

CONSENSO AL TRATTAMENTO E CONTRATTO

Di Vincenzo Ricciuto

| 13

SOMMARIO: *1. Il dibattito sul consenso al trattamento dei dati personali nelle operazioni contrattuali. – 2. Le tesi del doppio consenso e le loro criticità. - 3. Autodeterminazione informativa e autonomia contrattuale. – 4. La libertà del consenso. – 5. Conclusioni.*

ABSTRACT. *Lo scritto, analizzando le diverse posizioni in materia, affronta il tema del consenso al trattamento dei dati personali quale elemento costitutivo del contratto; in particolare, evidenzia come tale consenso sia finalizzato a realizzare uno scambio tra un “servizio” e il “dato personale”.*

The paper, analyzing the different positions, addresses the issue of consent to the processing of personal data as a constituent element of the contract; in particular, it highlights how such consent is aimed at achieving an exchange between a “service” and “personal data”.

1. Il dibattito sul consenso al trattamento dei dati personali nelle operazioni contrattuali.

Chi oggi voglia riflettere sulla relazione concettuale e dogmatica tra consenso al trattamento dei dati personali e contratto si troverebbe a dover prendere posizione su uno dei temi più spinosi e delicati della teoria dei rapporti giuridici nella società digitale. Un tema oggi al centro del dibattito e che, da qualche tempo, impegna la riflessione degli interpreti. Questi ultimi - ora con più, ora con meno convinzione - tentano di spiegare, costruire, offrire una prospettiva giuridica del fenomeno della circolazione dei dati personali che colga appieno anche la sua reale dimensione economica, attraverso un'ottica di tipo negoziale (seppur declinata secondo profili, sensibilità, formazione scientifica e culturale diverse e variegata, che certo esprimono un attaccamento, ora più ora meno intenso, alle categorie classiche della nostra tradizione).

Così, è diventato paradigmatico il caso, appunto, del consenso al trattamento, il quale, calato nel contesto della circolazione di un valore e di un bene economico - come ormai è anche considerato il dato personale - pone la questione se esso assuma la valenza di un consenso negoziale fino a configurare l'idea di un elemento costitutivo di una fattispecie contrattuale.

Secondo una prima lettura, che, in verità, parrebbe ancorata al tradizionale approccio che esprime riserve circa la natura negoziale del consenso al trattamento dei dati, occorre tenere separati i due piani del rapporto tra le parti di un contratto nel quale sia presente un fenomeno circolatorio del dato personale: il «piano che si instaura con l'accordo negoziale» e il piano del «rapporto tra interessato e titolare del trattamento, che si instaura con il consenso del primo e si muove lungo le linee di una disciplina di fonte prevalentemente legale e di carattere essenzialmente imperativo»¹.

La tesi separa, nell'ambito dell'operazione economica, il momento del consenso contrattuale - in cui si conclude il contratto relativo al bene o al servizio - dal momento del consenso all'uso dei dati personali, ipotizzando così una differenza di rapporto e natura.

L'approdo di tal ragionamento è che il consenso al trattamento non è elemento del contratto, ma è ad esso estraneo².

¹ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, 113 ss.

² C. IRTI, *Consenso «negoziato» e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 77, la quale individua una «duplicità dei piani disciplinari, che comportano l'esigenza di tenere ben distinte, all'interno di quella che si presenta come un'unica manifestazione di volontà, il consenso autorizzativo a carattere unilaterale, che viene "scambiato" al fine di ottenere il prodotto o il servizio, e il consenso negoziale quale dichiarazione adesiva dell'utente al regolamento che disciplina il rapporto». Mitiga la nettezza della separazione delle due fattispecie di consenso, R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, il quale parla di consenso contrattuale e consenso al trattamento come di elementi di un'unica fattispecie che «dà luogo ad un atto oggettivamente complesso». Sulla diversità strutturale dei due atti, cfr. anche I. A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2019, spec. p. 86. E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, cit., 116 ss.



Tuttavia, sviluppate nelle loro coerenti conseguenze, le ricostruzioni attraverso le quali si «salva» il profilo personalistico³ (sottraendolo alla ricostruzione in chiave di consenso contrattuale) rischierebbero di rendere gli attributi della persona le sole «utilità» che, in quella data operazione, circolano, senza che il soggetto al quale i dati si riferiscono possa beneficiare, in cambio, di alcuna controprestazione da parte dell'impresa fornitrice.

Non solo: in realtà il mantenimento di un consenso fuori o/e autonomo e di natura diversa da quello contrattuale non scioglie gli equivoci che caratterizzano questa tematica: la prospettiva rischia di essere quella di una lettura che, se da un lato rende possibile, con il consenso della persona, il fenomeno economico del trattamento, dall'altro ne prende le distanze non volendo rassegnarsi a vedere la persona stessa coinvolta in una vicenda negoziale. In altri termini, ancora, ci troveremmo dinnanzi al tentativo, pur lodevole, di un recupero della dimensione dei diritti della persona senza la sua compromissione in un fenomeno economico e di mercato.

Ed ancora, in sostanza, secondo una tale ricostruzione, la dimensione del consenso in materia di trattamento dei dati personali dettata o ricavabile dal GDPR sarebbe del tutto specifica e peculiare (peculiarità di cui darebbe conto non solo l'art. 8, in tema di consenso del minore di età⁴, ma altresì l'art. 7

³ Sulla compresenza dei piani «personalistico» e «patrimoniale» nella vicenda circolatoria dei dati personali, allorquando si realizzino fenomeni economici di circolazione della ricchezza, ho avuto modo di sviluppare più ampie riflessioni, alle quali rinvio, in V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personali*, Napoli, 2022.

⁴ Proprio dalla norma in tema di consenso al trattamento dei dati del minore di cui all'art. 8 del GDPR, le tesi che ragionano di un doppio consenso, traggono conferma delle proprie ricostruzioni. Per i servizi della società dell'informazione e, pertanto nel contesto dell'economia digitale, infatti, il consenso al trattamento dei dati personali è validamente prestato a 16 anni (art. 8, GDPR). Se il sedicenne può acconsentire al trattamento dei propri dati (e se questi sono il valore di scambio dei servizi offerti nella società digitale) si dovrebbe concludere, in via logica, che il GDPR ha abbassato la capacità di agire per questa particolare ipotesi di contratti. Il limite di età al consenso al trattamento va coordinato, però, con il par. 3 dell'art. 8, a norma del quale sono invece fatte salve le norme generali in materia di diritto dei contratti.

Ebbene, l'ipotesi di una separazione tra i due consensi (al trattamento e al contratto) condurrebbe a questo risultato: vi è un contratto per il quale rimane ferma la disposizione di carattere generale (la capacità di agire posta alla maggiore età) e accanto ad esso vi è un secondo atto, il consenso al trattamento, per il quale è introdotta una età inferiore. Per le tesi sopra riferite proprio una tale netta separazione riuscirebbe a spiegare e a sciogliere il problema di coordinamento posto tra i differenti limiti di età del consenso individuati da un lato dal GDPR e, dall'altro lato, dal Codice civile. Piuttosto che leggere nell'art. 8 una norma che ha posto una capacità speciale per i contratti della società digitale nei quali il minore dispone dei propri dati (pur facendo salva la disciplina generale in tema di contratti), le tesi *de quibus* hanno pertanto ipotizzato uno sdoppiamento dei consensi che, in definitiva, realizzano l'operazione economica.

Ma non può che riscontrarsi l'insostenibilità reale di tale ipotesi dogmatica. L'idea di un contratto stipulato da un sedicenne che, parallelamente ad esso, per accedere al servizio digitale (al giuochino sul cellulare) fornisce il consenso al trattamento dei propri dati personali, si tradurrebbe, a ben vedere, nell'ipotesi di un contratto (per la fornitura del giuochino) invalido (perché stipulato dal sedicenne), e di un atto di consenso al trattamento dei dati personali, al contrario, valido e tutelato dall'ordinamento giuridico. L'effetto paradossale è che il fornitore del servizio potrebbe lecitamente trattare i dati del sedicenne, senza essere obbligato a fornire in cambio il servizio digitale. Il che sembrerebbe andare in senso contrario a ciò che la sola prospettiva personalistica vorrebbe ottenere in termini di tutela nel tentativo

GDPR, laddove pone la revocabilità del consenso) e non coinciderebbe con quella del consenso contrattuale di cui al codice civile.

In altri termini - e per dirla ancora più nettamente - secondo queste impostazioni vi sarebbe un consenso con cui si conclude il contratto, che sarebbe concettualmente ed operativamente distinto da un diverso consenso al trattamento dei dati personali⁵.

Quello contrattuale è un consenso con il quale un utente ottiene la fornitura di un servizio: un contratto che avrà ad oggetto, secondo queste letture, l'obbligo dell'impresa ad erogare il servizio e, al contempo, l'impegno (si badi: non l'obbligo) dell'utente ad esprimere il proprio consenso al trattamento dei dati personali.

Il consenso al trattamento sarebbe, dunque, un diverso consenso con il quale l'utente attribuisce al fornitore del servizio la possibilità di trattare i suoi dati personali. E, d'altra parte, proprio ragionare di una relazione tra consenso al trattamento dei dati personali e (consenso al) contratto farebbe pensare ad un'impostazione di questo tipo, concependo i due momenti come distinti non solo sul piano descrittivo, ma altresì su quello operativo e dogmatico.

Considerati insieme, dal punto di vista sostanziale, i due consensi realizzano lo scambio servizi/dati; tuttavia, il consenso al trattamento dei dati per-

del difficile bilanciamento tra le istanze personalistiche e patrimoniali del soggetto. L'assunto di partenza (naturalmente del tutto condivisibile) è che la persona è irriducibile ad una merce; conclusione questa che non si estende ai (suoi) dati personali che, invece, come è ormai acquisito possono essere un corrispettivo per le forniture contrattuali.

⁵ Secondo G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la dottrina (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679, in Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, a cura di V. RICCIUTO e C. SOLINAS, Milano, 2022, 74 ss. il consenso al trattamento costituirebbe un atto a struttura unilaterale, che funzionalmente realizzerebbe l'esercizio del diritto di «autodeterminazione informativa», così «la disciplina forgiata dal legislatore comunitario indica chiaramente che il consenso non può essere parificato ad un qualsiasi altro atto negoziale». Il consenso al trattamento sarebbe «giuridicamente più prossimo al consenso informato al trattamento medico che non al prototipo degli atti negoziali a contenuto patrimoniale» sicché per questo Autore il consenso al trattamento dei dati opera quale scriminante della liceità del trattamento e non assurgerebbe a elemento di una fattispecie negoziale, così che il contratto di scambio tra servizio e dati opererebbe solo «a valle» rispetto al primo consenso, e solo a quel punto assurgerebbe a figura contrattuale.

Pur nella individuazione di un «doppio consenso» - uno riferito al trattamento, l'altro al contratto di fornitura dei servizi - secondo C. IRTI, *op. cit.*, 90, nel caso dello scambio dati/servizi, «l'«oggetto» del contratto è rappresentato dal complesso delle prestazioni dedotte - fornitura di un servizio o di un contenuto digitale vs. rilascio del consenso all'utilizzazione dei dati forniti». Per l'Autrice il consenso al trattamento dei dati costituisce dunque una prestazione avente fonte nel contratto di servizi. Il GDPR avrebbe così il pregio di valorizzare «un modello contrattuale composto da due momenti negoziali diversi e distinti, seppur *collegati* nel contesto di un'operazione economica unitaria» implicando «un doppio procedimento formale e di un doppio consenso da parte dell'utente del servizio innanzitutto il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR»: così C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 510 ss.



sonali non sarebbe elemento costitutivo del contratto di scambio stesso. Così si parla di un consenso autorizzativo a carattere unilaterale, che viene scambiato al fine di ottenere il prodotto-servizio, e di un consenso negoziale quale dichiarazione adesiva dell'utente al regolamento che disciplina il rapporto.

L'operazione economica di scambio è, insomma, sì riconosciuta⁶, ma si intende realizzata attraverso due diversi atti e due diverse manifestazioni di consenso dell'interessato/utente⁷.

Solo un consenso si esprimerebbe in prospettiva bilaterale con la conclusione del contratto che costituisce il rapporto patrimoniale tra fornitore del servizio ed utente e ha come propri effetti quelli di far sorgere il diritto dell'utente alla prestazione digitale. In questo contesto, il consenso contrattuale espresso dall'utente non sarebbe rivolto a concedere al fornitore dei servizi il trattamento dei dati personali ma «solo» a concludere il contratto con il quale l'utente otterrà la prestazione digitale e si vincolerà a fornire, separatamente, il proprio consenso al trattamento dei dati personali in cambio.

2. Le tesi del doppio consenso e le loro criticità.

Ipotizzato che alla sostanza economica dello scambio corrisponda, sul piano giuridico, una duplicità di strutture (il contratto da un lato e il consenso al trattamento, dall'altro), lo schema contrattuale da taluno proposto è dunque quello del contratto con obbligazioni del solo proponente, dal momento che, per questa tesi, con il contratto l'utente non si «obbliga», in senso proprio, a concedere il consenso al trattamento dei propri dati (art. 1333 c.c.)⁸.

Tale «impegno» dell'utente a rilasciare il consenso al trattamento dei dati, assunto con contratto, secondo le citate ricostruzioni, non potrebbe costituire una prestazione in senso tecnico - e dunque obbligatoria - poiché la vo-

⁶ V., ancora, C. IRTI, *Recensione a V. Ricciuto, L'equivoco della privacy*, in *AdC*, 2022, 325, la quale - pur nella diversità degli esiti interpretativi - condivide molti dei rilievi che ho posto in luce, sin già nel mio volume *L'equivoco della privacy*, cit.: «il fatto che la protezione dei dati personali non si identifichi con quella della riservatezza nonché con la privacy così come intesa nella sua accezione originaria; il riconoscimento dei dati personali come beni suscettibili di essere sfruttati per finalità patrimoniali, senza che questo sfruttamento implichi la necessaria cessione del “bene” (di per sé incredibile); la necessità che all'operazione economica sottesa allo sfruttamento di questi beni “speciali” sia applicata in funzione conformativa quella disciplina di settore di matrice sovranazionale destinata alla loro protezione».

⁷ V., ancora, C. IRTI, *Recensione*, cit., 324, ove è sì operata una ricostruzione delle «operazioni economiche digitali che si perfezionano nello scambio tra la prestazione del consenso al trattamento dei dati e il servizio o prodotto digitale (apparentemente offerto come ‘gratuito’) nell'ambito del contratto», ma si riafferma come «necessario tenere distinti - in quanto concettualmente ed operativamente diversi - il consenso con il quale si conclude il contratto per la fornitura del prodotto o servizio digitale dal consenso al trattamento dei dati personali, lì dove quest'ultimo, per quanto condizionalmente prestato al fine di ottenere l'erogazione del servizio ‘gratuitamente’ offerto dal fornitore, non è e non potrebbe essere oggetto di una vera e propria obbligazione suscettibile di esecuzione coattiva».

⁸ C. IRTI, *Consenso*, cit., 109.

lontà di fornire i dati sarebbe un'attività che giuridicamente deve restare libera ed incoercibile nel suo determinarsi. Salvo poi ammettere che una tale prestazione finisce per assumere una valenza programmatica negoziale nel momento in cui essa assume il valore di presupposto necessario per conseguire l'attribuzione promessa in cambio (vale a dire la fornitura)⁹. Ed in ciò sta la prima criticità di queste ricostruzioni, dal momento che, in ogni caso, la fornitura dei dati personali è comunque contrattualmente, consensualmente, volontariamente programmata in funzione dello scambio (seppur eventuale, per questa ipotesi) con un dato servizio¹⁰.

Ulteriormente sintetizzando, per le teorie che ragionano di un doppio consenso le parti stipulano un contratto con il quale assumono, rispettivamente, il fornitore l'obbligo di erogare il servizio e l'utente l'impegno ad esprimere in cambio, successivamente (almeno dal punto di vista logico concettuale, se non temporale), il proprio consenso al trattamento dei dati personali.

L'«impegno» a fornire il consenso al trattamento dei dati personali, tuttavia, non avrebbe, secondo tali ricostruzioni, struttura obbligatoria perché il consenso al trattamento dei dati personali è sempre attività libera, dunque non coercibile né preventivamente vincolabile. Da qui, il suggerimento di parlare a riguardo non di una prestazione obbligatoria al consenso al trattamento, ma di una «prestazione condizionale», ovvero di una prestazione non assicurata dalla possibilità dell'esecuzione coattiva, ma che l'utente avrebbe comunque necessità di effettuare al fine dell'ottenimento del prodotto e/o servizio¹¹.

L'intento di conciliare gli aspetti personalistici nella vicenda della circolazione dei dati personali con quelli di stampo patrimoniale è sicuramente apprezzabile e, per taluni versi, condivisibile ove soprattutto si voglia, ad un primo impatto, farsi carico della preoccupazione che la natura così speciale del bene debba poter circolare patrimonialmente con particolari cautele ed attenzioni, non assimilabili a tutte le altre ipotesi di circolazione negoziale di utilità e risorse economiche: da un lato gli aspetti di tutela della persona (presidiati, in questa impostazione, dal mantenimento dell'idea di un consenso unilaterale al trattamento dei dati personali che viaggia parallelo rispetto alla fonte del rapporto patrimoniale ed è sostenuto da c.d. principio di autodeterminazione informativa), dall'altro gli aspetti di carattere patrimoniale (rappresentati dalla conclusione di un contratto con cui l'utente ottiene

⁹ C. IRTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ In termini simili, anche S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Persona e Mercato*, 2023, 231 nota che «postulare un doppio consenso è contrario alla realtà della manifestazione dei comportamenti, ed è inoltre incompatibile con la teoria del contratto, perché, attenendo la fornitura dei dati personali all'oggetto e [...] anche alla causa del contratto, non si può immaginare un consenso contrattuale che non investa questi elementi».

¹¹ Così C. IRTI, *Consenso*, 103 secondo la quale «quel che manca per qualificare il rapporto in termini strettamente obbligatori è la bilateralità del vincolo giuridico, non essendo e non potendo mai essere, la prestazione gravante sul consumatore - il rilascio del consenso al trattamento del dato per finalità estranee al servizio o prodotto ricevuto dall'operatore economico (titolare del trattamento oggetto) - oggetto di una obbligazione giuridicamente coercibile».



la fornitura impegnandosi, ma senza obbligarsi, a rilasciare in cambio il consenso al trattamento, sostenuto ovviamente dal principio di autonomia privata).

Però, una tale impostazione rischia di non offrire una chiave di lettura e soprattutto una prospettiva sistematica per cogliere la portata dei nuovi fenomeni patrimoniali¹².

Accanto alle suddette preoccupazioni, si scorge la tendenza a ricostruire una vicenda circolatoria di carattere patrimoniale, quale quella relativa all'ipotesi di scambio dei dati personali, che muove dall'idea che ogni decisione di un soggetto in ordine ai propri dati personali debba esaurirsi nel (limitato) orizzonte della c.d. autodeterminazione informativa, alla quale, sulla scia dell'esperienza tedesca, si è fatto riferimento in sede di interpretazione della l. 675/1996¹³. Il contesto nel quale tali originarie posizioni trovavano un qualche fondamento è però del tutto modificato da un punto di vista, intanto, normativo (con le modifiche alla originaria disciplina della l. 675 del 1996, la quale del tutto marginalmente si preoccupava delle vicende circolatorie); dalle letture che gli interpreti hanno successivamente offerto del fenomeno e, ancora di più, dall'erompere del fenomeno del trattamento dei dati nelle attività economiche e che ha portato all'adozione del Regolamento il quale, invece, offre (certo non esclusivamente) gli strumenti per una ricostruzione in chiave pienamente patrimonialistica e negoziale.

Ma d'altra parte, lo stesso Stefano Rodotà, a ridosso del recepimento della Direttiva del 1995, nel sottolineare l'importanza della dimensione negoziale del fenomeno affermava che, quanto al consenso negoziale, «il problema capitale è quello dell'asservimento definitivo», rilevando, proprio nelle prime applicazioni della disciplina della l. n. 675 del 1996, che «naturalmente la legge offre molti spunti per dire che questo asservimento definitivo non è accettato». Nella dimensione negoziale «il controllo non viene perduto, i motivi legittimi per i quali si può impedire la comunicazione di dati pur legittimamente raccolti, pertinenti o assentiti in tutto o in parte di-

¹² Condivide queste perplessità anche S. ORLANDO, *op. cit.*, 222 ss. L'A. citato rileva innanzitutto che ragionare di un c.d. doppio consenso (e dunque ritenere che la prestazione del consenso al trattamento sarebbe essa stessa «oggetto» del contratto di scambio) sarebbe frutto di un'«interpretazione anti-letterale» delle disposizioni che disciplinano queste operazioni (art. 3, dir. 770/2019 e, ora, art. 135 *octies*, co. 4, cod. cons.). Convince soprattutto il rilievo dell'A. citato in ordine al fatto che la tesi del c.d. doppio consenso «sostanzialmente fa leva sull'osservazione dell'inutilità di fornire dati personali senza il consenso al relativo trattamento», laddove, invece, «proprio sulla base della pacifica osservazione per la quale il consenso è necessario al trattamento, può e deve ritenersi, in senso conforme al significato letterale della norma, che il (necessario) consenso al trattamento precede e giustifica (ove valido, naturalmente: v. *infra*) tanto la fornitura dei dati personali che, eventualmente, il loro impegno a fornirli».

¹³ «L'atto mediante il quale il soggetto autorizza il trattamento dei propri dati personali, il consenso informato, non equivale ad un atto di disposizione, ma è e resta un atto mediante il quale il soggetto manifesta il potere di autodeterminarsi rispetto alla divulgazione e all'utilizzo da parte di terzi di informazioni che riguardano la sua sfera più personale e che non a caso il Garante ha qualificato quale «diritto all'autodeterminazione informativa»: Garante per la protezione dei dati personali, provv. del 28 maggio, 1997, in *Foro It.*, 1997, III, c. 317.

mostrano quindi che c'è una scelta dell'interessato che definisce l'area della protezione»¹⁴.

L'autodeterminazione informativa, se un senso ed una funzione può aver avuto in termini assorbenti rispetto ad ogni altro principio e giustificazione delle scelte in ordine ai dati personali, deve essere concettualmente collocata coerentemente in quel contesto normativo e culturale, fortemente, se non esclusivamente, ancorato alla ricostruzione in termini solo assolutistici della tutela della persona e in chiave di tutela extracontrattuale. Ma, come le stesse parole di Stefano Rodotà chiariscono, anche in quel contesto non vi era ragione logica per escludere la compatibilità tra la dimensione negoziale del consenso e la tutela dei diritti della persona.

Oggi, in un del tutto mutato contesto, più decisamente ispirato ai principi della circolazione e patrimonializzazione dei dati, il dato circola «protetto» per l'immanenza di quel diritto in tutte le ipotesi di circolazione, siano esse riconducibili alle ipotesi extracontrattuali o contrattuali.

3. Autodeterminazione informativa e autonomia contrattuale.

Quanto sopra detto, porta anche ad escludere che l'autonomia informativa supplisca all'autonomia contrattuale, laddove si ritiene che la «regola della circolazione dei dati personali è frutto di una decisione libera e autoreferenziale del titolare dei dati medesimi»¹⁵. La formula dell'autodeterminazione informativa, in quanto inidonea ad offrire piena evidenza alla funzione economica delle scelte del soggetto e dunque incapace di offrire risposta al principio della giustificazione causale che necessariamente regola, nel nostro ordinamento, la circolazione e l'attribuzione della ricchezza, non può tecnicamente dare fondamento al fenomeno, inarrestabile, ma controllabile, dell'economia dei dati.

La prospettiva di scambio di ricchezze non può essere ricondotta a concetti fondati sulla mera autoreferenzialità delle scelte, che prescindano dalla valutazione richiesta dal principio di necessaria giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali posto dal nostro ordinamento¹⁶; quest'ultima potrà

¹⁴ S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH, Milano, 1998, 308.

¹⁵ R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. ZORZI GALGANI, Padova, 2019, 148 e già D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998.

¹⁶ Cfr. C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022, 97 ss. la quale opportunamente segnala che «nel caso del diritto al trattamento come corrispettivo l'informazione relativa al tipo di trattamento e alla qualifica del contratto è, e deve essere, fornita in quanto essa è connessa e utile per l'esercizio consapevole di una scelta economica del consumatore»; pertanto la comprensione dei meccanismi dell'economia digitale e delle decisioni che l'interessato assume in ordine alla vicenda circolatoria dei propri dati personali non possono sempre ridursi a profili di «autodeterminazione informativa» dell'interessato, quale decisione libera ed autoreferenziale dello stesso, perché «è proprio l'assenza di autoreferenzialità che caratterizza la decisione dell'interessato allorché il diritto al trattamento dei propri dati attribuito in funzione di scambio con altre utilità». Prosegue l'A. citata affermando che «collocata nell'operazione economica di scambio,



essere invocata, naturalmente, quale principio che muove le decisioni del soggetto riguardano esclusivamente l'ambito della sola realizzazione della sua dimensione personalistica e comunque fuori da un fenomeno di negoziabilità.

Né si può mancare di sottolineare che oggi il contratto, come strumento giuridico che realizza la circolazione della ricchezza, non è più un «affare privato tra privati»¹⁷, e dunque, già nella sua sistemazione generale, questo istituto può accogliere quelle logiche di protezione dei dati che, d'altra parte, come detto, sono già in sé immanenti allo speciale fenomeno circolatorio considerato. Così come i profili di tutela della persona stanno alla base di alcuni principi conformativi della libertà contrattuale moderna, che non appare più indiscriminata e arbitraria, basti pensare alla rilevanza del principio di non discriminazione nell'esercizio dell'autonomia privata¹⁸.

Peraltro, è riscontrabile in più settori che, qualora vi sia la necessità di rafforzare la posizione contrattuale di una delle parti (al di là o oltre la tutela consumeristica) l'ordinamento prevede o propone forme di integrazione e supporto per la definizione dell'operazione economica, riconducibili al più generale fenomeno della c.d. autonomia privata assistita. D'altra parte, la stessa conformazione dei contratti ad opera di autorità pubbliche trova il suo fondamento nella necessità di garantire la realizzazione di interessi che, altrimenti, la sola volontà delle parti non riuscirebbe a soddisfare.

Vi sono, inoltre, motivazioni, potremmo dire, di “realismo” che, nella ricostruzione teorica dei fenomeni in analisi, invitano ad evitare di insistere in una eccessiva valorizzazione della forma a discapito della sostanza. L'ipotesi di un doppio consenso rischia, infatti, di complicare, peraltro inutilmente, nella struttura ciò che da un punto di vista sostanziale è estrema-

quella decisione relativa al trattamento dei propri dati si connota per la funzione economica alla quale essa aspira e che realizza», sicché una tale volontà si esprime oltre l'idea di autoreferenzialità. Anche secondo S. ORLANDO, *Op. cit.*, 231 è necessario superare la limitata ottica dell'autoreferenzialità della scelta in ordine alla circolazione dei propri dati, per andare a coglierne giuridicamente il senso. Nell'attuale contesto, se si ammette e riconosce la c.d. monetizzazione dei dati personali, non si può continuare a ritenere irrilevanti ed insignificanti *a priori* i «perché» di tali scelte. Secondo Orlando, condivisibilmente, quando si ragiona di consenso al trattamento è necessario non solo vagliare come esso si presenta (consenso “libero”, “incondizionato”, “inequivoco”, “specifico”, “espreso”, “esplicito”) ma anche i suoi «perché». Afferma, da ultimo, la necessità di operare un «controllo funzionale del consenso privacy» anche G. VETTORI, *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2023, 539 ss.

¹⁷ Cfr. V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2007, 1618, e v. anche M. ANGELONE, *Regolazione “indipendente” del mercato e “conformazione in chiave protettiva” del contratto*, in *Riv. dir. imp.*, 2016, 105. Il tema apre al diritto privato regolatorio e alla regolazione del contratto: sul tema del contratto “amministrato”, v. C. SOLINAS, *Il contratto “amministrato”. La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018. Sul diritto privato regolatorio A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013.

¹⁸ Su questo aspetto A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 207 s.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013. Sul piano generale, considerazioni su tale principio, in P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.

mente lineare ed inconfutabile (l'esistenza di uno scambio, la natura bilaterale, il rilievo economico delle scelte relative al trattamento dei dati, la qualificazione di questi ultimi in termini di corrispettivo contrattuale, come del resto una ormai copiosa giurisprudenza riconosce)¹⁹. Un tale approccio non solo complica (nella struttura) la comprensione dei fenomeni, ma probabilmente non facilita il dialogo tra i vari ordinamenti interessati in vicende che sono, e saranno sempre più, vicende non confinate in ambiti ricostruttivi dogmatici, com'è certamente quello italiano, ma ormai disciplinate in contesti, come quello europeo, dove le scelte normative di governo di questi fenomeni superano la rigidità delle categorie formali. Ne è in fondo un esempio proprio il GDPR, che prescinde da ogni qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive in cui il fenomeno si articola.

Ma, soprattutto, il rilievo, in verità, riguarda il più generale approccio al tema del diritto privato europeo, che necessita indubbiamente di una maggiore definizione delle categorie concettuali, senza tuttavia arrivare ad estremizzare e operare una superfetazione della realtà fino a ipotizzare una non piena corrispondenza tra la sostanza (bilaterale e di scambio) e la forma (duplice, contestualmente bilaterale negoziale e unilaterale autorizzativa) al solo fine, mi pare, di salvare alcuni aspetti che, in verità, non vengono, per questo, «attentati» dalla ricostruzione del fenomeno in termini contrattuali, sia sostanziali che strutturali.

4. La libertà del consenso.

Quella della libertà del consenso al trattamento dei dati è una delle preoccupazioni che muovono coloro che ipotizzano la presenza di un autonomo e separato consenso al trattamento rispetto a quello per il contratto. E la garanzia della libertà passerebbe solo attraverso la ricostruzione del consenso come libera determinazione unilaterale del soggetto²⁰.

¹⁹ Esprime perplessità su una distinzione tra piano contrattuale e piano della circolazione dei dati personali anche S. THOBANI, *I dati personali forniti «in occasione» della fornitura, in Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discorso profilo dell'economia digitale*, a cura di V. RICCIUTO e C. SOLINAS, Milano, 2022, 155 ss., secondo la quale «tale prospettiva dogmatica [...] fa salva in effetti la teoria non negoziale dell'operazione economica concernente la fornitura dei dati personali ad opera del consumatore. Sebbene una simile distinzione [...] risponda all'esigenza di conformarsi alla posizione dell'EDPS, ciò non può che apparire in contrasto con l'obiettivo di disciplinare in modo coerente ed organico la materia della fornitura di contenuto e servizi digitali».

²⁰ Scrive G. RESTA, *Op. cit.*, 75 e ss.: «i requisiti della “libertà”, dell’ “informazione” e della “specificità” fissano uno standard di validità – nel senso di idoneità a produrre l'effetto legittimante di cui all'art. 6 del regolamento – che è molto più elevato rispetto a quello consueto per gli atti patrimoniali ed è volto a garantire che l'atto veicoli una reale determinazione volitiva del soggetto», sicché per l'Autore «ne discende l'esigenza di un trattamento differenziato dei due atti giuridici coinvolti: come si è chiarito in precedenza, il consenso è soggetto alla disciplina del regolamento, ha una sua specificità ed è connotata dagli elementi precedentemente illustrati, mentre il contratto è soggetto alle diverse regole derivanti dal diritto interno e dalle fonti europee, siano queste le regole generali o quelle preordinate alla tutela dei consumatori».

L'idea che il consenso al trattamento dei dati personali come consenso contrattuale, finalizzato a porre e a realizzare lo scambio, metta in pericolo il predicato di libertà del consenso (libertà che, come noto, deve sostenere il consenso al trattamento dei dati personali) rischia di offrire una ricostruzione fuorviante del fenomeno della circolazione negoziale dei dati. Essa suggerisce l'idea che il requisito di libertà non sia predicabile per il consenso contrattuale, il quale quindi si porrebbe fuori da processi di autodeterminazione della persona in ordine alla disponibilità dei beni ad essa riferibili (i dati personali, appunto) per essere invece realmente ed effettivamente libero solo fuori da una prospettiva economico-negoziale.

E tuttavia è necessario porre l'attenzione sul fatto che nessuno ha mai dubitato che il consenso contrattuale debba essere libero: anzi, esso è tradizionalmente ritenuto presidio della libertà dell'individuo; tutta la disciplina in materia di consenso contrattuale è disciplina volta a garantire la libertà dello stesso. Quindi, in primo luogo può creare qualche perplessità il fatto che nel contesto del fenomeno della patrimonializzazione dei dati personali, proprio al fine dichiarato di garantire la libertà del consenso al trattamento, si avverta a volte la tendenza a sottrarre la scelta di concedere il trattamento dei dati in cambio di un servizio alla sua riconduzione nella categoria del consenso negoziale (per ipotizzare, quindi, che solo fuori dal contratto esista un'area di libertà nella quale il consenso può essere unilateralmente manifestato da parte dell'interessato).

D'altra parte, in una non più recente sentenza della Corte di Cassazione del 2018 (n. 1728) - peraltro resa in applicazione della precedente normativa del codice sulla protezione dei dati personali - è riconosciuto che alla base del consenso al trattamento vi è «uno scambio» di dati personali. Scambio che, secondo la Cassazione, non è vietato dall'ordinamento, il quale certamente «esige ... che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato». In quella sentenza la Corte di Cassazione configura, rispetto al fenomeno contrattuale, un'ipotesi di consenso che, pur nella sua specialità conseguente alla particolare natura del bene (un consenso informato, pieno, consapevole, specifico), si deve ricondurre pur sempre ad elemento di una fattispecie negoziale²¹.

Nell'esperienza del diritto civile contemporaneo, peraltro, si riconosce e si ammette (senza dubbio alcuno, visto che è la stessa normativa speciale in tema di contratto che lo prevede) che sarebbe improprio ipotizzare che esista

²¹ Come nota anche S. ORLANDO, *Op. cit.*, 231, «contrariamente a quanto si tende a cogliere nella già citata sentenza della Cassazione 17278/2018, nessuna insormontabile differenza di natura è correttamente postulabile tra consenso privacy e con senso negoziale, e contrattuale in particolare. La teoria del contratto ammette senz'altro al suo interno forme di manifestazione della volontà contrattuale 'rafforzate' (per usare l'aggettivo che si legge al punto 2.4 di quella sentenza) per previsione di norme imperative. In particolare, e venendo al nostro caso, non è incompatibile con la teoria del contratto interpretare gli artt. 4 n. 11 e 6(1)(a) del GDPR in combinato disposto con l'art. 3(1) DCD nel senso di ritenere che nei contratti previsti da quest'ultima disposizione il consenso del consumatore-interessato debba consistere in una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento, con le modalità e per le finalità previste nel contratto e, sempre, beninteso, nei limiti imposti dalla legge».

un unico modello di consenso contrattuale. Il diritto dei contratti moderno presenta una varietà di consensi, retti da discipline differenti in quanto aventi ognuno una propria specifica esigenza regolamentare, ma tutti ritenuti liberi e comunque pacificamente riconducibili alla natura contrattuale (es. consenso informato, consenso del minore, consenso del consumatore, consenso delle piccole e medie imprese non condizionabile da pratiche commerciali sleali, ecc.).

E poi, una tesi che ipotizzi che oltre al consenso contrattuale vi sia un secondo consenso con il quale l'interessato fornisce i dati, non risolve il problema della comprensione e disciplina dello scambio dati/servizi e delle tutele. Se, come ritenuto dalle impostazioni che costruiscono l'ipotesi di un "doppio consenso", lo scambio di dati contro forniture non si realizza attraverso il solo consenso contrattuale, ma attraverso un'ulteriore manifestazione di consenso che sia precedente o successiva ad esso, quale sarebbe la natura di una tale manifestazione di volontà? È la fonte di una prestazione isolata, che si colloca fuori da una giustificazione causale di quella operazione economica di fornitura di servizi e fornitura di dati? Oppure vi è un collegamento negoziale tra contratto di fornitura e atto (ma, a questo punto, anch'esso necessariamente negoziale!) di rilascio del consenso al trattamento nell'ambito di un'operazione economica complessa?

5. Conclusioni.

Al di là delle acute e suggestive ipotesi ricostruttive di cui si è detto, la circolazione del dato personale ha fonte in – e dà luogo ad – una fattispecie contrattuale a tutti gli effetti: il consenso è uno solo, inequivocabilmente elemento di una fattispecie negoziale²²; i profili di specialità sono riconducibili alla peculiarità dello scambio (perché speciale è il bene che ne è l'oggetto), ma senza che tale circostanza imponga anche solo logicamente di condurre fuori dall'ambito negoziale in senso stretto il fenomeno.

In sostanza, nelle ipotesi in cui si assiste ad una vicenda di corrispettività ed onerosità tra beni/servizi e dati personali si è in presenza di una fattispecie contrattuale che non necessita di ulteriori elementi costitutivi di quegli effetti giuridici. Pertanto, attribuire efficacia costitutiva del diritto a trattare i dati personali ad un elemento esterno alla fattispecie contrattuale, prima o dopo di questa, per quanto a quest'ultima connessa, non serve ad esprimere la portata, l'ambito e gli effetti che realizza quell'operazione economica.

Si deve ancora qui ribadire che gli strumenti, gli istituti, le tutele, le garanzie per il soggetto a cui i dati si riferiscono sono tutti interni al fenomeno dello scambio, poiché a beneficio dell'interessato la disciplina del trattamento dei dati riconosce forme di protezione: gli obblighi di informativa, la

²² Adesivo, A. MORACE PINELLI, *Introduzione*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, a cura di A. Morace Pinelli, Pisa, 2023, 13, secondo il quale il consenso è uno solo: conclude il contratto e, al contempo, ne autorizza il trattamento; i profili di specialità di un tale consenso trovano giustificazione nella peculiarità della natura del bene scambiato.

revoca del consenso, la garanzia di libertà del consenso, l'accesso ai propri dati, la rettifica, ecc.

Si deve sempre ricordare, che il «diritto alla protezione dei dati personali» è riferito e riferibile anche alle negoziazioni che hanno ad oggetto quei beni e non è, dunque, espressione del solo profilo di tutela della personalità secondo la tradizionale lettura in termini extracontrattuali.

Diversamente, occorrerebbe capire come sarebbe possibile fornire rilevanza a tutte quelle circostanze che alterano la comprensione, la volizione, la corretta ponderazione della scelta in ordine al fornire i propri dati personali in una prospettiva di scambio. Se, in un contesto di scambio, appunto, la decisione di fornire i propri dati personali fosse una mera e sola scelta unilaterale, dalla quale pertanto non emerge né rileva per il diritto alcuna destinazione funzionale ad uno scambio, allorquando l'interessato cada in errore o non sia posto nelle condizioni di rendersi conto della convenienza economica di quella scelta, egli finirebbe per non avere le tutele proprie di ogni fenomeno di scambio, pure riconosciuto dalle posizioni riferite.

Significherebbe sottrarre la stessa al vaglio della sua sostenibilità e rilevanza causale (a cui sono invece sottoposte le scelte negoziali) in ordine all'assetto di interessi voluto.

L'interessato che sceglie di fornire i dati personali per accedere ad un servizio, in realtà e a ben vedere, compie scelte economiche; la libertà, la comprensibilità, l'effettiva volontà di quella scelta in termini economici è oggetto di analitica attenzione da parte del legislatore eurounitario (ad es., nella normativa consumeristica). Il legislatore richiede che il consumatore/interessato non solo voglia acconsentire (in termini classici diremmo: voglia l'atto), ma altresì che comprenda e voglia gli effetti giuridici di quel consenso (lo scambio, la concretizzazione degli impegni del fornitore, l'applicazione delle garanzie consumeristiche, ecc.). Solo così si può comprendere il tema della circolazione dei dati personali, e comprendere come esso sia divenuto ormai centrale nel fenomeno dell'economia digitale e realizzi una vicenda di circolazione della ricchezza.

E, del resto, non si può non dar conto che, con il recepimento della Direttiva n. 770 del 2019 sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali nel nostro Codice del consumo, il legislatore italiano ha stabilito che la relativa disciplina si applica non solo ai contratti nei quali il consumatore acquista il bene o servizio pagando un prezzo monetario, ma altresì «nel caso in cui» il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto o servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce «o si obbliga a fornire dati personali» al professionista, escluse le ipotesi in cui tali dati siano trattati esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto o servizio digitale oppure per assolvere a obblighi di legge del professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti²³ (art. 135 *octies*, comma 4, D.Lvo 206 del 2005).

²³ Proprio questa «esenzione» comprova che le ipotesi alle quali è estesa, alla circolazione del dato personale, la disciplina dei contratti con controprestazione monetaria, è solo ed esclusivamente quella nella quale sia rinvenibile una «funzione» remuneratoria del dato personale e non anche, semplicemente, una - diversa - funzione attuativa di un programma contrattuale già posto. Il consenso al trattamento dei dati in funzione remunerativa, insom-

La tecnica legislativa moderna normalmente non si impone all'attenzione degli interpreti per meditazione delle categorie e ponderazione della tecnica in relazione ai presupposti e agli obiettivi dell'intervento normativo, sicché non ci stupiamo del fatto che il legislatore italiano, in sede di recepimento, nulla abbia aggiunto al dettato europeo. Ha, però, modificato un termine («*obbligo*» in luogo di «*impegno*») la cui portata, consapevole o meno che sia stata, attribuisce una sferzata verso il superamento definitivo della costruzione tradizionale del fenomeno in termini non patrimoniali. L'art. 135 *octies*, comma 4, Codice del consumo, contempla l'ipotesi in cui il consumatore «si obbliga» a fornire dati personali al professionista. L'adozione del concetto di obbligazione per qualificare l'impegno al conferimento del diritto a trattare i dati personali è certamente passaggio che tecnicamente ed etimologicamente vanifica quella «neutralità» rispetto al fenomeno contrattuale che in sede europea si voleva fornire modificando l'originaria formulazione della proposta di direttiva.

In definitiva, il consenso al trattamento non può essere pensato asetticamente, senza alcuna valutazione del profilo funzionale all'operazione economica nella quale esso si inserisce.

Diversamente, non si comprenderebbe perché qualcuno debba prestare il proprio consenso al trattamento dei dati, se non per ottenere in cambio un servizio o un'utilità.

La prospettiva patrimonialistica non va temuta o avversata, ma la sua legittimazione concettuale - prima ancora che normativa -, una volta constatata senza pregiudizi, lascia, semmai, aperti numerosi problemi che meritano più consapevoli indagini. Tra questi, il problema del tipo contrattuale, il profilo funzionale dell'operazione, la natura onerosa o gratuita dei contratti dell'economia digitale, l'oggetto o le prestazioni dedotte in quello scambio, e così altri importanti profili che il fenomeno delle nuove tecnologie consegnerà al giurista nei prossimi anni.

ma, è prestato non solo in vista ed in occasione dell'ottenimento di un servizio o bene da parte del titolare (quale la possibilità di utilizzare una certa app, il diritto all'accesso e all'uso di un *social*, la possibilità di utilizzare un motore di ricerca, ecc.), ma un tale consenso al trattamento dei dati personali è prestato proprio in ragione dell'ottenimento di diritto all'uso di un servizio o di bene da parte del titolare e pertanto in una prospettiva di scambio: v., relativamente alla rilevanza del profilo funzionale, C. SOLINAS, *Autonomia privata*, cit., 89 ss .