata platea di utenti della rete, che si collochino a stretto ridosso della promozione o dell'esercizio *online* di un'attività professionale. L'ampia portata della nozione di pratica commerciale – concepita come ogni azione o omissione che abbia riguardo alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto o servizio ai consumatori posta in essere da un professionista "prima, durante o dopo un'operazione commerciale"<sup>65</sup> – è capace di ricomprendere dalle *policies* di informazione sull'impiego dei *cookie* al *design* delle modalità di manifestazione del consenso; dalle attività di tracciamento ed elaborazione delle informazioni ai comportamenti successivi al trattamento, di conservazione ed eliminazione dei dati raccolti.

Com'è noto, nella norma di divieto generale delle pratiche commerciali scorrette, il

---

<sup>63</sup> Un'analogia impostazione è seguita da HELBERGER-BORGESIU-REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection*, cit., 1427. Per un diverso approccio che lega la protezione dei dati personali del consumatore alle categorie proprietarie TJONG TJIN TAL, *Data ownership and consumer protection*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2018, 136 ss.

<sup>64</sup> Per l'applicazione generalizzata della disciplina delle pratiche commerciali sleali ai comportamenti dei professionisti concernenti il trattamento e l'informazione in materia di dati personali si vedano GOANTA-MULDERS, *Move Fast and Break Things': Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media*, cit., 140 ss.; nonché DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali, tra privacy e contratto*, cit., 101 ss., il quale si sofferma sull'ipotesi, non a caso meno diffusa in tempi più recenti, dell'autocelebrazione della totale gratuità che i *social network* fanno sui propri siti, con riferimento ad un contratto in realtà da qualificarsi a titolo oneroso in quanto implicante la cessione di dati personali da parte dell'utente e la sua autorizzazione al trattamento: secondo l'A. tale specifico comportamento potrebbe rilevare a mente dell'art. 23, comma 1, lett. v), cod. cons., che qualifica come pratica in ogni caso ingannevole (cd. *black list*) quella consistente nel descrivere come gratuito un certo prodotto per il quale sono, in realtà, previsti costi e oneri in capo al consumatore.

<sup>65</sup> È la nozione di pratica commerciale scorretta che si ricava ex artt. 18 e 19 del codice del consumo, di recepimento dell'art. 3 della dir. 2005/29/CE in materia.



*test* di scorrettezza è volto a verificare se la pratica abbia falsato o sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio (art. 20 cod. cons.); nella sua declinazione particolare di divieto di pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22 cod. cons.), oggetto di scrutinio è la trasmissione da parte del professionista di informazioni inesatte o comunque decettive (azione ingannevole) o la mancata informazione (omissione ingannevole) su elementi rilevanti, capace di indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Appare evidente, per la descritta rilevanza primaria assunta dall'accesso e dallo sfruttamento commerciale dei dati personali dei consumatori nel mercato digitale, che un'informazione poco chiara e trasparente o addirittura ingannevole, concernente, ad esempio, le finalità d'uso e i destinatari che avranno accesso alle informazioni personali, così come altre condotte scorrette relative alle attività di trattamento dei dati personali siano idonee a falsare le decisioni di un utente medio di internet, provocando effetti distorsivi del gioco della concorrenza, e possano pertanto integrare una pratica commerciale scorretta (*sub specie* di azione o omissione ingannevole)<sup>66</sup>. Le tutele di carattere amministrativo contemplate dalla disciplina in esame, affidate alle cure dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, possono meglio assolvere ad una funzione generalizzata di protezione dei dati personali dei consumatori, ingenerando un effetto di deterrenza di condotte che si discostino dalle direttive generali di trasparenza e correttezza e di orientamento degli operatori di mercato verso buone pratiche.

D'altra parte, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non ignora anche la possibile dimensione individuale della relazione negoziale che si instauri tra professionista e consumatore, sulla quale interferisca a vario titolo la tenuta di una pratica commerciale scorretta. Il quadro delle tutele civilistiche che possono essere fatte valere dai singoli consumatori ha, di recente, conosciuto significativi mutamenti: la dir. (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019, volta a una migliore applicazione e modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, ha apportato una serie di modifiche alla dir. 2005/29, *in parte qua* prevedendo che i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a "rimedi proporzionati ed effettivi", quale in particolare il risarcimento del danno nonché, nell'ipotesi in cui la pratica scorretta abbia immediata refluente in un rapporto contrattuale, i rimedi della riduzione del prezzo o della risoluzione

---

<sup>66</sup> Cfr. VAN EIJK-HOOFNAGLE-KANNEKENS, *Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection*, in *European Data Protection Law Review*, 2017, 325.



del contratto<sup>67</sup>. Si istituisce espressamente un apparato di tutele squisitamente civilistiche destinato ad affiancarsi, una volta recepite nell'ordinamento interno, al menzionato binario della tutela di ordine amministrativo, così colmando una lacuna ampiamente denunciata dalla dottrina nel recepimento della disciplina europea in materia<sup>68</sup>.

7. – Scattare una fotografia dell'attuale stadio di evoluzione del diritto europeo in materia di protezione dei dati personali, ancora in movimento magmatico, è compito non agevole e conduce a considerazioni che inevitabilmente scontano un alto tasso di provvisorietà.

In risposta allo sviluppo *data-driven* dell'economia digitale, il legislatore europeo pur di arrivare a una prima regolazione del fenomeno ha assunto una posizione, per così dire, molto *juridically correct*: per un verso, non chiude gli occhi sul dato empirico, invero inconfutabile, dell'esistenza di un florido mercato dei dati personali e sul rilievo assunto dal profilo dell'accesso e della circolazione delle informazioni personali nell'economia digitale veicolato da ritrovati tecnologici come i *cookie* di profilazione; per altro, ribadisce il rango di diritto fondamentale dell'individuo alla protezione dei propri dati personali anche, e soprattutto, allorquando essi siano fatto oggetto di sfruttamento commerciale da parte di un operatore economico<sup>69</sup>. Si è già osservato come prenda vita un'area di *in-*

---

<sup>67</sup> Lungo questa linea di ragionamento, si staglia la complessa questione – che non è possibile dissodare per i limiti di questo contributo – riguardante le tutele contrattuali invocabili dal consumatore che sia parte di quello schema contrattuale, contemplato dal menzionato art. 3, par. 1, 2° cpv., dir. 2019/770, nel quale “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”. Si tratta di verificare se la non conformità alle prescrizioni di cui al regolamento (UE) 2016/679 costituisca anche un difetto di conformità del contenuto o servizio digitale oggetto di una prestazione contrattuale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi previsti dalla dir. 2019/770; di riflesso, se il consumatore/interessato al trattamento dei propri dati personali deve poter godere del diritto di avvalersi delle tutele tipicamente contrattuali previste dalla direttiva stessa: il diritto di recesso di cui all'art. 13 per il caso di mancata fornitura che, nell'ambito di un contratto che non prevede il pagamento di un corrispettivo pecuniario, si estende anche alle difformità di lieve entità (arg. ex 14, par. 6, *DCSD*); il ripristino della conformità secondo le regole dettate dai paragrafi dall'1-3 dell'art. 14; ovvero, in seconda battuta, la risoluzione del contratto. Sul punto v. 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*, cit., 515 ss.

<sup>68</sup> Così per tutti DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2008, 90 ss.; GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, in *Obbl. contr.*, 2007, 778.

<sup>69</sup> Nella direzione di una critica alla prospettiva personalistica della disciplina dei dati personali e della improrogabile necessità di prendere atto della dimensione patrimoniale assunta dalla circolazione dei medesimi RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf. inform.*, 2018, 689.



*terferenza*, e di potenziale cortocircuito, tra la disciplina del mercato e del contratto digitale e la normativa di protezione dei dati personali<sup>70</sup>. Essa emerge esplicitamente all'art. 3, par. 8, della dir. 2019/770, che fa salva l'applicazione a qualsiasi dato personale "trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1" del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, menzionando espressamente il *GDPR* e la direttiva 2002/58/CE, e sancisce la primazia delle regole di tutela dati personali in caso di conflitto con le previsioni della direttiva medesima. Si scorge, dunque, l'emersione di un *Data Consumer Law*<sup>71</sup>, in seno al quale sono destinate a coesistere due anime, quella del mercato e quella della tutela dei diritti fondamentali, informate a paradigmi e logiche profondamente diversi, talora collidenti: spetterà al delicato lavoro degli interpreti porre le condizioni che rendano possibile e fruttuosa questa convivenza "forzata".

In quest'ottica, per un verso, si è provato a fare emergere un concetto *qualificato* di consenso al trattamento di dati personali che funga da presidio effettivo di tutela preventiva del diritto fondamentale della persona interessata. Suffragata dall'elaborazione della Corte di Giustizia dell'UE, si è "calata" l'esegesi e la concreta applicazione dei requisiti dell'inequivocabilità, della specificità, della libertà e dell'informazione del consenso, previsti dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, nella concreta dimensione della rete, talora con esiti discordi rispetto a consolidati principi della teoria generale dell'atto di autonomia privata. Per altro verso, si è osservato come tracciamento, raccolta e circolazione dei dati personali siano fenomeni sempre più integrati nella promozione e nell'esercizio di attività economiche specie sul mercato digitale, fino a formarne in molti casi il *core business*. Si è, di riflesso, colta la tendenza, sul piano sistematico, alla consumerizzazione delle regole di protezione dei dati personali e avanzata l'idea di una *contaminazione* con la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, fruttuosa sul piano dell'*effettività* dell'integrazione con i rimedi tipicamente consumeristici per il caso di violazione delle prescrizioni generali in tema di informazione e trattamento dei dati personali da parte di un operatore economico sul mercato digitale.

Più in generale, lo sforzo del civilista sembra dover muovere dalla presa di consape-

---

<sup>70</sup> Lo sottolinea 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*, cit., 505, secondo la quale "i termini di combinazione della normativa contrattuale con quella sui dati non sono ancora del tutto chiari, laddove si tratti di definire non soltanto la procedura di perfezionamento del contratto con riguardo alla eventuale raccolta di dati personali del consumatore".

<sup>71</sup> Così HELBERGER-BORGESIUUS-REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, cit., 1461.

## JUS CIVILE



volezza che, di là delle etichette impiegate – capitalismo cognitivo, biocapitalismo<sup>72</sup>, capitalismo della sorveglianza<sup>73</sup>, che colgono diverse sfumature di una medesima tendenza – si è in un tempo di passaggio “dall’avere una economia di mercato all’essere una società di mercato”<sup>74</sup>. Oggi il mercato si erige sullo sfruttamento sistematico della personalità, dell’identità, delle azioni individuali, colti sino agli aspetti più elementari e quotidiani della vita della persona, presa in considerazione quale mero *user*. Così se i dati personali sono la materia prima, il valore aggiunto è di tipo “comportamentale”<sup>75</sup>: ovverosia dalle informazioni e dalle azioni individuali (le ricerche compiute, i siti visitati, le pagine seguite, i video guardati, i *like* espressi, i post pubblicati *etc.*), gli operatori economici digitali sono in grado – grazie alla capacità tecnologica di profilazione e alla dimensione di massa dei dati raccolti – di predire i *comportamenti* futuri degli utenti e, in certi casi, di indirizzarli e influenzarli. Affinché la regolazione normativa sia latrice di un progresso tecnologico ed economico orientato al benessere sociale, nel percorso di costruzione di questo “diritto del mercato dei dati personali” dovrebbe affiancarsi al concetto, statico e in qualche modo ancora grezzo, di dati personali quello di *comportamenti personali*: sono questi ultimi, infatti, il “prodotto finito” del processo economico di reificazione e mercificazione per mezzo del quale il mercato digitale si alimenta. In siffatto contesto, la protezione dei dati personali non domanda più tanto la salvaguardia della riservatezza della sfera personale dell’individuo, bensì esige la garanzia del controllo da parte della persona interessata e dell’ordinamento che si rafforza nel momento in cui le informazioni personali circolano e si trasformano nella previsione e nell’orientamento dei suoi comportamenti futuri, economici e non.

---

<sup>72</sup> CODELUPPI, *Il biocapitalismo*, Torino, 2008.

<sup>73</sup> ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

<sup>74</sup> È l’espressione usata dal filosofo SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Milano, 2015.

<sup>75</sup> Lo definisce “surplus comportamentale” ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, passim e spec. 12.