

CONSENSO AL TRATTAMENTO E LIBERTÀ

Di Giusella Finocchiaro

| 3

SOMMARIO: 1. Introduzione. Consenso e libertà nel contratto e nel trattamento dei dati personali. - 2. Il quadro normativo. - 3. Gli orientamenti giurisprudenziali. - 4. La libertà del consenso in una dimensione contestuale.

ABSTRACT. Consenso e libertà si declinano oggi anche in due ambiti che appaiono essere sempre più prossimi: quello del contratto e quello del trattamento dei dati personali. Il contributo indaga il quadro normativo e gli orientamenti giurisprudenziali rilevanti, per giungere a ricostruire la libertà del consenso in una dimensione contestuale.

Today, consent and freedom also decline in two areas that appear to be increasingly closer: that of contract and that of personal data processing. The article investigates the legislative framework and the relevant case-law, concluding by theorizing the freedom of consent in a contextual dimension.



1. Introduzione. Consenso e libertà nel contratto e nel trattamento dei dati personali.

Consenso e libertà si declinano oggi anche in due ambiti che appaiono essere sempre più prossimi: quello del contratto e quello del trattamento dei dati personali. Se, infatti, fino a qualche tempo fa la cesura fra patrimonialità e non patrimonialità era netta, ora essa non è più così evidente.

È noto che per molto tempo, la riflessione sul consenso (e quindi sulla libertà dello stesso) nel contratto e quella sul consenso (e, quindi, sulla libertà del medesimo) nel trattamento dei dati personali abbiano proceduto lungo due binari differenti e paralleli, che si assumeva fossero destinati a non incontrarsi: da un lato quello del contratto e dei diritti patrimoniali, e dall'altro quello dei diritti della persona e dei diritti non patrimoniali e indisponibili. Ora i due binari non paiono più inevitabilmente paralleli ma si intrecciano, in modi non del tutto scontati.

Il discorso sulla libertà, oggetto di questo scritto, si svolge in entrambi gli ambiti individuati: per un verso, l'ambito della libertà negoziale, di tipo contrattuale e, per un altro, l'ambito della libertà nella protezione dei dati personali. Nell'ambito contrattuale, poi, si può praticare un'ulteriore specificazione, che attiene ai contratti con i consumatori.

La libertà riguarda la fase di formazione della volontà e la fase di espressione della medesima: è dunque libertà *di* e *nell'*esprimere il consenso. Acquisite le informazioni necessarie, la volontà è libera nella formazione e poi, in assenza di coercizioni, anche di tipo tecnologico, nella sua espressione.

Sotto il profilo normativo, quindi, occorre considerare le disposizioni in materia di contratto in generale, quelle in materia di contratti con i consumatori e poi quelle concernenti il trattamento dei dati personali.

2. Il quadro normativo.

Il tema in oggetto trova il suo più diretto referente normativo nel combinato disposto dell'art. 4, n. 11, e dell'art. 7 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 “relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati”, ormai più noto come “GDPR”, che detta i requisiti di validità del consenso, quale base giuridica del trattamento (art. 6, 1° co., lett. a)¹.

Secondo l'art. 4, n. 11, per “consenso dell'interessato” s'intende “qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, median-

La ricerca è stata svolta nell'ambito del Progetto PNRR “Partenariato Esteso” (PE0000014)SERICS - SEcurity and RIGhts in the CyberSpace, Spoke 1 – Cyberrights (CUP J33C22002810001), finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU.

¹ Si segnala, al riguardo, l'interessante posizione di S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.*, 2022, 536 ss.

te dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento”.

L’art. 7, invece, al 1° co., precisa che “qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l’interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali”. E poi, al 4° co., che: “nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si 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”.

Il 4° co. dell’art. 7 del GDPR – che si occupa della condizionalità, o “conditionality” del consenso dell’interessato – rappresenta la prima e, in una prospettiva interna alla *data protection*, la principale disposizione da considerare per la soluzione del quesito se la libertà dell’interessato possa coesistere con la logica dello “scambio” e della remunerazione del consenso al trattamento². Si utilizza qui il termine “scambio” in senso economico e non giuridico, e quindi atecnico, senza volersi in alcun modo riferire al tipo di contratto che eventualmente disciplinerebbe tale scambio, tema che non è oggetto di questo scritto.

In ambito contrattuale, le disposizioni che integrano il quadro normativo si leggono nel Codice del Consumo³ e, in particolare, nelle recentissime modifiche apportate dal legislatore italiano chiamato ad attuare le due direttive europee in materia.

Giova considerare, in particolare, le seguenti disposizioni.

Innanzitutto, l’art. 3, 1° co., secondo periodo, della Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 “relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali”, che recita: “la presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l’operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall’operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l’assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l’operatore economico e quest’ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti”⁴.

E inoltre, l’art. 4, n. 2, lett. b), della Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori, c.d. “Direttiva Omnibus”, ove si legge: “la presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e

² Sull’interpretazione della norma v. le Linee Guida dello EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, 4.5.2020, § 25 ss.

³ Si tratta, come è noto, del d.lgs. 6.9.2005, n. 206.

⁴ Disposizione quasi letteralmente ripresa nel recepimento italiano, dall’art. 135 *octies* Cod. cons. modificato dal d.lgs. 4.11.2021, n. 173.

il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo"⁵.

Tale estensione delle tutele consumeristiche conferma che, almeno in via di principio, l'interessato può esercitare la propria libertà di prestare il consenso anche allo scopo di usufruire di contenuti e di servizi, in luogo di pagarne il prezzo in denaro, benché le norme citate individuino un rapporto di contestualità e non di causalità.

La disposizione dell'art. 7 si presta ad essere intesa, sostanzialmente, secondo due chiavi di lettura.

Secondo un approccio più tradizionale, già la sola dimensione dello "scambio" basta a condizionare irrimediabilmente la libertà dell'interessato. Si ritiene che laddove vi sia un contratto non vi possa essere libertà del consenso al trattamento dei dati: il fatto che il godimento di un bene o la fruizione di un servizio rappresentino la contropartita della fornitura delle informazioni relative alla persona fisica renderebbe il consenso al loro sfruttamento senz'altro necessitato⁶.

Secondo una diversa impostazione, che intende coniugare commerciabilità dei dati personali e protezione della persona, l'idea dello "scambio" appare in astratto compatibile con la libertà del consenso. In questa prospettiva, l'art. 7, 4° co., GDPR rappresenta il riconoscimento, e non già la negazione, della possibilità di esercitare la libertà di determinazione informativa ottenendo una remunerazione per il consenso al trattamento⁷.

3. Gli orientamenti giurisprudenziali.

⁵ Disposizione quasi letteralmente ripresa nel recepimento italiano, dal nuovo co. 1 *bis* dell'art. 46 Cod. cons., modificato dal d.l.gs. 7.3.2023, n. 26.

⁶ Sul punto, v. A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 711 ss.: "In linea di principio sono dunque illegittime le operazioni di *tying*, cioè di offerta di una prestazione subordinatamente al consenso al trattamento per finalità non necessarie". L'Autore richiama una risalente posizione del Garante italiano, il quale nel provvedimento inibitorio e prescrittivo nei confronti di AdSpray S.r.l. del 25 settembre 2014 rilevava: "come già più volte rilevato da questa Autorità (...) 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" (prov. n. 427 del 25 settembre 2014, doc. web n. 3457687). Si occupano del tema anche G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.

⁷ Sintetizza il punto C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 96: "Subordinare l'esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati è circostanza da tenere 'nella massima considerazione' ai fini di valutare la libertà del consenso senza che, tuttavia, dalla norma possa trarsi un divieto generalizzato di porre in essere uno scambio tra la prestazione di un servizio e il rilascio del consenso al trattamento dei dati per finalità estranee all'esecuzione di quel servizio".

Il tema della libertà del consenso al trattamento, con particolare riguardo allo “scambio” di dati personali per la fruizione di servizi *on line*, è stato oggetto di crescente attenzione, negli ultimi anni, da parte della giurisprudenza⁸.

Anzitutto, vanno menzionate alcune recenti pronunce dei giudici amministrativi, che nel presupporre che i dati personali avessero la natura di utilità patrimoniali, suscettibili di formare oggetto di “scambio” e, inoltre, di rapporti di consumo, hanno sottolineato la necessità di preservare la libertà dell’interessato chiamato a decidere se fornire o meno le informazioni che lo riguardano⁹.

⁸ La questione è stata analizzata approfonditamente anche dalla dottrina. La dottrina più recente tende ad ammettere che la libertà dell’interessato possa declinarsi anche nella direzione dello “scambio” dei dati personali contro contenuti e servizi digitali, sottolineando, però, che il requisito della libertà dell’interessato va inteso in senso rigoroso. Naturalmente, le ipotesi ricostruttive sono molteplici. Si distingue, in particolare, tra gli autori che tengono separato il contratto di fornitura del bene o del servizio dall’atto unilaterale con cui l’interessato autorizza il trattamento dei propri dati personali e coloro che configurano l’esistenza di un vero e proprio sinallagma tra la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali e i servizi forniti dal titolare. Per la prima posizione, v. A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2020, 889 ss.; F. 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., ma anche, con varietà di accenti, S. PAGLIANTINI, *L’attuazione minimalista della dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies - 135 vicies ter c.cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2022, 1499 ss.; G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir.*, I *Tematici: il contratto*, Milano, 2021, 291 ss., spec. § 9; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jusciv.*, 2021, 870 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto. Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 158 ss.. Per la seconda posizione, v. G. Buset, *Brevi note sull’attribuzione del godimento nel prisma della evoluzione tecnologica*, in *Jusciv.*, 2022, 511 ss.; P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1054 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, 760 ss.; C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *ItaLJ*, 2019, 5, 615 ss.

⁹ Al riguardo si vedano C. St., 29.3.2021, n. 2631 (che ha confermato T.A.R. Lazio n. 261/2020) e T.A.R. Lazio, sez. I - Roma, 10.1.2020, nn. 260 e 261. Quanto alla pronuncia del Consiglio di Stato, v. *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1079 ss., con nota di D. D’ALBERTI, *Tutele “multilivello” e l’effettività dei rimedi per gli utenti online*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1604 ss., con nota di L. CASALINI, *Dati personali all’intersezione tra diritto del consumo e tutela della privacy; Giustiziavivile.com*, con nota di V. RICCIUTO e C. SOLINAS, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto*, in *Foro it.*, 2021, III, 325 ss., con nota di A. D’AVOLA e R. PARDOLESI, *Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i “dark pattern”): parallele convergenti?*. Per quanto concerne, invece, la pronuncia del T.A.R. Lazio n. 260/2020, v. *Giur. it.*, 2021, 320 ss., con nota di C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità e pratiche commerciali scorrette; Juscivile*, 2020, 1355, con nota di B. PARENZO, *Dati personali come “moneta”*. Infine, con riferimento a T.A.R. Lazio n. 261/2020, si rimanda a *Dir. ind.*, 2021, 511 ss., con nota di G.P. PASTUGLIA, *Prime note in materia di coordinamento tra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e regole privacy*.

Ancor più recentemente il T.A.R. Lazio ha confermato la sanzione irrogata dall’AGCM nei confronti di Google, ritenuto responsabile di aver adottato pratiche commerciali scorrette,

Anche la giurisprudenza civile non ha escluso la possibilità di “scambiare” dati personali contro servizi, affermando, al contempo, la necessità che la libertà del consenso dell’interessato sia rigorosamente accertata¹⁰. Con la nota pronuncia del 2 luglio 2018, n. 17278 (c.d. “caso AdSpray”)¹¹, la Corte di cassazione ha affermato, con riferimento alla condizionalità del consenso al trattamento, alcuni importanti principi.

In primo luogo, quello per cui è “da escludere che il consenso (...) sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali”, tanto che il medesimo è “tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto dell’intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento”. Secondo la Corte, il consenso in questione va “ricondotto alla nozione di ‘consenso informato’, nozione ampiamente impiegata in taluni settori – basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie – in cui è particolarmente avvertita l’esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell’esplicazione del diritto di autodeterminazione dell’interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione”. Ancora, la Corte ha rilevato che un condizionamento *ex art. 7, 4° co., GDPR* “non può sempre e comunque essere dato per scontato”, dovendo però “essere tanto più ritenuto sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore del sito Internet sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l’interessato”. In definitiva, “l’ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato”.

Dalla giurisprudenza passata in rassegna emerge che lo “scambio” di dati personali non è vietato, purché l’interessato sia adeguatamente informato e non sia in alcun modo condizionato, né dal modo in cui le informazioni gli vengono fornite, né dai mezzi tecnologici a questo scopo adoperati.

consistenti nel: non aver fornito agli utenti informazioni sufficientemente chiare in merito alla raccolta ed utilizzo dei loro dati personali a fini commerciali; aver preimpostato il consenso dei consumatori al trasferimento dei loro dati a Google a scopi commerciali, limitandone così fortemente la libertà di scelta in ordine alla prestazione del consenso. Si veda, in particolare, T.A.R. Lazio, sez. I - Roma, del 18.11.2022, n. 15326, disponibile su *Dejure*.

¹⁰ Per completezza d’analisi, si segnala la decisione del Trib. Bologna, sez. II, 10.3.2021, in *Dejure*, che ha affermato l’esistenza di un sinallagma tra la fornitura di servizi di *social network* e i dati personali concessi dall’utente: “A prescindere dall’utilizzo che la resistente [Facebook] ne faccia (se li ceda e li trasmetta a terzi oppure se ne serva soltanto per offrire ai terzi i presupposti di una informazione pubblicitaria mirata), non può revocarsi in dubbio che i dati personali dell’utente abbiano un manifesto valore economico e siano inquadrabili come controprestazione nel rapporto utente-gestore (...). Ne consegue il carattere evidentemente oneroso del rapporto negoziale, posto che il contratto è fondato su un evidente sinallagma, per cui alla prestazione del servizio da parte del gestore corrisponde il suo interesse ad utilizzare i contenuti, le reti di relazioni e i dati personali dell’utente, a fini di raccolta pubblicitaria”. Nella specie il ricorrente agiva in giudizio lamentando l’immotivata rimozione da parte di Facebook delle pagine di cui era titolare, rimozione che il giudice ha qualificato come “inadempimento”, e chiedendo il risarcimento del conseguente danno.

¹¹ V. *Giur. it.*, 2019, 530 ss., con nota di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1775 ss., con nota di F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*.

Il problema risulta particolarmente delicato e complesso quando si è in presenza di una situazione di sproporzione strutturale, informativa o economica, tra l'interessato ed il titolare.

In particolare, l'attenzione si è soffermata sulle grandi piattaforme nel mercato digitale.

Su questo delicato punto si è pronunciata la Corte di Giustizia dell'UE, nell'ambito della causa C-252/21, tra il gruppo Meta Platforms e il Bundeskartellamt, l'Autorità federale garante della concorrenza tedesca. Significativamente, l'Avv. Generale Rantos, il 20 settembre 2022, concludeva nel senso che: “L'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD devono essere interpretati nel senso che la sola circostanza che l'impresa che gestisce una rete sociale goda di una posizione dominante sul mercato nazionale delle reti sociali in linea per utenti privati non può, di per sé, privare il consenso dell'utente di tale rete al trattamento dei suoi dati personali della sua validità ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11, del RGPD. Siffatta circostanza svolge tuttavia un ruolo nella valutazione della libertà del consenso ai sensi di tale disposizione – la cui dimostrazione incombe al titolare del trattamento – tenendo conto, se del caso, dell'esistenza di un evidente squilibrio di potere tra l'interessato e il titolare del trattamento, dell'eventuale obbligo di acconsentire al trattamento di dati personali diversi da quelli strettamente necessari per l'erogazione dei servizi di cui trattasi, della necessità che il consenso sia specifico per ciascuna finalità del trattamento e della necessità di evitare che la revoca del consenso da parte dell'utente causi a quest'ultimo un pregiudizio”¹².

Le conclusioni dell'Avvocato Generale confermano che la libertà non è sempre e in ogni caso compromessa dall'esistenza di un evidente squilibrio di potere tra le parti – l'interessato e il titolare – né dalla circostanza che il consenso viene dato in cambio della fruizione del servizio. Questa impostazione ha poi trovato conferma nella sentenza della CGUE¹³.

Ancorché indirettamente, rileva altresì quanto già affermato dalla Corte di Giustizia nella decisione dell'11 novembre 2020, resa nella causa C-61/69, il caso c.d. “Orange Romania”¹⁴.

Chiamata ad indicare quali condizioni devono essere soddisfatte affinché una manifestazione di volontà possa dirsi specifica, informata e liberamente espressa¹⁵, la Corte ricorda che ogni condotta decettiva o anche solo opaca,

¹² Le osservazioni dell'Avvocato Generale si riferiscono alla sesta questione pregiudiziale, ossia quella che “chiede di chiarire se, in generale, gli utenti possano prestare un valido consenso nei confronti di una società dominante come Facebook Ireland, ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD, come disposto dal Bundeskartellamt per rimediare all'asserita violazione, o se la manifestazione di libera volontà richiesta a tal fine dall'articolo 4, paragrafo 11, del RGPD debba essere sempre esclusa nei confronti di una società in posizione dominante come Facebook Ireland, anche quando l'esecuzione del contratto non dipende dal consenso al trattamento dei dati”.

¹³ CGUE, Grande Sezione, 4.7.2023, causa C-252/21, in particolare par. 140 ss., consultabile su <https://curia.europa.eu>.

¹⁴ La causa vedeva contrapposte l'Orange România SA, fornitore di servizi di telecomunicazione mobile nel mercato rumeno, e l'Autorità nazionale di sorveglianza del trattamento dei dati personali della Romania.

¹⁵ Giova rilevare che la CGUE decideva la questione pregiudiziale con riferimento alla normativa abrogata dal GDPR, l'art. 2, lett. h) della Direttiva 95/46/CE. Sebbene le rifles-

tenuta dal titolare che chieda il consenso all'interessato, ne esclude il carattere libero. La decisione non può invece essere letta nel senso di escludere, in termini assoluti, la libertà dell'interessato posto di fronte al contratto condizionato al rilascio del consenso al trattamento dei dati personali.

Dunque, sia nel caso Orange che nel caso Meta, non si esclude che il consenso al trattamento dei dati personali possa ritenersi libero, benché prestatato a fronte di un servizio. In entrambi i casi, però, il giudizio è fortemente legato all'esame del contesto specifico in cui lo scambio si svolge. Si tratta, quindi, di una lettura strettamente collegata al caso per caso, alla contestualità, all'esame di tutti gli elementi in cui il consenso si forma e in cui la libertà si esplica.

4. La libertà del consenso in una dimensione contestuale.

Da quanto si è esposto, emerge che al cuore del problema sta l'individuazione delle caratteristiche della libertà.

Infatti, nel discutere dei requisiti del consenso, sia nell'ambito negoziale sia nell'ambito della protezione dei dati personali, il requisito della libertà ha già normativamente una posizione centrale, che diviene ancora più importante alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sopra esposti.

Tuttavia, a ben vedere, in entrambi gli ambiti, quello negoziale e quello del trattamento dei dati personali, non si tratta di una libertà assoluta, ma limitata.

La libertà nel contratto, da tempo non coincide, o non coincide più, con la sola espressione della volontà dei contraenti¹⁶. Infatti, non siamo più nell'epoca della signoria della volontà, ma siamo piuttosto nell'epoca degli scambi senza accordo, come scriveva Irti¹⁷.

Il processo di formazione della volontà e di conseguenza la valutazione del grado di libertà dei contraenti non si esaurisce nella sfera soggettiva della parte ma, invece, deve tenere in necessaria considerazione alcuni parametri esterni alla sfera del contraente.

La volontà non deve essere stata, per esempio, condizionata dalle molte fattispecie di abuso che arricchiscono la disciplina contrattuale. I vizi non sono solo i vizi del consenso previsti dal codice, che conducono all'annullabilità del contratto, ma anche quelli che, pur situati, come è stato detto, sotto la soglia dei vizi del consenso, alterano l'equilibrio contrattuale

sioni della Corte riguardino la normativa non più vigente, però, sono riferibili anche al Regolamento (UE) 2016/679, in cui pure il consenso si definisce come una manifestazione di volontà libera, specifica e informata. Sulla decisione, v. C. ANGIOLINI, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla corte di giustizia dell'UE: il rapporto fra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2021, 247 ss.

¹⁶ Emblematica, sotto questo profilo, risulta la decisione di Cass., sez. I, 25.5.2021, n. 14381, soffermatasi sui requisiti di libertà del consenso al trattamento automatizzato dei dati personali strumentale all'elaborazione di profili reputazionali. La decisione è consultabile in *Dir. inform.*, 2021, 6, 1001 ss., con commento di F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso «Mevaluate»*.

¹⁷ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

e conducono ai rimedi risarcitori¹⁸. Quindi l'espressione della volontà libera del contraente, in realtà, si definisce con il riferimento necessario a elementi al di fuori della sfera individuale. La locuzione “nei limiti imposti dalla legge” del codice civile, oggi si colora in maniera completamente diversa, e si sostanzia differentemente l'espressione della volontà nel contratto, nella considerazione di alcune fattispecie che il legislatore euro-unitario, ma anche nazionale, ha individuato come fattispecie di abuso. La libertà, dunque, va cercata in una dimensione ultra-individuale.

Qualche anno fa, Sacco osservava, nei suoi scritti relativi al contratto: “perché il contraente possa deliberare nel modo desiderabile bisogna che egli sia libero, abbia attitudine, capacità, tempo per ponderare, conosca e sappia, cioè sia informato”¹⁹.

Tutto questo però, se lo “scambio” è uno scambio senza accordo, che si svolge nel breve istante di un *click*, nell'urgenza del tempo telematico, non si può realizzare. Allora la libertà non va cercata soltanto in quel *click*, ma nei presupposti, nel contesto di quello scambio e di quella relazione. La libertà va individuata in una dimensione contestuale e in questo senso prendono i recenti regolamenti europei in materia di digitale e, in particolare, il Regolamento c.d. *Digital Services Act*, che prevede che le piattaforme abbiano dei doveri informativi, proceduralizzino il processo di decisione e introduce obblighi per le piattaforme di intervenire, di oscurare e di sanzionare. Si sta definendo sempre di più un diverso significato di volontà e di libertà, ancora prima che nella protezione dei dati personali, proprio nel contratto.

Allora i due binari, quello del contratto e quello dei diritti della persona, non sono affatto più paralleli, ma si intrecciano e fruiscono l'uno dall'altro di letture inedite e, fino a qualche tempo fa, inimmaginabili.

¹⁸ La ricostruzione delle linee essenziali di quest'evoluzione del sistema è offerta da A. GENTILI e V. CINTIO, *I nuovi “vizi del consenso”*, in *Contr. impr.*, 2018, 148 ss.

¹⁹ R. SACCO in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 607 ss.

