

IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI E LA GIURISPRUDENZA EUROPEA TRA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Di Paola Iamiceli

SOMMARIO: 1. *Il consenso al trattamento dei dati personali tra matrice costituzionale e dimensione economica.* – 2. *Il consenso come atto di esercizio di un diritto fondamentale.* – 2.1. *La libertà del consenso tra inalienabilità del diritto e nuovi orientamenti della Corte di giustizia.* – 3. *Il consenso al trattamento nel contesto di rapporti asimmetrici tra tutela dei diritti fondamentali e regolazione del mercato.* – 4. *Complementarità degli approcci e tutela effettiva dei diritti fondamentali.* – 5. *Alcuni rilievi conclusivi.*

ABSTRACT. Muovendo dai più recenti orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, il contributo esamina il ruolo del consenso al trattamento dei dati personali sotto il duplice profilo dell'esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione e del controllo del potere negoziale del titolare nel contesto di relazioni commerciali asimmetriche. Pur riconoscendo la prima prospettiva come distintiva dell'approccio europeo al governo dei dati, l'analisi mette in luce i limiti di un simile approccio e la crescente rilevanza di una tutela dell'interessato mossa da una primaria esigenza di riequilibrio di rapporti di mercato strutturalmente diseguali. Ne risulta una sempre più rilevante complementarità tra protezione dei dati personali e tutele consumeristiche, che, lungi dal depotenziare la matrice costituzionale dei diritti dell'interessato, ne rafforza la tutela effettiva.

Building on the most recent trends in the CJEU case law, the contribution examines the role of consent to the processing of personal data from the dual perspective of the exercise of the fundamental right to self-determination and the control of the controller's bargaining power in the context of asymmetrical commercial relationships. While acknowledging the former perspective as distinctive of the EU approach to the data governance, the analysis highlights the limitations of such an approach and the growing relevance of data subject protection driven by a primary need of rebalancing structurally unequal market relations. The result is an increasingly relevant complementarity between personal data protection and consumer protection, which, far from detracting from the constitutional matrix of the data subjects' rights, reinforces their effective protection.



1. Il consenso al trattamento dei dati personali tra matrice costituzionale e dimensione economica.

Nell'esaminare la disciplina del consenso al trattamento dei dati personali attraverso la lente della giurisprudenza europea, questo contributo si interroga sulle funzioni dell'autodeterminazione dell'interessato sotto almeno due profili: (i) quello del consenso quale esercizio di un diritto fondamentale della persona e (ii) quello del consenso quale strumento di governo dei dati e meccanismo di correzione o contenimento dello squilibrio di relazioni asimmetriche nel contesto delle forme di regolazione del mercato interno. Non si affronterà invece in questa sede un terzo profilo di analisi, pur connesso e di rilievo nel quadro della recente evoluzione legislativa europea, come tale ancora estranea all'intervento della Corte di giustizia, vale a dire: (iii) il ruolo del consenso quale strumento propulsivo del c.d. 'altruismo' dei dati¹.

È ormai difficilmente contestabile che, pur rappresentando il tratto distintivo della disciplina europea dei dati nel panorama globale, la tutela dei diritti fondamentali non sia ormai l'unico punto di osservazione di tale disciplina². Del resto, pur fornendo ormai l'art. 16, TFUE, una distinta base giuridica all'intervento legislativo dell'Unione in tema di protezione dei dati

¹ Ciò nella direzione di una crescente ma governata accessibilità ai dati (anche) personali, che possa essere funzionale al loro uso (e riuso) per finalità di pubblico interesse, quali la ricerca biomedica, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità e della fornitura dei servizi pubblici. Si tratta di materia che ha assunto rilevanza centrale negli ultimi interventi dell'Unione europea in tema di dati. Si veda in particolare il Regolamento UE/2022/868, 30.5.2022, relativo alla *governance* europea dei dati (c.d. *Data Governance Act*), con il quale si stabiliscono (a) le condizioni per il riutilizzo, all'interno dell'Unione, di determinate categorie di dati detenuti da enti pubblici; (b) un quadro di notifica e controllo per la fornitura di servizi di intermediazione dei dati; (c) un quadro per la registrazione volontaria delle entità che raccolgono e trattano i dati messi a disposizione a fini altruistici; e (d) un quadro per l'istituzione di un comitato europeo per l'innovazione in materia di dati. L'art. 2 definisce l'«altruismo dei dati» come «la condivisione volontaria di dati sulla base del consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali, senza la richiesta o la ricezione di un compenso che vada oltre la compensazione dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati, per obiettivi di interesse generale, stabiliti nel diritto nazionale, ove applicabile, quali l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale». In un simile contesto, non solo il consenso dell'interessato vede riaffermato il proprio ruolo (v. Considerando (50)), ma il Regolamento traccia la strada per la definizione di un modello europeo di consenso all'altruismo dei dati valido in tutti gli Stati membri e rispettoso dei principi del Regolamento Generale dei Dati (v. art. 25, Reg. UE/2022/868). Sul tema, G. RESTA, *Pubblico, privato e collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 971 ss.; S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Pers. Merc.*, 2023, 222.

² V. G. RESTA, *op. ult. cit.*, 974 ss., dove si mette in luce il passaggio da un modello unipolare, dominante da oltre cinquant'anni e incentrato sulla tutela dei dati personali come diritto fondamentale, a un modello multipolare, oggi accolto dal *Data Governance Act* e dal *Data Act*, volto a considerare di pari dignità le istanze connesse a tale tutela e quelle di libero accesso e riuso dei dati (anche personali).



personali, i primi considerando e i primi articoli del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (di qui in avanti, RGPD o Regolamento) chiariscono in modo esplicito la connessione esistente tra tutela dei diritti fondamentali e istanze di circolazione dei dati, in quanto funzionali al buon funzionamento del mercato interno³. Non a caso al Regolamento si assegna, ex art. 1, la duplice finalità di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei loro dati personali e di garanzia della circolazione di tali dati, precisandosi che la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali⁴.

Tanto più alla luce dei recenti interventi legislativi in ambito europeo⁵, assume dunque particolare rilievo la stretta correlazione tra la dimensione, per così dire, costituzionale (legata al paradigma dei diritti fondamentali) e la dimensione, *lato sensu*, economica (legata alla circolazione dei dati connessa, in ultima analisi e comunque prevalentemente, al funzionamento del mercato). Esaminare le implicazioni di questa correlazione nell'ambito della giurisprudenza europea sul consenso al trattamento è tra gli obiettivi di questa breve riflessione, con la quale si proverà ad articolare alcune considerazioni preliminari in tema di tutela effettiva dell'interessato a cavallo tra disciplina dei dati personali e disciplina consumeristica⁶.

2. Il consenso come atto di esercizio di un diritto fondamentale

Che il consenso al trattamento dei dati personali sia parte del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali lo si desume dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Non solo l'art. 8 configura tale consenso come atto in sé idoneo a rappresentare un 'fondamento legittimo'

³ Si vedano in particolare i Considerando 1, 5, 9, Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (di qui in avanti, RGPD).

⁴ Così il terzo comma dell'art. 1, RGPD. Che il Regolamento da solo tenga sempre conto di questo bilanciamento, dettando disposizioni che siano in concreto funzionali alla circolazione dei dati oltre che alla tutela dei diritti fondamentali, è oggetto di dibattito (e talora di critiche). Ne dà conto G. RESTA, *op. ult. cit.*

⁵ A partire dalla non più recente dir. 2019/770/UE sulla tutela consumeristica nei contratti aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali, in cui la correlazione tra tutela dei dati personali e funzionamento del mercato è al centro dell'intervento legislativo dell'Unione. V. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva UE 2019/770 e il Regolamento UE/2016/679*, in *Ann. Contr.*, 2018, 125 ss.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; S. ORLANDO, *op. cit.*

⁶ Nella prospettiva tracciata, sulla scia degli studi di N. Reich (ID., *General Principles of EU Civil Law*, CUP, Cambridge, 2013) da G. Vettori in ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. dir.*, Milano, 2017, 381 ss., 394 ("la Corte [di giustizia] utilizza l'effettività come un principio costituzionale con precise finalità: (a) eliminare le restrizioni nazionali nella protezione dei diritti; (b) potenziare la funzione ermeneutica; (c) individuare i rimedi più adeguati alla lesione"); poi sviluppata in ID., *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, 105 ss.

del trattamento dei dati personali⁷ ma è proprio sul consenso che la norma fa leva per ascrivere la protezione dei dati personali al novero delle ‘libertà’, quali delineate nel titolo II della Carta⁸.

Là dove l’art. 7 della Direttiva 95/46 qualificava il consenso come presupposto di legittimazione del trattamento, scindendo (forse solo apparentemente) lo statuto della legittimità da quello della liceità ex art. 6 della medesima Direttiva, il RGPD associa espressamente liceità del trattamento e definizione delle basi giuridiche dello stesso, assegnando all’art. 6, in tema di liceità, quella funzione di bilanciamento tra interessi, individuali, collettivi e pubblici, che è tipica della disciplina dei diritti fondamentali. In questo contesto, è il consenso dell’interessato a ‘svettare’ tra le basi giuridiche del trattamento: tra tutte, è infatti pressoché l’unica a coniugare protezione dei dati personali e autodeterminazione dell’interessato, lasciando in sostanza a quest’ultimo la funzione di bilanciamento tra interessi che, rispetto alle altre basi giuridiche, è affidata al legislatore e poi all’autorità di controllo e al giudice⁹. Come opportunamente osservato in dottrina, ciò non esclude che la valutazione della liceità del consenso (quale presupposto della – diversa – liceità del trattamento) possa richiedere un ulteriore bilanciamento di interessi, quando ad esempio il trattamento a cui si acconsente è di per sé funzionale all’esercizio di un’attività illecita, lesiva di interessi dell’interessato o di terzi¹⁰.

⁷ Chiaramente la legittimità del fondamento dipende dalla legittimità del consenso (in ragione della conformità alle norme che lo regolano) e dalla sua liceità (in ragione della sua non contrarietà a norme imperative, di ordine pubblico e buon costume, altrimenti desumibili dall’ordinamento). Cfr. S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. Merc.*, 2022, 527 ss.

⁸ V. le Conclusioni dell’Avvocato Generale M. Szpunar, 4.3.2020, C-61/19, *Orange v. Romania*, ECLI:EU:C:2020:158, par. 36: “Il requisito del consenso della persona interessata è una caratteristica essenziale sottesa al diritto dell’Unione sulla protezione dei dati. Esso figura nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in cui si stabilisce, all’articolo 8, che i dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge”.

⁹ Questo è solo in parte vero con riferimento all’ipotesi in cui il trattamento dei dati personali è necessario all’esecuzione del contratto (ex art. 7, comma 1, lett. b). Sebbene in tal caso la necessità sia da valutarsi in senso puramente oggettivo e a prescindere da qualsiasi presa di coscienza da parte dell’interessato, non si può del tutto escludere una partecipazione di quest’ultimo alla determinazione relativa al trattamento dei dati e dunque alla valutazione degli interessi in gioco (cfr. Corte giust. UE, 4.7.2023, *Meta Platforms*, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, par. 98 e 99).

¹⁰ S. ORLANDO, *op. cit.*, 527 ss., part. 537. Sul rapporto tra liceità del trattamento e bilanciamento tra interessi, sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2000, I, 395 ss., part. 408 ss.

La necessità di una duplice valutazione di liceità emerge anche in relazione all’assunzione di decisioni automatizzate, dovendosi distinguere tra liceità del consenso al trattamento dei dati strumentale al processo di decisione automatizzata e liceità del consenso all’automatizzazione della decisione ex art. 22, RGPD. Sui requisiti di validità di quest’ultimo alla luce dei principi di razionalità e non discriminazione, si veda D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell’interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 921 ss.



Alla dimensione costituzionale del consenso come esercizio di un diritto fondamentale all'autodeterminazione sono riconducibili le affermazioni dell'Avvocato Generale Szpunar nel caso *Orange v. Romania*, là dove si afferma che il “consenso consente alla persona interessata di decidere personalmente circa la legittimità delle restrizioni al suo diritto alla protezione dei dati personali” e che “il principio cardine su cui si fonda il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati è quello di una decisione di una persona fisica autodeterminata in grado di compiere scelte riguardanti l'uso e il trattamento dei suoi dati”¹¹. E in analoga prospettiva sembra doversi leggere l'orientamento della Corte di giustizia incline a un'interpretazione restrittiva delle basi giuridiche diverse dal consenso, come se in tali casi si determinasse una deviazione dalla strada maestra, evidentemente ancorata alla base giuridica consensualistica quale espressione di un diritto fondamentale: in quanto eccezioni alla regola, le norme relative alle basi giuridiche diverse dal consenso vanno interpretate in senso restrittivo¹². Rientra in questa logica restrittiva una lettura delle norme circa le basi non consensualistiche del trattamento rivisitata alla luce del principio di affidamento¹³.

Secondo un'impostazione che può essere considerata distintiva dell'approccio europeo, la matrice costituzionale del consenso come strumento di esercizio di una libertà di autodeterminazione ne ha segnato la disciplina, tanto con riguardo ai criteri di valutazione di integrità del volere, quanto con riferimento al rapporto tra consenso e contratto¹⁴.

Proprio in quanto connessa all'esercizio di una libertà fondamentale, la natura libera, informata, manifesta, specifica del consenso al trattamento non permette di assimilarne i requisiti di validità a quelli propri di qualsiasi atto di autonomia privata¹⁵. Diversamente da questi, essa deve farsi carico di

¹¹ V. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar, *Orange v. Romania*, C-61/19, cit., parr. 36 e 37.

¹² Corte giust. UE, *Meta Platforms*, C-252/21, cit., par. 92 e 93.

¹³ Corte giust. UE, *Meta Platforms*, C-252/21, cit., par. 117: “A tal riguardo, occorre rilevare che, malgrado la gratuità dei servizi di un social network online quale Facebook, l'utente di quest'ultimo non può ragionevolmente attendersi che, senza il suo consenso, l'operatore di tale social network tratti i suoi dati personali a fini di personalizzazione della pubblicità. In tali circostanze, si deve ritenere che i diritti fondamentali e gli interessi di tale utente prevalgano sull'interesse dell'operatore a tale personalizzazione della pubblicità mediante la quale egli finanzia la sua attività, cosicché il trattamento da quest'ultimo effettuato a tali fini non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), del RGPD.”

¹⁴ Gli studi di diritto comparato tendono a mettere in luce i diversi approcci sulle due rive dell'Atlantico, valorizzando la matrice costituzionale dei diritti della personalità, prevalentemente incentrata sulla dignità della persona nel vecchio continente in contrapposizione a una lettura nordamericana prevalentemente incentrata sul paradigma della libertà, quale libertà dallo Stato. Su questo confronto, anche in chiave storica e sociologica, J. Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, 113, 1151-1221; con riferimento alla più recente evoluzione del diritto nordamericano: W. HARTZOG, N. RICHARDS, *Privacy's Constitutional Moment and the Limits of Data Protection*, in *B.C.L. Rev.*, 2020, 61, 1687. Per una più ampia analisi comparatistica v. M. J. CEPEDA ESPINOSA, *Privacy*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012, 866 ss., part. 968 (“the idea of privacy is context-bound and linked to culture”).

¹⁵ V. Cass. civ., sez. I, 2.7.2018, n. 17278, par. 2.4 (“è anzitutto da escludere che il consenso considerato da tale disposizione sia semplicemente il medesimo consenso in generale

quel principio di effettività della tutela dei diritti fondamentali che, sebbene temperato dal principio di proporzionalità, finisce per spostare l'ago della bilancia a favore dell'interessato, anche quando l'affidamento del titolare o del responsabile del trattamento possa risultarne in qualche modo pregiudicato.

Si comprende allora perché, ad esempio, non basti che il consenso segua le sorti dei contratti per adesione, per cui, ex art. 1341(1) c.c., la determinazione contrattuale produce effetti tra le parti in base alla mera conoscibilità da parte del non predisponente: nella lettura della Corte di giustizia, serve invece che il consenso si ancori a una determinazione “effettivamente letta e assimilata”¹⁶, ben più che conosciuta o conoscibile. Anche di recente (e con ulteriore enfasi data dalla natura potenzialmente sensibile dei dati trattati) la Corte ha sottolineato l'importanza di un consenso prestato “con piena cognizione di causa”, con particolare riferimento alla consapevolezza circa le finalità del trattamento e l'accessibilità più o meno diffusa dei dati trattati da parte del pubblico¹⁷. La natura inequivocabile della manifestazione del consenso, sottolinea ancora il giudice europeo, esclude la rilevanza di un consenso sotteso a un comportamento passivo, implicito, per fatto concludente, richiedendo invece un'attiva e manifesta presa di posizione da parte dell'interessato¹⁸. Da ciò deriva anche la sua specificità e dunque l'impossibilità di desumere il consenso da atti di autonomia che a quel consenso sono soltanto connessi (es. la richiesta di un servizio), tanto più che, come tutte le basi giuridiche, il consenso è correlato a determinate finalità del trattamento, imponendosi dunque, anche sotto questo profilo, la sua specificità¹⁹.

richiesto a fini negoziali, ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli artt. 1428, 1435 e 1439 c.c.”) in *GiustiziaCivile.com* con nota di F. RUGGERI, *Sulla nozione di consenso nella nuova disciplina privacy: alcune prime considerazioni*. Sulla distinzione e il rapporto tra consenso contrattuale e consenso negoziale, pur da diverse prospettive, G. RESTA, *op. cit.*, 144 s.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770*, cit.; S. PAGLIANTINI, *Sul negozio giuridico. Itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023, 30 ss. (dove si riconosce la natura negoziale del consenso); S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770*, cit., 231, dove, superandosi la tesi della duplicità degli atti di autonomia (l'adesione al contratto e il consenso al trattamento), si configura l'esistenza di un'unica ‘manifestazione della volontà contrattuale rafforzata, a cui si applicano prioritariamente le norme sulla protezione dei dati personali e, per quanto compatibili, quelle sul contratto.

¹⁶ Corte giust. UE, 11.11.2020, *Orange v. Romania*, C-252/21, ECLI:EU:C:2020:901, par. 46.

¹⁷ Corte giust. UE, *Meta Platforms*, C-252/21, cit., par. 82.

¹⁸ V., con riferimento all'art. 4, comma 11, RGPD (e alla disposizione corrispondente già contenuta nella Direttiva 95/46/UE), Corte giust. UE, 19.10.2019, *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, par. 52; Corte giust. UE, *Orange v. Romania*, C-252/21, cit., par. 35-36.

¹⁹ Corte giust. UE, *Planet49*, cit., par. 58; Corte giust. UE, *Orange v. Romania*, cit., par. 38. Sulla specificità del consenso rispetto ai singoli trattamenti di pertinenza di ciascun titolari, v. anche, in presenza di più titolari, Corte giust. UE, 29.10.2019, *Fashion ID*, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, par. 102 ss.



2.1. La libertà del consenso tra inalienabilità del diritto e nuovi orientamenti della Corte di giustizia

Tra tutti quelli sopra richiamati, l'elemento che maggiormente riflette la natura del consenso come meccanismo di autodeterminazione ed espressione di un diritto fondamentale è senza dubbio la 'libertà' del suo esercizio. Tanto nel Regolamento, quanto nella giurisprudenza europea, tale libertà è declinata nel senso di una sottrazione dell'interessato a condizionamenti esterni. È ispirata a un principio di effettività della scelta, che, in quanto libera, deve lasciare aperta la strada del diniego del trattamento dei dati personali non giustificato da basi giuridiche diverse dal consenso.

È questo un profilo molto complesso, in relazione al quale si confrontano posizioni e sensibilità assai diverse non solo nel dibattito scientifico, ma anche nel dialogo giurisdizionale. L'assenza di condizionamenti esterni corre infatti lungo una linea molto sottile, che separa i fattori determinanti di una scelta comunque 'libera' e quelli condizionanti una scelta non più tale. In un contesto in cui, sul piano funzionale, il dato personale incorpora ormai un valore economico idoneo a farne strumento di remunerazione, ancorché parziale, nello scambio di beni e servizi sul mercato, la libertà di scelta dell'interessato si dissocia con difficoltà dalla "scelta di natura commerciale"²⁰, scelta che lo stesso interessato compie spesso contestualmente alla manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali.

Messa da parte l'ipotesi in cui il trattamento dei dati assolve una funzione del tutto strumentale all'esecuzione del contratto (rendendo dunque irrilevante la prestazione del consenso, in presenza della diversa base giuridica di cui all'art. 6(1), lett. (b)), la questione è se e quando il consenso al trattamento di dati personali per altre finalità (peraltro necessariamente dichiarate) possa dirsi libero quando, per scelta commerciale, l'operatore subordini ad esso la prestazione del servizio stesso.

Data la complessità della questione, non sorprende che, lungi da instaurare difficili automatismi, il legislatore europeo si limiti a mettere in guardia l'interprete, stabilendo che, "[n]el 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" (art. 7(4), RGPD, corsivo nostro). Può essere utile aggiungere che, nel tentativo di far chiarezza, il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati ha affermato che tale condizionamento deve essere valutato tenendo conto della possibilità, concessa dal titolare del trattamento, di accedere a servizi "effettivamente equivalenti" senza la prestazione del consenso²¹. L'interessato non sarebbe infatti libero nella sua autodeterminazione se fosse indotto al consenso dalla neces-

²⁰ Questo il lemma usato dal legislatore europeo nella dir. 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali scorrette (v. art. 2, lett. k).

²¹ Comitato Europeo per Protezione dei Dati (CEPD), *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4.5.2020, 12, par. 37.

sità di accedere al servizio e dall'impossibilità di farlo (in modo 'equivalente', appunto) se non acconsentendo al trattamento dei dati²².

Due questioni paiono allora affacciarsi: (i) se l'assenza di un'opzione alternativa configuri in sé un condizionamento tale da rendere il consenso prestato necessariamente non libero; (ii) se un'alternativa al servizio abbinato alla prestazione del consenso, che consista in un servizio del tutto omologo a quello offerto ma associato a condizioni di prezzo diverse (per cui il servizio diventi oneroso o lo sconto applicato in ipotesi di consenso si riduca o si elimini), possa dirsi 'equivalente' ai sensi delle Linee Guida del Comitato²³.

Sotto il primo profilo giova ricordare che, nell'art. 7(4) già richiamato, il RGPD non vieta di configurare il consenso come condizione per l'accesso al servizio, ma impone in questa ipotesi una più rigorosa valutazione della sua effettiva libertà²⁴.

Nella medesima direzione sembra del resto potersi leggere una nota decisione della Corte di cassazione, che, al fine di salvaguardare la piena libertà del consenso prestato nelle circostanze sopra dette, guarda alla natura del servizio 'condizionato' in quanto "infungibile e irrinunciabile per l'interessato"²⁵. Nella prospettiva della Suprema Corte, il consenso prestato al fine di accedere a un servizio non sostituibile né rinunciabile (si pensi a un servizio educativo o a un servizio sanitario personalizzato, per i quali non esista nel mercato un'alternativa ugualmente soddisfacente per l'interessato) non può dirsi libero. A ben guardare, sembra così indirettamente ammettersi che il consenso possa essere libero se l'interessato abbia (consapevolmente, si intende) acconsentito al trattamento di dati, pur non necessari all'esecuzione del contratto, ove costui possa comunque accedere al servizio ricorrendo ad altri operatori (trattandosi di servizio fungibile)²⁶ o addirittura

²² Il criterio di equivalenza torna anche nel linguaggio del legislatore europeo nel Regolamento 2022/1925/UE relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (regolamento sui mercati digitali), Considerando (36) e (37). Sul tema di veda oltre nt 47 e testo corrispondente.

²³ Le due questioni riflettono, in altra prospettiva, gli sviluppi del caso *Meta* esaminati nel procedimento C-252/21, conclusosi di recente con la sentenza della Corte di giustizia, già citata. In una prima fase l'Autorità federale tedesca garante della concorrenza aveva vietato a Meta Platforms di subordinare, nelle sue condizioni generali, l'uso del social network da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento di alcuni dati personali. Ad esito di tale provvedimento Meta ha introdotto nuove condizioni generali le quali indicano espressamente che l'utente dichiara di acconsentire alle inserzioni pubblicitarie (previo trattamento di dati personali dell'utente) "invece di pagare per l'uso dei servizi Facebook".

²⁴ G. RESTA, *op. cit.*, 139.

²⁵ Cass. civ., sez. I, 2.7.2018, n.17278, cit., par. 2.5: "Ritiene la Corte, nel quadro di applicazione del citato art. 23, che la risposta al quesito non possa essere univoca e, cioè, che il condizionamento non possa sempre e comunque essere dato per scontato e debba invece 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, il che non può certo dirsi accada nell'ipotesi di offerta di un generico servizio informativo del tipo di quello in discorso, giacché all'evidenza si tratta di informazioni agevolmente acquisibili per altra via, eventualmente attraverso siti a pagamento, se non attraverso il ricorso all'editoria cartacea, con la conseguenza che ben può rinunciarsi a detto servizio senza gravoso sacrificio."

²⁶ Esclude che il consenso sia libero in questa circostanza il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati nelle *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., par. 38 ("Il Comitato ritiene che il consenso non possa considerarsi prestato liberamente se il titolare del trattamento sostiene che esiste la possibilità di scegliere tra il



rinunciarvi (essendo il servizio non essenziale). Emerge in questa sede un'importante correlazione tra libera autodeterminazione dell'interessato e tutela di altri diritti e libertà fondamentali connessi all'accessibilità di servizi essenziali²⁷.

Sotto il secondo profilo, la questione appare ulteriormente controversa. Nel caso in cui il titolare prospetti un'alternativa offrendo un servizio alternativo a quello condizionato alla prestazione del consenso, può dirsi 'equivalente' quel servizio a cui è associato il pagamento di un prezzo in denaro, se il servizio originariamente offerto è gratuito, o il venir meno di uno sconto, se oneroso?

È proprio qui che la linea di confine tra condizionamenti ammessi e condizionamenti non ammessi pare rivelare tutta la sua criticità. Se si adottasse un approccio prettamente di mercato e si tenesse conto del valore economico, ormai acclarato, dei dati personali, la questione posta andrebbe sciolta in modo piuttosto semplice, ammettendosi che, una volta chiarite in modo trasparente le alternative commerciali offerte all'interessato, quest'ultimo possa scegliere, in modo libero, secondo le proprie preferenze. Anche in questa prospettiva, come sarà chiarito oltre, occorrerebbe assicurare che le condizioni economiche dell'offerta alternativa non siano tali da eliminare sostanzialmente lo spazio di scelta dell'interessato (nel qual caso si tornerebbe alla questione sub (i)), ma in ogni caso si ammetterebbe un consenso libero pur

suo servizio che prevede il consenso all'uso dei dati personali per finalità supplementari, da un lato, e un servizio equivalente offerto da un altro titolare del trattamento, dall'altro. In tal caso la libertà di scelta dipenderebbe dagli altri operatori del mercato e dal fatto che l'interessato ritenga che i servizi offerti dall'altro titolare del trattamento siano effettivamente equivalenti (...)).

²⁷ La questione è venuta all'attenzione dei giudici anche nel contesto pandemico, là dove i cittadini sono stati chiamati a pronunciarsi sul trattamento di dati personali (anche sensibili) ai fini del tracciamento attraverso l'iscrizione a piattaforme digitali, per poter accedere a luoghi pubblici o a servizi, alcuni dei quali essenziali. In un simile contesto preme segnalare che, con riguardo a servizi essenziali quali quelli sanitari, è probabile che, in luogo del consenso, venga in rilievo una diversa base giuridica del trattamento, es. ai sensi dell'art. 6(1), lett. *d o e*, o, per i dati sensibili, dell'art. 9(2), lett. *g, h, i*, RGPD. In giurisprudenza, v. Corte giust. UE, 5.10.2023, C-659/22, *Ministerstvo zdravotníctví*, ECLI:EU:C:2023:745, dove si afferma che il RGPD trova applicazione nell'ambito dei meccanismi di verifica della certificazione della vaccinazione contro il COVID-19; e, precedentemente, Corte giust. UE, ord. Pres. Tribunale, 30.11.2021, T-710/21 R, in cui si conferma la decisione del Parlamento di imporre l'esibizione del COVID pass in quanto non risulta provata, da parte dei ricorrenti, la violazione del diritto alla protezione dei dati personali. Per altri riferimenti alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale in diversi paesi del mondo sull'impatto delle misure antipandemiche sui diritti fondamentali, inclusa la protezione dei dati personali, sia consentito il rinvio al Database "Covid19 Litigation", disponibile sul sito <https://www.covid19litigation.org/>, realizzato nell'ambito di un progetto co-finanziato e co-disegnato dall'Università di Trento con l'Organizzazione Mondiale della Sanità tra il 2020 e il 2023. In tema di protezione dei dati si segnalano in particolare: per Israele, Corte Suprema, 1.3.2021, HCJ 6732/20, <https://www.covid19litigation.org/case-index/israel-supreme-court-israel-sitting-high-court-justice-hcj-673220-2021-03-01>; per la Slovenia, Corte cost., 14.4.2022, <https://www.covid19litigation.org/news/2022/05/slovenia-government-decrees-imposing-health-passes-not-constitutional-court-holds>, dove si dichiarano i decreti che impongono l'esibizione del COVID pass incostituzionali e contrari al RGPD. Sul tema si consenta il rinvio a P. IAMICELI e F. CAFAGGI, *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises*, Trento, 2024, disponibile su <https://hdl.handle.net/11572/406169>.

in presenza di un'alternativa 'equivalente' dal punto di vista del contenuto del servizio, ma non delle sue condizioni economiche.

Il RGPD parrebbe puntare in altra direzione là dove nel Considerando (42) afferma che “[i]l consenso non dovrebbe essere considerato liberamente prestato se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio”, dovendosi forse intendere per 'pregiudizio' anche un pregiudizio meramente economico.

Alla luce di questa precisazione, ci si chiede se un approccio più rigoroso, volto ad escludere la libertà del consenso là dove l'alternativa esista ma sia onerosa (o più onerosa), sia allora più coerente con la natura fondamentale del diritto all'autodeterminazione²⁸. Senz'altro è più coerente con quelle letture della disciplina del consenso che negano la funzione remuneratoria del dato (non riducibile a 'merce')²⁹ e riconoscono nel denaro un 'condizionamento' non ammissibile secondo la logica della non alienabilità (in senso lato) degli attributi fondamentali della persona³⁰.

Ciò considerato in via di prima ipotesi e pur restando nel perimetro di un diritto europeo permeato dalle istanze di tutela dei diritti fondamentali, occorre tuttavia osservare come il dato positivo non porti a suffragare la tesi restrittiva appena formulata. Se la posizione del Comitato Europeo per la

²⁸ Così, C.A. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali, Uno studio a partire dalla nozione giuridica di bene*, Torino, 2020, 126 ss., part. 130.

²⁹ Cfr. Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4.5.2020, 10 ss. (v. part. par. 35, dove si sottolinea l'eccezionalità delle situazioni in cui il consenso possa dirsi libero benché condizionante l'accesso al servizio offerto dall'operatore); cfr., secondo una formulazione lungamente discussa e da molti considerata di valore prettamente simbolico (così G. RESTA, *op. cit.*, 132), Cons. 24, Direttiva 2019/770/UE: “La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali”.

Sulla configurazione del contratto per la fornitura di beni o servizi “verso” dati personali alla stregua di un contratto gratuito (nell'ambito della c.d. ‘gratuità interessata’) a cui si affianchi, non in funzione corrispettiva, il consenso al trattamento dei dati personali, C. CAMARDI, *op. cit.*, 499 ss., che si sofferma altresì sulla correlata distinzione tra consenso contrattuale e consenso al trattamento dei dati personali. In questa prospettiva anche C.A. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, 208 ss.

³⁰ Questa impostazione trova una qualche eco nell'approccio fondato sulle c.d. ‘inalienability rules’ discusse nella prospettiva di *law and economics*, su cui v. S. ROSE-ACKERMAN, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, in *Col. L. Rev.*, 85, 5, 1985, 931-969. Sul tema, muovendo dalla prospettiva dei diritti fondamentali e da un excursus storico delle regole di c.d. inalienabilità dei diritti della personalità, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 113 ss., 250 ss., 334 ss., dove, per un verso, si conferma il principio cardine dell'inalienabilità come principio cardine a tutela dell'autodeterminazione e della dignità dell'avente diritto e, per l'altro, si individua nel contratto con effetti derivativi-costitutivi l'atto di disposizione dei diritti della personalità. Sulla rilevanza della gratuità degli atti di disposizione del proprio corpo, come tale non estendibile al regime del consenso al trattamento dei dati personali, v., in prospettiva di diritto UE, ID., *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Agg. 2013, 92 ss., 96.

Protezione dei Dati (CEPD) sembra escludere il paradigma dello scambio tra dati e servizi, non può sfuggire che lo stesso legislatore europeo abbia configurato (e regolato) contratti di scambio in cui i dati assolvono o concorrono alla funzione remuneratoria intrinseca allo scambio³¹. In particolare, secondo una attenta dottrina³², deve senz'altro ammettersi una funzione *lato sensu* remuneratoria del dato personale, fondata su un consenso libero, quando tale funzione sia associata, non all'interesse a un mero risparmio di spesa da parte dell'interessato (che potrebbe non esserci), bensì al perseguimento di altro e distinto interesse (lecito), es. a una comunicazione personalizzata, a certi contenuti digitali, a rimanere in e a non essere esclusi da un certo ecosistema digitale³³. Questa lettura ha il merito di riuscire a coniugare libertà del consenso, autodeterminazione informativa e funzione remuneratoria del dato, nonché quello di sottolineare le opportune differenze tra funzione remuneratoria del denaro e funzione remuneratoria del dato, da correlare, quest'ultima, non a valori prettamente monetari ma a interessi di tipo sociale o culturale, se non addirittura a vere e proprie forme di altruismo.

Nella direzione dell'ammissibilità di un consenso libero quand'anche associato a un'alternativa onerosa, muove del resto espressamente la Corte di giustizia in una recente decisione. Probabilmente animata da un'esigenza di realismo (e forse ispirata dai più recenti orientamenti emersi nel quadro regolatorio europeo, oggi orientato a una maggiore spinta alla circolazione dei dati), la Corte finisce infatti per ammettere la libertà del consenso prestato in presenza di un'alternativa onerosa; ciò in particolare quando l'interessato abbia la possibilità di negare il consenso accettando al contempo di rinunciare 'non integralmente' al servizio e di accedere a un'alternativa equivalente "se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo"³⁴.

Se dunque il paradigma dell'autodeterminazione informativa come diritto fondamentale ha consentito al legislatore e al giudice europeo di rafforzare la matrice volontaristica del consenso, presidiandone i requisiti di integrità, autenticità, consapevolezza e, in ultimo, di effettiva libertà, non mancano, specie nella legislazione e nella giurisprudenza più recenti, i segni di una ri-

³¹ A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, 1 ss., 5; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 642 ss.; più diffusamente, ID. *L'equivoco della privacy*, Napoli, 2022, 166 ss., 168; S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770*, cit.

³² S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 532.

³³ S. ORLANDO, *op. ult. cit.*, 532, dove si ha riguardo all'interesse a una comunicazione personalizzata, a certi contenuti digitali, a rimanere e non essere esclusi da un certo ecosistema digitale.

³⁴ Corte giust. UE, *Meta Platforms*, C-252/21, cit., par. 150: "(...) tali utenti devono disporre della libertà di rifiutare individualmente, nell'ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso a operazioni particolari di trattamento di dati non necessari all'esecuzione del contratto, senza essere per questo tenuti a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio offerto dall'operatore del social network online, il che implica che a detti utenti venga proposta, se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo, un'alternativa equivalente non accompagnata da simili operazioni di trattamento di dati".

visitazione del ruolo del consenso. Ne risulta un diverso equilibrio tra tutela dell'interessato e circolazione dei dati, che, favorendo quest'ultima, fa leva su un'idea di consenso più incline a incorporare la dimensione economica sottesa a quella circolazione.

Questo mutamento di prospettiva induce a guardare con maggiore attenzione i punti di intersezione tra tutela dei dati personali e tutela consumeristica³⁵. È evidente infatti che, pur ammettendosi un consenso liberamente prestato a fronte di alternative commerciali non equivalenti sul piano del prezzo, l'effettiva libertà dell'interessato può essere assicurata solo in presenza di un'ideale prospettazione delle diverse alternative e di una piena informazione circa le finalità del trattamento in questo modo autorizzato. Tale circostanza che, secondo il Regolamento, compete al titolare provare³⁶, induce a spostare l'attenzione dal processo decisionale dell'interessato alla pratica del titolare, secondo una logica che il diritto europeo ben conosce nel contesto della tutela consumeristica. Ed è per questo che, nella parte che segue, ci si soffermerà sui rapporti tra tutela del diritto fondamentale all'autodeterminazione e regolazione dei rapporti economici di tipo asimmetrico, quali sono, nella maggior parte dei casi, quelli tra titolari del trattamento e singoli interessati.

3. Il consenso al trattamento nel contesto di rapporti asimmetrici tra tutela dei diritti fondamentali e regolazione del mercato

L'analisi sopra svolta mostra come, pur distintivo dell'approccio europeo nel quadro globale, il paradigma dei diritti fondamentali non sia del tutto esplicativo del sistema di regole sul consenso al trattamento quale esso si è sviluppato, nel dialogo tra corti nazionali e giudice europeo, nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Pare infatti chiaro che, soprattutto nella giurisprudenza più recente, le istanze di salvaguardia dell'integrità del volere, poste alla base dell'esercizio della libera autodeterminazione informativa, finiscano per essere temperate con esigenze di circolazione dei dati legate al buon funzionamento del mercato più che al bilanciamento con altre libertà e diritti fondamentali. Sotto questo profilo, la tutela dei dati personali, quale diritto fondamentale, si combina con logiche regolatorie del mercato e tiene conto dei fallimenti tipici dell'autonomia privata indotti dalle asimmetrie informative e di potere negoziale tipiche di alcune relazioni di mercato.

La complementarità tra tutela dei diritti fondamentali e protezione della parte debole in rapporti economici caratterizzati da evidente squilibrio trova chiaro riflesso nella legislazione europea più recente. Si pensi all'enunciato

³⁵ P. IAMICELI, F. CAFAGGI, A. ANGIOLINI (a cura di), *Casebook Effective Data Protection and Fundamental Rights*, Roma, 2022, disponibile su <https://www.fricore.eu/content/materials>, 215 ss. Cfr. S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 41, dove, riconosciuto che lo scambio di dati personali quale controvalore economico di una fornitura è "retto dal baluardo di un consenso negoziale", individua nella disciplina del negozio uno strumento di riequilibrio della libertà di autodeterminazione economica del singolo di fronte al potere del professionista: "la tutela da una, cioè il GDPR, qui diventano due".

³⁶ Corte giust. UE, *Meta Platforms*, C-252/21, cit., 152.

oggetto del Regolamento 2022/2065/UE sui servizi digitali, avente l'obiettivo di "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo" (art. 1, Reg. ult. cit.), ciò ad esempio attraverso una disciplina delle pratiche dei fornitori di piattaforme online atte ad incidere sui processi decisionali degli utenti³⁷. Ci pensi ancora, e senza pretesa di completezza, al Regolamento 2022/1925/UE sui mercati digitali, altresì volto ad assicurare l'equità e contendibilità dei c.d. 'controllori dell'accesso' (*gatekeepers*)³⁸ attraverso regole dirette a stigmatizzare pratiche sleali anche sotto il profilo del consenso al trattamento dei dati personali³⁹.

In questa diversa prospettiva, che dunque coniuga istanze di tutela dei diritti fondamentali e obiettivi di riequilibrio di relazioni economiche fortemente asimmetriche, a loro volta funzionali al rafforzamento del mercato interno, occorre chiedersi se il consenso al trattamento possa diventare (almeno in astratto) uno strumento di governo della circolazione dei dati e un contrappeso al potere dei titolari del trattamento. La questione presenta elementi di particolare criticità se letta alla luce del dibattito, peraltro comune al contesto consumeristico, sui limiti del consenso sotto il profilo dell'effettiva propensione dell'interessato a esercitare questo strumento di *voice* o, al contrario, a sviluppare una supina attitudine a un consenso autorizzatorio privo di qualsiasi reale funzione di governo⁴⁰.

³⁷ Può essere letto nella duplice prospettiva della decisione di consumo e del consenso dell'interessato l'art. 25, Reg. 2022/2065/UE; ad esso si riferisce il Considerando (67), Reg. ult. cit., in tema di percorsi oscuri (o *dark patterns*): "I percorsi oscuri sulle interfacce online delle piattaforme online sono pratiche che distorcono o compromettono in misura rilevante, intenzionalmente o di fatto, la capacità dei destinatari del servizio di compiere scelte o decisioni autonome e informate. Tali pratiche possono essere utilizzate per convincere i destinatari del servizio ad adottare comportamenti indesiderati o decisioni indesiderate che abbiano conseguenze negative per loro. Ai fornitori di piattaforme online dovrebbe pertanto essere vietato ingannare o esortare i destinatari del servizio e distorcere o limitare l'autonomia, il processo decisionale o la scelta dei destinatari del servizio attraverso la struttura, la progettazione o le funzionalità di un'interfaccia online o di una parte della stessa. Ciò dovrebbe comprendere, a titolo non esaustivo, le scelte di progettazione a carattere di sfruttamento volte a indirizzare il destinatario verso azioni che apportano benefici al fornitore di piattaforme online, ma che possono non essere nell'interesse dei destinatari, presentando le scelte in maniera non neutrale, ad esempio attribuendo maggiore rilevanza a talune scelte attraverso componenti visive, auditive o di altro tipo nel chiedere al destinatario del servizio di prendere una decisione".

³⁸ Si tratta di imprese che forniscono servizi di piattaforme di base, quali punti di accesso attraverso i quali gli utenti commerciali raggiungono gli utenti finali (v. art. 3, Reg. 2022/1925/UE).

³⁹ Es. art. 5(2), secondo par., Reg. 2022/1925/UE: "Se l'utente finale ha negato o revocato il consenso prestato ai fini del primo comma, il *gatekeeper* non ripete la sua richiesta di consenso per la stessa finalità più di una volta nell'arco di un anno".

⁴⁰ B.W. SCHERMER, B. CUSTERS, S. 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, 16, 2, 171-182. DOI:10.1007/s10676-014-9343-8. V. anche I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 67.

Trascurando queste ultime sollecitazioni, secondo approcci peraltro comparabili alla regolazione consumeristica, il legislatore europeo rafforza il ruolo del consenso mediante un solido apparato di obblighi informativi, volti a garantire la piena consapevolezza dell'interessato consenziente e a ridurre, almeno in parte, l'asimmetria di potere nei rapporti con il titolare⁴¹. Non sfugge peraltro, come già segnalato sopra, che, ben oltre il paradigma della tutela consumeristica, tale informazione è declinata, nella prospettiva della Corte di giustizia, secondo un principio di effettività (della tutela e del volere dell'interessato), per cui l'informazione deve essere non solo data al soggetto 'debole' e non solo ricevuta da costui ma addirittura "assimilata", così da incidere non solo in astratto ma in concreto sul processo decisionale dell'interessato⁴². In questa evoluzione può ritrovarsi il tentativo di contaminare gli schemi tradizionali della tutela consumeristica con le istanze sottese alla tutela dei diritti fondamentali. Resta invece senza risposta la questione sull'effettiva idoneità dei meccanismi volti a stimolare un consenso attivo a superare i limiti indotti da un eccesso di informazione e di consultazione dell'interessato messi in luce dalle scienze comportamentali⁴³.

Una contaminazione ancor più problematica, tra istanze di tutela dei diritti fondamentali e obiettivi di correzione delle asimmetrie di potere nel mercato interno, pare emergere là dove si mette in dubbio il ruolo del consenso nel contesto di rapporti caratterizzati da 'evidente squilibrio' tra titolare e interessato. Secondo il Considerando (43) del Regolamento, "[p]er assicura-

⁴¹ Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4.5.2020, 16.

⁴² Corte giust. UE, 11.11.2020, *Orange v. Romania*, cit., par. 46.

⁴³ Cfr. N.M. RICHARDS, W. HARTZOG, *The Pathologies of Digital Consent*, in *Wash. U. L. Rev.*, 2019, 96, 1461, dove si osserva che il consenso può divenire un utile strumento di controllo nel contesto digitale attuale se la sua richiesta o espressione è infrequente, se gli effetti negativi di una cattiva scelta sono evidenti, se l'interessato ha chiari incentivi a compiere una scelta seria e consapevole.

In questa prospettiva può far riflettere che, anche nella legislazione europea più recente, ferma restando la necessità di salvaguardare la liceità del trattamento dei dati personali e dunque l'esistenza di una valida base giuridica al trattamento, sembra farsi strada un approccio volto a modulare i meccanismi di protezione in funzione dell'impatto che l'attività degli operatori possa determinare sui diritti fondamentali. Un ruolo molto rilevante è svolto, sotto questo profilo, dagli strumenti di valutazione dei rischi che gli operatori sono tenuti a predisporre tenendo conto, tra altri aspetti, degli "eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell'articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24 della Carta, così come all'elevata tutela dei consumatori, sancito nell'articolo 38 della Carta" (così art. 34, Regolamento (UE) 2022/2065, 19.10.2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali). Tale obbligo supplementare si applica soltanto ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi per la gestione dei rischi sistemici, a complemento di una legislazione, quale quella contenuta nel RGPD, che si applica trasversalmente ai titolari del trattamento a prescindere dalla loro dimensione e dall'impatto che la loro attività determini sui diritti fondamentali, salvo per possibili adattamenti per lo più demandati alla legislazione nazionale e alla regolazione privata (v. Considerando 13 e art. 40, RGDP).



re la libertà di prestare il consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato prestato liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica". Non deve sfuggire che tale valutazione di opportunità, pur rilevante ai fini dell'interpretazione del RGPD, non è stata incorporata nell'art. 7 in tema di consenso (diversamente dal prosieguo del considerando, invece riflesso nel comma 4 del medesimo articolo). Al tempo stesso, anche solo sul piano interpretativo, tale riferimento apre una chiara breccia nel sistema, apparentemente allontanando le sorti dell'autodeterminazione dell'interessato (incompatibile con un assetto asimmetrico) da quelle della decisione consumeristica (compatibile con la natura asimmetrica della relazione commerciale). È dunque il consenso dell'interessato strutturalmente inidoneo a governare la circolazione dei dati nel contesto di rapporti caratterizzati da 'evidente squilibrio'? Il riferimento all'autorità pubblica, contenuto nel Considerando (43), è sufficientemente pregnante per suggerire una pari preoccupazione nei confronti delle 'autorità private' che, proprio nel contesto dell'economia digitale, presidiano relazioni caratterizzate da 'evidente squilibrio'?

Del tema si è occupata di recente la Corte di giustizia nel caso *Meta*, già richiamato⁴⁴.

Allineandosi alle conclusioni esposte dall'Avvocato Generale, la Corte ha in parte ricomposto l'apparente frattura tra autodeterminazione informativa e decisione consumeristica sopra prospettata. Nel caso in questione, il giudice europeo ha infatti escluso che il Considerando (43) sopra richiamato debba essere interpretato nel senso di tracciare un'irriducibile incompatibilità tra consenso libero ed evidente squilibrio nella relazione tra titolare e interessato. A tal fine, con una formula che richiama l'impostazione del medesimo Considerando in tema di consenso condizionante, ha individuato nell'evidente squilibrio (la posizione dominante nel caso di specie) un importante elemento di valutazione della libertà del consenso: importante ma non esclusivo, né dirimente. Nella prospettiva della Corte, così come per i rapporti di consumo, si preserva dunque uno spazio di autodeterminazione informativa dell'interessato anche nel contesto di rapporti fortemente asimmetrici, purché sussistano altre e più pregnanti garanzie di libertà del consenso. In tal senso, sono richiamati i parametri già previsti dal Regolamento, con particolare riguardo alla specificità del consenso rispetto al singolo trattamento e alla disponibilità, per l'interessato, di "alternative equivalenti" non accompagnate dal trattamento dei dati, "se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo"⁴⁵ e con possibilità di revoca del consenso senza pregiudizi⁴⁶.

⁴⁴ V note 9 e 23 ss. e testo corrispondente.

⁴⁵ Sul punto v. sopra, nota 34 e testo corrispondente.

⁴⁶ Corte giust. UE, *Meta Platforms*, C-252/21, cit., par. 144-150. Deve allora intendersi che, secondo la Corte, tali 'pregiudizi' non potranno coincidere con l'eventuale 'adeguato corrispettivo', configurato dalla Corte come compatibile con la sussistenza di 'alternative equivalenti'.

L'asimmetria delle relazioni digitali, così come quella delle relazioni commerciali, è dunque fattore rilevante per la determinazione degli strumenti di tutela dell'interessato a garanzia dei suoi diritti fondamentali. Tuttavia, come nel diritto europeo dei rapporti diseguali, non è l'allocatione del potere economico, da sola, a indurre la reazione dell'ordinamento, né ad erigere barriere preventive all'esercizio della propria autonomia, bensì l'abuso di quel potere realizzato attraverso pratiche idonee a ostacolare la libera scelta della parte debole. Poiché, nel contesto della protezione dei dati, tale libera scelta è altresì esercizio di un diritto fondamentale, la pratica è valutata con maggior rigore (ad esempio, richiedendosi una partecipazione attiva della parte debole, normalmente non attesa dal consumatore) e all'operatore si impone un modello economico che sia compatibile con l'esercizio di un consenso ispirato al principio di effettività. Sotto questo profilo, non è un caso che il tema delle 'alternative equivalenti' al servizio abbinato al trattamento di dati personali non necessari all'esecuzione del contratto torni a catturare l'attenzione del legislatore europeo nel Regolamento sui mercati digitali in tema di pratiche sleali dei *gatekeepers*⁴⁷.

Il riferimento all'effettività del consenso non vale solo a configurare le già citate 'alternative equivalenti' prive del trattamento dei dati liberamente rifiutabile, ma anche a garantire un sostanziale spazio per la sua stessa revoca, complemento necessario del diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa. Del tema si è occupata di recente la Corte di giustizia nel caso *Proximus*, quale operatore di servizi di consultazione di elenchi telefonici accessibili al pubblico, costruiti in collaborazione tra più operatori attraverso una condivisione di dati trasmessi dai clienti che abbiano acconsentito alla pubblicazione. In un simile contesto, il rapporto asimmetrico tra singolo interessato e singolo titolare è reso ulteriormente complesso dalla circolazione dei dati tra i diversi operatori. La presenza di più titolari, per quanto comunicata all'interessato consenziente, accresce l'asimmetria di potere nei rapporti tra titolare e interessato e si trasforma in un ostacolo all'effettività dell'autodeterminazione informativa, da esercitarsi presso ciascuno dei titolari. Facendo applicazione del principio di effettività, la Corte di giustizia ha temperato questa asimmetria riconoscendo, in capo al fornitore destinatario dell'istanza di revoca, un preciso obbligo di trasmettere la medesima richie-

⁴⁷ Regolamento (UE) 2022/1925 del 14.9.2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (regolamento sui mercati digitali), Considerando (36) e (37): "Per non compromettere in modo sleale la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, i *gatekeeper* dovrebbero consentire agli utenti finali di scegliere liberamente di seguire tali pratiche di trattamento dei dati e accesso con registrazione offrendo un'alternativa meno personalizzata ma equivalente, e senza subordinare l'utilizzo del servizio di piattaforma di base o di talune sue funzionalità al consenso dell'utente finale. Ciò non dovrebbe pregiudicare la possibilità per il *gatekeeper* di procedere al trattamento dei dati personali o di fare accedere con registrazione gli utenti finali a un servizio, avvalendosi della base giuridica di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), del regolamento (UE) 2016/679, ma non di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere b) ed f), del medesimo regolamento. (37) L'alternativa meno personalizzata non dovrebbe essere differente o di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il proprio consenso, a meno che il deterioramento della qualità non sia una conseguenza diretta del fatto che il *gatekeeper* non possa procedere al trattamento dei dati personali o fare accedere con registrazione gli utenti finali a un servizio."



sta ai diversi fornitori e ai motori di ricerca⁴⁸. Perché il consenso e la sua revoca siano strumenti di governo della circolazione dei dati personali nel contesto di rapporti asimmetrici, sul titolare grava un onere organizzativo volto a contenere, almeno in parte, gli effetti quella asimmetria.

Se dunque, per un verso, la giurisprudenza europea continua a vedere nel consenso dell'interessato un importante pilastro della tutela dei diritti fondamentali incisi dalla circolazione dei dati, per l'altro verso, può osservarsi, tanto nella legislazione, quanto nella giurisprudenza europea, una crescente rilevanza di strumenti complementari di tutela, volti a contrastare pratiche scorrette nel contesto di rapporti economici di tipo asimmetrico e dunque a garantire il buon funzionamento del mercato prima ancora di o comunque insieme alla tutela dei diritti fondamentali.

Si tratta di un approccio che, lungi dal depotenziare il tratto distintivo del modello europeo fondato sulla tutela dei diritti fondamentali, tende a rafforzarlo facendo leva su una complementarità di tutele del tutto coerente con il principio di effettività⁴⁹. Del resto, se è vero che gli strumenti volti a correggere le asimmetrie di potere tendono a garantire talune condizioni di esercizio della libertà da parte dell'interessato, senza reali garanzie che il singolo individuo abbia in concreto letto, compreso (assimilato?) e dunque deciso in modo consapevole, è altresì dimostrato che una ricerca granulare e sistematica del consenso informato, quale esercizio della fondamentale e libera autodeterminazione, non conduca a risultati concretamente apprezzabili in termini di partecipazione degli individui al governo dei dati⁵⁰. Ne è, in un certo senso, prova la recente ricerca del legislatore di favorire forme di supporto all'esercizio dei diritti fondate sulla delega ad organizzazioni collettive, investite non del mero compito di amministrare diritti economici connessi al godimento di diritti fondamentali ma alla stessa prestazione del consenso quale cuore pulsante di un'autodeterminazione informativa⁵¹.

⁴⁸ Ciò in forza dell'art. 19, che prevede un simile obbligo in ipotesi di richiesta di cancellazione del dato, salvo che ciò implichi uno sforzo sproporzionato. V. Corte giust. UE, 27.10.2022, *Proximus NV*, C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833, par. 82 e 85.

⁴⁹ F. CAFAGGI, *Judicial and Administrative Protection Intertwined. The Right to an Effective, Proportionate and Dissuasive Remedy*, in C. MAK, B. KAS (a cura di), *Civil Courts and the European Polity. The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe*, Bloomsbury, Londra, 2023, 175.

⁵⁰ N.M. RICHARDS, W. HARTZOG, *The Pathologies of Digital Consent*, cit., part. 1476 ss.; B.W. SCHERMER, B. CUSTERS, S. VAN DER HOF, *The Crisis of Consent*, cit.

⁵¹ V. (UE) 2022/868, 30.5.2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla *governance* dei dati), Considerando (31): “Le cooperative di dati mirano a raggiungere una serie di obiettivi, in particolare a rafforzare la posizione dei singoli individui, affinché compiano scelte informate prima di acconsentire all'utilizzo dei dati, influenzando i termini e le condizioni, stabiliti dalle organizzazioni di utenti dei dati, cui è subordinato l'utilizzo dei dati, in modo da offrire scelte migliori ai singoli membri del gruppo, o trovando possibili soluzioni alle posizioni contrastanti dei singoli membri di un gruppo in merito alle modalità di utilizzo dei dati laddove tali dati riguardino più interessati all'interno di tale gruppo. In tale contesto è importante riconoscere che i diritti a norma del regolamento (UE) 2016/679 sono diritti personali dell'interessato e che quest'ultimo non può rinunciarvi. Le cooperative di dati potrebbero altresì rappresentare uno strumento utile per imprese individuali e PMI che, in termini di conoscenze in materia di condivisione dei dati, sono spesso equiparabili ai singoli individui”.

Accettata la complementarità tra diversi approcci regolatori, si tratta di capire quali siano le pratiche professionali dei grandi operatori volte a garantire un'effettiva partecipazione dell'individuo al governo dei dati, anche attraverso la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali. Sotto questo profilo paiono molto utili le letture comportamentaliste che inducono a preferire una informazione più selettiva e focalizzata sui profili determinanti e una ricerca non ossessiva del consenso, inteso non come forma di autorizzazione e avallo di trattamenti unilateralmente determinati, ma come partecipazione effettiva e realmente consapevole⁵². Sul piano della regolazione, questo approccio, solo in parte emergente nelle iniziative più recenti, porterebbe a calibrare obblighi informativi e coinvolgimento dell'interessato in funzione del rischio di impatto sui diritti fondamentali dell'individuo, della natura del dato trattato (es. se appartenente a speciali categorie ex art. 9, RGPD), della finalità del trattamento e dell'eventualità di usi secondari, dell'effettiva esistenza di uno spazio di revoca e (o) di retrocessione del trattamento. Una applicazione del diritto vigente rispettosa dei principi di effettività e proporzionalità potrebbe portare ad approdi più efficaci nella stessa prospettiva di un'elevata tutela dei diritti fondamentali⁵³.

4. Complementarità degli approcci e tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Muovendo dalle considerazioni appena esposte, il tema regolatorio si interseca con le questioni inerenti alla tutela effettiva del diritto alla protezione dei dati personali. È chiaro infatti che tanto maggiore è la difficoltà di ripristinare *ex post* le condizioni di legittimità del trattamento ed eliminare le conseguenze del trattamento illecito, tanto più rilevante è assicurare *ex ante* un efficace controllo sulle condizioni di legittimità e, se applicabile, un adeguato spazio per l'espressione di un consenso consapevole. Viceversa, là dove gli strumenti di controllo *ex ante*, inclusa la manifestazione di un consenso pieno e non meramente autorizzatorio, siano strutturalmente deboli, perché ad esempio l'uso di determinate tecnologie o di talune pratiche degli operatori inducono l'interessato a sottovalutare o non considerare i rischi derivanti dal trattamento dei dati, allora assume particolare rilevanza la ricerca di rimedi effettivi operanti a posteriori contro il trattamento privo di adeguata base giuridica⁵⁴.

A tal fine è importante aver riguardo non solo agli strumenti messi a disposizione delle autorità di controllo e di quelle giudiziarie dai regolamenti

⁵² N.M. RICHARDS, W. HARTZOG, *The Pathologies of Digital Consent*, cit.

⁵³ Si tratta di una prospettiva di ricerca sviluppata nell'ambito del progetto europeo di formazione giudiziaria FRICoRe, i cui risultati sono in parte confluiti nei Casebook sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali in diverse aree del diritto europeo (disponibili alla pagina <https://www.fricore.eu/content/materials>), in parte nei contributi contenuti nel volume P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020.

⁵⁴ Sul rapporto tra tutele *ex ante* ed *ex post*, F. CAFAGGI, *Judicial and Administrative Protection Intertwined*, cit., e, per ulteriori sviluppi dell'analisi, F. CAFAGGI – P. IAMICELI, *The right to an effective remedy and its constitutional foundations*, di prossima uscita.

europei in tema di protezione dei dati personali, tanto sotto il profilo delle misure preventive che di quelle correttive e risarcitorie, ma anche e sempre più dell'ampia gamma dei rimedi consumeristici, in taluni casi estesi espressamente a tutela dell'interessato, quale parte debole del rapporto⁵⁵. Il ruolo del giudice europeo è stato, anche sotto questo profilo, assai rilevante e ha da tempo chiarito la complementarità tra i due ambiti della tutela, così suggellando, anche in termini rimediali, la natura composita della regolazione sulla circolazione dei dati a cavallo tra tutela dei diritti fondamentali e buon funzionamento del mercato⁵⁶.

Peraltro, è utile sottolineare come, in prospettiva di bilanciamento e in applicazione del principio di proporzionalità, la tutela effettiva dell'interessato non passi necessariamente attraverso il completo sbarramento alla circolazione del dato personale. La sospensione del trattamento, la ricerca di tecniche di minimizzazione dello stesso, la deindicizzazione come alternativa alla cancellazione del dato, i progressi sul versante dell'anonimizzazione o pseudo-anonimizzazione dei dati sono esempi di approcci rimediali che talora la stessa giurisprudenza europea ha sollecitato nel tentativo di ristabilire un giusto equilibrio degli interessi in gioco⁵⁷.

Un simile bilanciamento può diventare ancora più pregnante quando si combinano istanze di tutela dei diritti fondamentali e di riequilibrio delle relazioni asimmetriche volte alla correzione di pratiche scorrette e al miglior funzionamento del mercato. Viene allora in primo piano l'esigenza di salvaguardare l'accesso della parte debole al bene o servizio, contenendo gli effetti del rimedio in modo da non travolgere l'intera operazione economica o la partecipazione dell'interessato alla rete sociale di elezione⁵⁸: un approccio ben noto al diritto europeo del consumo e della nullità parziale in ipotesi di

⁵⁵ V. Direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, il cui ambito di applicazione si estende alla tutela dei consumatori anche a fronte di violazioni della legislazione in tema di protezione dei dati personali. Sulla complementarità tra tutela consumeristica e tutela dei dati personali, v. in giurisprudenza, Corte giust. UE, 28.4.2022, *Meta Platforms Ireland Limited*, già *Facebook Ireland Limited*, C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322, par. 74-76.

⁵⁶ Sul tema, per un'ampia analisi relativa al dialogo tra corti europee e nazionali, sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, F. CAFAGGI, A. ANGIOLINI (a cura di), *Casebook Effective Data Protection and Fundamental Rights*, Roma, 2022, disponibile su <https://www.fricore.eu/content/materials>, e, già precedentemente, F. CASAROSA, *Azioni collettive fra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori: nuovi strumenti alla prova dei fatti*, in P. Iamiceli (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo*, cit.

⁵⁷ A partire dal noto caso deciso dalla Corte giust. UE, 13.5.2014, *Google Spain SL*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, sulla deindicizzazione, rimedio su cui la Corte di giustizia è tornata più volte per definirne i confini nella prospettiva del bilanciamento richiamata nel testo (cfr., tra le ultime, Corte giust. UE, 24.9.2019, *GC et Al*, C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773; Corte giust. UE, 8.12.2022, *Google LLC*, C-460/20, ECLI:EU:C:2022:962).

⁵⁸ Per ipotesi, la caducazione dell'intero contratto potrebbe essere argomentata ove si riconoscesse rilevanza causale alla prestazione del consenso secondo lo schema dello scambio 'bene o servizio verso dati' (sul tema v. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 148, con riferimento alla situazione in cui si dimostri che la possibilità di procedere a un lecito trattamento dei dati personali costituisca, nell'economia del rapporto, una vera e propria 'base negoziale'). Diversamente, ove la funzione remuneratoria fosse solo parziale e comunque non essenziale nell'assetto di interessi delle parti, si porrebbe il diverso problema della possibile rideterminazione dell'equilibrio contrattuale, su cui v. oltre nel testo.

clausole abusive e in tal senso estendibile agli effetti del consenso invalido quando collegato alla stipulazione di contratti per l'acquisto di beni e servizi⁵⁹. Come nel contesto consumeristico, il rimedio configura una protezione unilaterale al precipuo fine di correggere lo squilibrio esistente nella relazione. Su questa scia, e ancora in forza del principio di effettività della tutela, dovrebbe ammettersi la rilevabilità d'ufficio della violazione del dato personale, largamente riconosciuta a tutela dei consumatori⁶⁰.

Parimenti, potrebbe assumere rilievo il ricorso alla c.d. nullità punitiva, di matrice consumeristica, là dove il consenso (invalido) dell'interessato sia stato acquisito con finalità remuneratorie. In tal caso, l'applicazione consumeristica dei principi generali di effettività, proporzionalità e dissuasività (comunque rilevanti nel contesto della protezione dei dati personali) potrebbe portare ad escludere, per un verso, la caducazione dell'intero contratto, come evidenziato poco sopra, e, per l'altro (e qui l'effetto punitivo e dissuasivo), l'integrazione del contratto sotto il profilo della ri-determinazione del prezzo⁶¹. Secondo questa prospettiva, non ancora esplorata nella giurisprudenza esistente, venuta meno la base consensualistica del trattamento e dunque la stessa remunerazione (o remunerazione concorrente) del servizio, al titolare verrebbe preclusa l'applicazione di clausole contrattuali che, in assenza di consenso al trattamento di dati non necessari all'esecuzione del contratto, prevedano un prezzo o un maggior prezzo per il bene o servizio acquistato⁶². Il contratto di fornitura di beni o servizi, con cui si sia estorto un consenso invalido al trattamento di dati personali, resterebbe perciò gratuito o beneficerebbe dello sconto previsto, anche là dove si facesse valere

⁵⁹ Con riferimento alle clausole vessatorie, il tema è ampiamente discusso nel contesto dei mutui indicizzati, là dove, pur in presenza di una vessatorietà incidente su elementi essenziali del sinallagma negoziale, la giurisprudenza ha sviluppato tecniche interpretative volte a salvaguardare l'interesse del consumatore alla continuità contrattuale, circoscrivendo, per quanto possibile, gli effetti della violazione alla sola clausola vessatoria; v., *ex multis*, Corte giust. UE, 3.3.2020, *Gómez*, C-125/18, par. 67, ECLI:EU:C:2020:138. Trasposto questo approccio, fondato sul principio di effettività della tutela, nel contesto di contratti aventi ad oggetto la fornitura di servizi o contenuti digitali, che prevedano il trattamento di dati personali, la cui base giuridica sia assente (in quanto ad esempio fondata su un consenso invalido), il principio di effettività porterebbe a prediligere i rimedi ripristinatori rispetto a quelli caducatori al fine di salvaguardare l'accesso del consumatore al servizio e dunque la continuità contrattuale.

Sulla configurazione della violazione dei diritti dell'interessato alla stregua di una non conformità di servizi o contenuti digitali ai sensi della Direttiva 2019/770/UE, C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770*, cit.).

⁶⁰ P. IAMICELI, F. CAFAGGI e A. ANGIOLINI (a cura di), *Casebook Effective Data Protection and Fundamental Rights*, cit., 8.

⁶¹ V., in materia consumeristica, Corte giust. UE, 14.6.2012, Case C-618/10, *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349; Corte giust. UE, 30.5.2013, Case C-488/11, *Asbeek Brusse*, EU:C:2013:341; Corte giust. UE, 3.10.2019, Case C-260/18, *Dziubak*, EU:C:2019:819; Corte giust. UE, 14.3.2019, Case C-118/17, *Dunai*, EU:C:2019:207.

⁶² Sul tema delle nullità punitive in ambito consumeristico, sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI e S. ORLANDO (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 1687 ss.; e, più recentemente, EAD., *The 'Punitive Nullity' of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: a Principle-Based Analysis*, in *Eu-CML*, 2023, 4, 142 ss.

la nullità del consenso al trattamento dei dati, a cui originariamente era condizionata la gratuità ovvero lo sconto.

5. Alcuni rilievi conclusivi

L'uso ormai inarrestabile delle tecnologie digitali e la crescita esponenziale di mercati largamente dipendenti dalla circolazione di dati, personali e non, mettono a dura prova il paradigma del consenso quale cardine della tutela del diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa, esaltandone piuttosto una sterile funzione autorizzatoria a supporto di logiche di mera *compliance* dal lato dell'operatore. Un approdo, quest'ultimo, che contraddice le intenzioni, animate piuttosto dall'esigenza di garantire un elevato livello di protezione del diritto fondamentale sotteso all'esercizio del consenso, esigenza che ha portato, tanto nella legislazione, quanto nella giurisprudenza, a separare le sorti del consenso da quelle del contratto di consumo, valorizzando il ruolo dell'informazione e dell'autodeterminazione dell'interessato, quali strumenti della *voice* dell'individuo a protezione di interessi non riducibili a 'merci' e, come tali, non alienabili. Probabilmente quell'esigenza può essere perseguita per altre vie.

Gli sviluppi più recenti restituiscono infatti un quadro assai più poliedrico e meno polarizzato, in cui la circolazione dei dati è sempre meno sacrificabile in nome di una maggior tutela dei diritti fondamentali, e sempre più necessaria nel perseguimento di politiche di sviluppo tecnologico, economico, sociale, ambientale, geopolitico. Nuovi equilibri si rendono necessari e, rispetto alla relazione discreta tra singolo titolare e singolo interessato, maggior rilievo assume l'assetto complessivo dei poteri in gioco e la presenza di squilibri e asimmetrie strutturali⁶³.

In questo mutato contesto, in cui non a caso guadagnano spazio la regolazione pubblicistica e le forme di tutela amministrativa, il consenso dell'interessato si attesta sempre più come strumento, se non di governo della circolazione dei dati, almeno di parziale contrappeso allo strapotere dei titolari. Perché questa funzione possa essere assolta e affinché possa garantire un elevato livello di protezione dei sottesi diritti fondamentali, gli strumenti di regolazione e le forme di tutela non potranno che muovere dalla constatazione di questi squilibri e dunque far tesoro della ricca esperienza maturata dal diritto europeo, con particolare riguardo a quello di matrice giurisprudenziale, nel campo dei rapporti asimmetrici, a partire dall'area consumeristica. Lungi dal depotenziare la tutela dei diritti fondamentali, tale contaminazione è volta a rafforzare quella tutela in modo del tutto coerente con l'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele, largamente applicati dalla Corte di giustizia ben oltre la materia del diritto dei consumatori⁶⁴. Nella precipua prospettiva dei diritti fonda-

⁶³ Tali equilibri sono al centro della più recente legislazione europea, con particolare riferimento al Regolamento 2022/1925/UE (regolamento mercati digitali), cit.

⁶⁴ F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law*, 2017,



mentali, la natura degli interessi coinvolti sarà peraltro ancora rilevante per declinare le diverse matrici impiegate dai giudici nazionali nell'individuazione del rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo. Le corti infatti non potranno prescindere da un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, né dalla consapevolezza dei limiti comportamentali indotti tanto dall'eccesso di informazione quanto dalle richieste compulsive di consensi autorizzatori: limiti comportamentali che assumono caratteristiche profondamente diverse quando la scelta della parte debole ha a che fare con interessi esclusivamente economici o con l'esercizio di diritti fondamentali⁶⁵.

In una fase del diritto europeo in cui molto è stato prodotto sul versante della regolazione, tanto è ancora da attendersi da parte della giurisprudenza, che è da tempo impegnata in un dialogo costruttivo tra corti europee e corti nazionali nel quadro di principi generali⁶⁶. Quali elementi portanti di una cultura giuridica europea costruita, anche grazie ai giudici, sulle tradizioni costituzionali comuni, sui diritti e le libertà fondamentali, saranno questi principi a orientare i nuovi approdi del dialogo tra le corti aperto a una maggiore integrazione tra aree diverse del diritto europeo dei rapporti di mercato diseguali.

575–618; C. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *European Review of Private Law*, 2019, 1297. Di prossima uscita, F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The right to an effective remedy and its constitutional foundations*, cit.

⁶⁵ Si pensi alla capacità della parte debole di elaborare una certa informazione al fine di valutare il rischio sotteso a una certa scelta (es., acconsentire o meno al trattamento di dati sanitari, ovvero accettare o meno un certo schema di computo degli interessi del mutuo), posto che l'avversità al rischio può essere molto diversa a seconda che si abbia a che fare con il rischio di perdite economiche o con il rischio di subire decisioni discriminatorie o comunque lesive della propria personalità. Sulla possibilità di modulare la regolazione del consenso in base all'effettivo impatto sui diritti dell'interessato, v. N.M. RICHARDS, W. HARTZOG, *The Pathologies of Digital Consent*, cit.

⁶⁶ G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, cit., 105 ss.

