

Shaira Thobani

**LA LIBERTÀ DEL CONSENSO AL
TRATTAMENTO DEI DATI
PERSONALI E LO SFRUTTAMENTO
ECONOMICO DEI DIRITTI DELLA
PERSONALITÀ**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Shaira Thobani

LA LIBERTÀ DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI E LO SFRUTTAMENTO ECONOMICO DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

SOMMARIO: 1. Il requisito di libertà del consenso al trattamento dei dati: ambito di applicazione. - 2. Il consenso libero tra consenso informato e consenso disinteressato. - 3. Il dibattito sulla disponibilità degli attributi immateriali della personalità. - 4. La posizione del Garante: il consenso non può essere condizione per accedere a beni o servizi. - 5. Le ragioni alla base della posizione del Garante. - 6. L'applicabilità della posizione del Garante ad altre fattispecie di sfruttamento degli attributi immateriali della persona. - 7. Il consenso libero: ipotesi ricostruttive. - 8. Le implicazioni della posizione del Garante rispetto ad altre modalità di richiesta del consenso. - 9. La revoca del consenso al trattamento dei dati.

1. In materia di trattamento di dati personali l'art. 23, co. 3, d.lgs. 30-6-2003 n. 196 prevede che il consenso al trattamento è validamente prestato solo se è « espresso liberamente ». Allo stesso modo, il recente regolamento europeo 27-4-2016 n. 679 definisce il « consenso dell'interessato » come « qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato » che autorizzi il trattamento.

L'ambito di applicazione della norma contenuta nel Codice della privacy è potenzialmente estremamente vasto: la disciplina sui dati personali si applica infatti alle operazioni concernenti « qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile » e non c'è dubbio che una definizione così ampia comprende anche gli attributi immateriali della persona tradizionalmente intesi, quali nome, immagine e qua-

Saggio sottoposto a referato.

lunque altro elemento evocativo dell'identità personale (1). Se, dunque, si ritiene che la disciplina in questione si applichi anche al consenso prestato in sede di "disposizione" dei diritti della personalità — come avviene attraverso i contratti con i quali si sfrutta la notorietà o comunque l'identità di un soggetto per scopi promozionali (come i contratti di sponsorizzazione, merchandising, testimonial) e quelli volti a creare un prodotto del mondo dello spettacolo (ad esempio, i contratti per l'organizzazione di film, reality shows, partite sportive) —, è evidente come la norma sulla libertà del consenso comporti potenzialmente una rivisitazione dell'intero dibattito sulla disponibilità degli attributi immateriali della persona. Appare così chiara l'importanza di comprendere il significato della prescrizione di cui all'art. 23, co. 3 d.lgs. 196/2003 nei diversi contesti in cui la disciplina sui dati personali risulta applicabile.

Se dalle formulazioni del Codice della privacy sembra discendere un'applicazione estensiva della norma in esame a tutti i casi di disposizione e conseguente sfruttamento degli attributi immateriali della persona, un'indagine più attenta alle esigenze di tutela poste alla base della normativa sui dati personali potrebbe condurre invece ad una soluzione più restrittiva. È noto che la normativa in questione sorge dall'esigenza di affrontare i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica (2). La stessa direttiva 24-10-1995 n. 46, al consi-

(1) In generale, sul rapporto tra la normativa sui dati personali e i diritti della personalità cfr. C. Castronovo, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, Trattamento dei dati e tutela della persona, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno-Zencovich (Milano 1998), 194; S. Rodotà, *Conclusioni*, ivi, 301; V. Zeno-Zencovich, *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, ivi, 163 s.; G. Resta, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Il codice dei dati personali, a cura di F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno-Zencovich (Milano 2004), 23 s.; S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in questa *Rivista*, 2004, 4.

(2) In tema, cfr. S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, Riv. crit. dir. priv., 1984, 585 s.; G. Mirabelli, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, Dir. inf., 1993, II, 314 s.; A. Mantelero, *Attività d'impresa in Internet e tutela della persona* (Padova 2004), 103 s.; S. Niger, *Note sul diritto alla protezione dei dati personali*, Ciberspazio dir., 2004, 49 s.; Id., *Le nuove*

derando n. (15), afferma che il trattamento dei dati « rientra nella presente direttiva soltanto se è automatizzato o se riguarda dati contenuti, o destinati ad essere contenuti, in un archivio strutturato secondo criteri specifici relativi alle persone, in modo da consentire un facile accesso ai dati personali di cui trattasi ». Non si tratta, dunque, di una disciplina pensata per casi di trattamenti singoli o comunque limitati a determinate persone.

Il legislatore italiano, distanziandosi dalla soluzione adottata in sede europea, nell'attuare la direttiva ha invece espressamente incluso nel campo di applicazione della disciplina sui dati personali anche i trattamenti svolti senza l'ausilio di mezzi elettronici e non lo ha comunque limitato al caso delle banche dati (3). Tale considerazione, unitamente all'ampiezza delle definizioni di « dato personale » e « trattamento », rende arduo escludere *tout court* dalla disciplina in questione i casi più tradizionali di sfruttamento degli attributi immateriali della persona (4).

Ciò nonostante, si tratta di una disciplina chiaramente improntata alla tutela della persona in caso di trattamento in massa di dati personali. Una chiara indicazione normativa in tal senso è costituita dal recente reg. 2016/679. Tale regolamento, che abroga la precedente dir. 95/46/CE, restringe il proprio campo di applicazione (in linea, peraltro, con la stessa direttiva) « al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi » (art. 2). L'ambito di applicazione del regolamento in questione è, dunque, sicuramente più ristretto rispetto a quello del d.lgs. 196/2003. Quest'ultimo, pertanto, salvo un intervento del legi-

dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali (Padova 2006), 63 s.

(3) Art. 5 della l. 31-12-1996 n. 675 e, poi, art. 4, co. 1 lett. a) del d.lgs. 196/2003, che include nella definizione di « trattamento » anche le operazioni effettuate senza l'ausilio di strumenti elettronici.

(4) In tal senso in giurisprudenza cfr. Cass. 2-9-2015 n. 17440, Giust. civ. mass., 2015; Cass. 9-8-2012 n. 14346, Giust. civ., 2012, 1962 s.; App. Roma 4-9-2009 n. 3296, reperibile sul sito www.iusexplorer.it; Trib. Roma 24-5-2005, Giur. merito, 2005, III, 2346 s.; Trib. Roma 12-3-2004, Danno resp., 2005, 879 s.

slatore, rimane valido ed efficace nella parte in cui si estende ad un più ampio ambito di applicazione e pare conseguentemente continuare ad applicarsi ai casi più tradizionali di sfruttamento degli attributi immateriali della persona in cui i dati non vengono trattati in maniera automatizzata né vengono inseriti in banche dati. In ogni caso, il regolamento (su cui torneremo, in quanto offre preziosi elementi per definire il contenuto del requisito di libertà del consenso) fornisce un'importante conferma su quale sia il naturale campo di applicazione della normativa in questione nelle intenzioni del legislatore europeo. Non si entra qui in una compiuta analisi sull'interazione del regolamento con il Codice della privacy; appare evidente che il regolamento europeo si sostituisce in parte alle norme attualmente esistenti, peraltro, limitatamente al campo di nostro interesse, senza apportare radicali novità.

La lettera delle legge e la sua *ratio* sembrerebbero dunque portare a esiti contrastanti sulla sua applicazione. Una soluzione di compromesso al fine di evitare un'interpretazione antiletterale della normativa in questione e, al contempo, di tenere in conto le esigenze di tutela effettivamente sussistenti, potrebbe consistere nel differenziare, attraverso un'operazione interpretativa, il contenuto delle singole disposizioni della disciplina sui dati personali a seconda che il trattamento riguardi dati raccolti in massa oppure singolarmente.

Si noti, peraltro, che anche laddove si volesse escludere l'applicazione della disciplina in esame ai casi tradizionali di sfruttamento degli attributi immateriali della persona, in ogni caso tale esclusione non potrebbe impedire l'applicazione analogica di singole norme alla luce di esigenze di tutela della persona ritenute operanti in tutti i casi di disposizione dei diritti della personalità. Così, ad esempio, la norma che prescrive la specificità del consenso al trattamento pare rispondere a un'esigenza avvertita anche al di fuori del trattamento in massa dei dati personali, che consiste nel garantire che la persona possa prevedere e controllare la circolazione dei propri attributi immateriali; difatti, anche al di fuori del trattamento in massa dei dati personali, si richiede che l'oggetto dei contratti attraverso cui si dispone dei diritti della personalità sia determinato in maniera più stringente

rispetto a quanto previsto dall'art. 1346 c.c. (5). Allo stesso modo, anche ove si restringesse il campo di applicazione della norma sulla libertà del consenso ai soli casi di trattamento in massa, ciò non ne escluderebbe un'applicazione analogica anche ai trattamenti singoli laddove possano ravvisarsi analoghe esigenze di tutela.

2. L'impatto della norma in questione dipende, ovviamente, da quale significato si attribuisce alla « libertà » del consenso.

In ambito contrattuale, la libertà del consenso significa che esso deve essere prestato da un soggetto capace di intendere e volere e che non deve essere viziato da errore, violenza o dolo, nonché da pericolo o bisogno in talune situazioni qualificate. In prima battuta si potrebbe dunque ritenere che il requisito della libertà del consenso contenuto nella normativa sui dati personali costituisca un mero richiamo alle norme che disciplinano la validità del consenso in ambito contrattuale. Si tratterebbe, tuttavia, di una lettura davvero minimale del requisito espressamente posto in essere dal legislatore; d'altra parte, la trasposizione dei principi sottesi alla disciplina dell'autonomia contrattuale alla materia dei dati personali è quanto meno problematica, in quanto tale ultima disciplina risponde a logiche sue proprie. Anche coloro che ammettono la contrattualizzazione dei diritti della personalità sottolineano infatti l'esigenza di reinterprete la disciplina contrattuale in modo da tutelare maggiormente il contraente della cui personalità si tratta (6).

A prescindere dalla posizione adottata in merito alla natura del consenso al trattamento dei dati, la dottrina pare concorde nel ritenere che il richiamo alla libertà del consenso non sia qui riducibile alla applicazione delle normali regole del contratto, ma muova dall'esigenza di tenere conto di una più generale

(5) A. Orestano, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, Riv. crit. dir. priv., 1991, 925; V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, Dir. inf., 1993, 564 s.; G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità* (Napoli 2005), 287.

(6) V., per tutti, Resta, *Autonomia privata* cit., 276 s.

posizione di debolezza dell'interessato (7). La nozione di debolezza contrattuale abbraccia tuttavia situazioni diverse (dalla mancanza di informazioni all'esercizio di pressioni di vario tipo) e il requisito della libertà del consenso può assumere un

(7) In tal senso v. G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione* (Milano 1997), 285, che definisce non libero il consenso che « pur non essendo viziato da errore, violenza e dolo ai sensi degli artt. 1427 s. cod. civ., è indotto da pressioni, situazioni di debolezza contrattuale o da altre circostanze che non lo rendono frutto di una determinazione spontanea o consapevole o che lo piegano al raggiungimento di obiettivi che esulano dalla causa del negozio concluso »; V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, La disciplina del trattamento dei dati personali, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto (Torino 1997), 221, che richiama la definizione del Garante secondo cui « il consenso può essere ritenuto effettivamente libero solo se si presenta come manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa »; C. Lo Surdo, *Commento ai provvedimenti adottati dall'autorità garante in merito al problema del consenso informato*, Danno e responsabilità, 1998, 8, 646; S. Patti, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, Riv. dir. civ., 1999, 460, secondo cui « è richiesto qualcosa di più e di diverso rispetto a ciò che deve ricorrere per configurare un consenso viziato in base agli articoli 1427 e seguenti c.c. »; P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali* (Padova 2001), 81 s., la quale propone di integrare la disciplina codicistica dei vizi del consenso con altri elementi quali « la valutazione di posizioni di asimmetria informativa » e « la tutela contro le diverse tecniche commerciali di suggestione della volontà »; M. A. Urciuoli, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine* (Roma-Napoli 2000), 187; A. Fici e E. Pellicchia, *Il consenso al trattamento*, Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali, a cura di R. Pardolesi (Milano 2003), I, 511, secondo cui occorre fare riferimento « a tutti quegli eventi che possano comunque turbare il processo decisionale del soggetto nella scelta relativa all'abbandono della propria identità 'riservata'. E, dunque, non solo alle ipotesi codicistiche dei cc.dd. vizi della volontà, ma altresì alle pressioni derivanti da una posizione di 'debolezza', anche informativa, dell'interessato, che lo 'costringono' a 'cedere' il dato pur di ottenere in cambio un bene o servizio »; S. Niger, *Il "mito" del consenso alla luce del Codice in materia di protezione di dati personali*, Ciberspazio dir., 2005, 512. Vi è inoltre chi, più drasticamente, dubita che un modello di scambio dei dati personali basato sul consenso possa tutelare in maniera effettiva l'interessato. Sull'insufficienza del consenso a tutelare adeguatamente la *privacy*, cfr. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità* cit., 732 s.; Mirabelli, *Le posizioni soggettive* cit. 324; S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, Riv. crit. dir. priv., 1997, 567; C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy - riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in questa *Rivista*, 1998, 1061; V. Carbone, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, Danno resp., 1998, I, 30.

differente contenuto a seconda di quale sia la situazione di debolezza cui si intende porre rimedio.

Si noti che questo non esclude la possibilità, in questa materia, di trarre spunto dalle norme disciplinanti i vizi del consenso, l'incapacità naturale, la rescissione del contratto. Così, ampliando la tradizionale nozione di violenza, si potrebbe ritenere invalido il consenso anche in presenza di pressioni psicologiche che pure non costituiscono minaccia in senso letterale (l'elenco delle pratiche commerciali aggressive recentemente introdotte all'art. 26 del d.lgs. 6-9-2005 n. 206 potrebbe sicuramente fornire qualche esempio). Allo stesso modo, ampliando la tradizionale nozione di incapacità di intendere e di volere, si potrebbe attribuire rilevanza a circostanze idonee ad escludere una piena consapevolezza da parte del soggetto. Ancora, la nozione di bisogno potrebbe essere estesa ben oltre i confini tracciati dall'art. 1448 c.c., a comprendere casi in cui il soggetto sia mosso dalla urgente necessità di procurarsi beni o servizi. Si deve tuttavia sottolineare che si fuoriesce, in tal modo, dal campo di applicazione proprio di tali disposizioni. Precisando quanto detto prima, si può allora affermare che la previsione di un autonomo requisito di libertà del consenso pare superare la disciplina dei vizi del consenso e dell'incapacità così come tradizionalmente intesi.

Il requisito di libertà del consenso previsto dalla disciplina sui dati personali è stato poco approfondito in dottrina, e spesso oggetto di affermazioni le cui conseguenze non paiono pienamente sviluppate. È comunque possibile individuare, oltre la soglia del semplice richiamo alla disciplina generale del contratto, almeno tre diversi modelli di consenso libero in ambito di trattamento dei dati personali.

In primo luogo, per consenso libero si potrebbe intendere semplicemente consenso informato (8). Tale modello non è

(8) In tal senso cfr. V. Zeno-Zencovich, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del garante*, *Corr. Giur.*, 1997, 8, 919; P. Gaggero, *Il trattamento dei dati personali nel settore bancario. Brevi note*, *Contr. impr. Europa*, 1998, 293; F. Bilotta, *Consenso e condizioni generali di contratto*, *Il trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto (Torino 1999), II, 97 s., che pone una particolare accento sulla conoscenza o conoscibilità delle clausole che prevedono il

estraneo all'ambito contrattuale, in cui — in particolare in taluni settori — si è avvertita l'esigenza di tutelare la libertà del consenso attraverso la previsione di obblighi di informazione a carico della parte più forte o comunque più informata. In ambito di trattamento di dati personali la lettura del consenso libero come consenso informato è avvalorata da altre disposizioni contenute nel d.lgs. 196/2003. L'art. 13 elenca le informazioni che devono essere fornite all'interessato prima che questi esprima il suo consenso. L'art. 11, co. 1, lett. *b* e *d* esprime il principio di finalità, strettamente correlato all'obbligo di informazione preventiva in quanto è possibile utilizzare i dati solo per gli scopi per cui sono stati raccolti e che devono essere comunicati all'interessato prima che questi esprima il suo consenso. L'informazione fornita determina dunque le modalità di trattamento dei dati (9): più che di un obbligo di informazione, si tratta di un obbligo di determinare in maniera specifica l'ambito di operatività del consenso (10). Se si ammette che il consenso al trattamento dei dati possa essere dedotto in contratto, l'informazione fornita ha il compito di determinarne l'oggetto e, in particolare, di specificare la prestazione dell'interessato. La *ratio* sottesa a tale previsioni parrebbe essere quella di consentire alla persona di rendersi pienamente conto delle limitazioni alla propria personalità derivanti dal contratto

trattamento dei dati. Sulla mancanza di trasparenza nelle operazioni di raccolta di dati su Internet cfr. M. Viggiano, « Navigazione » in *internet e acquisizione occulta di dati personali*, Dir. inf., 2007, II, 388; sulla mancanza di consapevolezza dell'interessato circa il valore dei propri dati cfr. V. Caridi, *La tutela dei dati personali in internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, Dir. inf., 2001, IV-V, 768 s. Rileva il rapporto tra informatezza e libertà del consenso Manes, *Il consenso* cit., 89 s.

(9) Cfr. C. Lo Surdo, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, Diritto alla riservatezza cit., a cura di Pardolesi, I, 700 s. la quale sottolinea che « l'informativa indirettamente determina non solo l'*an* ma anche il *quomodo* del consenso (e quindi del trattamento) ».

(10) Sul rapporto tra il requisito dell'informatezza e quello della specificità v. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato* cit., 221 s., il quale sottolinea che « alla necessità di una consapevole autodeterminazione del soggetto rinviano sia il requisito della specificità sia, e soprattutto, quello della preventiva informazione dell'interessato »; A. Orestano, *La circolazione dei dati personali*, Diritto alla riservatezza cit., a cura di Pardolesi, 127 s.

e di esercitare un maggior controllo sulla circolazione dei propri dati personali.

In questo senso consenso libero significa consenso consapevole e specifico. È chiaro però che così si priva il requisito della libertà di ogni autonomia concettuale rispetto a quelli di informatezza e specificità. Non manca, d'altronde, chi sottolinea che la mera necessità che il consenso sia informato non soddisfa pienamente le esigenze di tutela che emergono in ambito di trattamento di dati personali. Da un lato, è stata espressa la preoccupazione che la prestazione di un consenso informato si traduca in una mera "presa d'atto" del trattamento da parte dell'interessato, con conseguente lesione del diritto all'autodeterminazione informativa (11). Dall'altro, si pone in dubbio che gli interessati, anche se informati, possano rendersi pienamente conto delle potenzialità lesive dell'impiego dei dati (12).

Si può delineare un secondo modello, in base al quale il consenso è libero se l'interessato ha potuto esprimerlo in una situazione di serenità e ponderatezza. Di questo modello di consenso libero come consenso sereno e ponderato costituiscono espressione sia la posizione di coloro che legano la mancanza di libertà alla particolare importanza del servizio fornito in cambio del consenso (13), sia la preoccupazione di evitare che il consenso sia carpito tramite modalità particolari (urgenti e pressanti) di captazione, in un'ottica non dissimile da quella che ispira la disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori (14).

(11) Orestano, *La circolazione* cit., 172 s., secondo cui le decisioni del Garante in materia sono volte a contrastare la circostanza che « la frequenza con la quale l'interessato è chiamato a prestare il proprio consenso al trattamento dei dati rischi di far scadere la determinazione volitiva, da atto di esercizio del potere di autodeterminazione informativa, a mera 'presa d'atto' circa l'esistenza del trattamento; e ciò appare tanto più probabile quanto più l'assenso sia strumentale alla fruizione di servizi essenziali o, quanto meno, dall'interessato ritenuti utili in relazione alle proprie finalità personali ».

(12) S. Rodotà, *Tecnologie e diritti* (Bologna 1995), 82; Lo Surdo, *Commento ai provvedimenti* cit., 646.

(13) Lo Surdo, *Il ruolo*, cit., 736; Orestano, *La circolazione* cit., 172.

(14) Con riguardo al requisito di libertà del consenso, tale preoccupazione viene richiamata in maniera generica, attraverso il riferimento alla

Per quanto riguarda la particolare importanza del servizio fornito in cambio del consenso, non è agevole definire quando un servizio sia tanto importante che la prospettiva di non poterne fruire finisca per coartare in maniera impropria il consenso dell'interessato: possono sicuramente considerarsi essenziali il bisogno di accedere a prestazioni sanitarie e quello di prestare la propria attività lavorativa (15); meno certa è la soluzione con riguardo all'accesso a un social network o a un motore di ricerca. Si è in proposito fatto riferimento a servizi corrispondenti « ad un bisogno anelastico ed insopprimibile dell'interessato » (16); occorrerebbe tuttavia chiarire in quale misura debbano essere tenuti in conto le esigenze e i desideri dell'interessato nel valutare tali bisogni (17), e quanto invece si debba far riferimento a criteri di tipo oggettivo.

posizione di debolezza dell'interessato e alla necessità che il consenso sia spontaneo e consapevole e non frutto di pressioni esercitate sull'interessato. In tal senso vedi *supra* nota 7. Questo richiamo, in quanto riferito ad una debolezza informativa, cognitiva e di potere contrattuale dell'interessato, non può non instaurare un legame tra la nostra materia e quella consumeristica, laddove le istanze di tutela dettate dalla debolezza di una parte sono state specificamente affrontate dal legislatore. V., ad es., M. C. Cherubini, *Tutela del « contraente debole » nella formazione del consenso* (Torino 2005), passim.

(15) Sul consenso del dipendente al trattamento dei propri dati v. Garante privacy, provv. 28-10-1999, *Il consenso parziale del dipendente*, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, in cui il Garante afferma che « l'eventuale subordinazione della stipula del contratto di lavoro alla prestazione del consenso costituirebbe una violazione della legge sulla riservatezza dei dati, la quale stabilisce che il consenso è valido solo se espresso liberamente ».

(16) Lo Surdo, *Il ruolo* cit., 736, la quale esamina l'ipotesi in cui « quale conseguenza di un rifiuto di 'rispondere', sia prospettata l'impossibilità per il titolare di iniziare o proseguire un'attività rispetto alla quale il trattamento sia condizione imprescindibile » e sottolinea che « quando tale attività sia oggetto di un rapporto contrattuale fra titolare ed interessato, il diniego di essa potrebbe tradursi nel diniego di un servizio corrispondente ad un bisogno anelastico ed insopprimibile dell'interessato. La 'minaccia' della mancata esecuzione di un'operazione, della mancata instaurazione o prosecuzione del rapporto contrattuale, ovvero di una sua immediata risoluzione, potrebbe quindi, in concreto, menomare la libertà nella adesione all'informativa (ossia nel conferimento), nonché, conseguentemente, nella scelta in merito al rilascio del consenso ».

(17) Cfr. Orestano, *La circolazione* cit., 172, il quale sottolinea come il rischio che il consenso non costituisca un effettivo esercizio del potere di autodeterminazione informativa « appaia tanto più probabile quanto più

Seguendo questo modello, l'ordinamento non disapprova lo scambio di dati personali; semplicemente vuole assicurare che tale scambio sia frutto di un consenso non coartato.

Vi è infine un terzo modello, secondo cui il consenso al trattamento dei dati è libero solo se è disinteressato patrimonialmente. Si tratta del modello che sicuramente prevale con riferimento al diritto sul corpo, di cui si può "disporre" in limitati casi solo a titolo gratuito. In quest'ottica libero significa dunque gratuito e disinteressato. Si noti che secondo questo modello la prestazione del consenso non potrà mai essere posta quale condizione per accedere a un bene o servizio, salvo che il consenso sia necessario per l'esecuzione del contratto (18).

l'assenso sia strumentale alla fruizione di servizi essenziali o, quanto meno, dall'interessato ritenuti utili in relazione alle proprie finalità personali ».

(18) Vi è chi apre al terzo modello e poi ne stempera l'applicazione, affermando che il consenso non sarebbe libero se condizione per ottenere beni o servizi a meno che esso non rientri in qualche modo nella causa o nell'economia negoziale del contratto: cfr. Buttarelli, *Banche dati* cit., 285, per cui un'ipotesi di consenso non libero è costituita dal consenso piegato « al raggiungimento di obiettivi che esulano dalla causa del negozio concluso ». Più restrittiva pare la posizione di Patti, *Il consenso* cit., 461: « il problema pratico più rilevante [...] riguarda le ipotesi in cui alla prestazione del consenso venga subordinata dalla controparte la conclusione del contratto o la prosecuzione del rapporto. Da un lato, infatti, sarebbe agevole affermare che non può considerarsi libero il consenso prestato da chi non poteva fare a meno del bene o del servizio offerto dalla controparte. Dall'altro, non sembra ipotizzabile un obbligo a contrarre in capo a chi ritiene indispensabile per lo svolgimento della propria attività il trattamento dei dati dei partner contrattuali. Una soluzione equilibrata potrebbe consistere nel distinguere le ipotesi in cui il trattamento dei dati risulta strettamente connesso e funzionale all'attività svolta da chi richiede il consenso (ad es. i concessionari di una casa automobilistica che richiedono il consenso al trattamento dei dati degli acquirenti affinché la casa stessa possa eventualmente effettuare un 'richiamo' degli autoveicoli). Soltanto in tali ipotesi potrebbe considerarsi legittimo il rifiuto di concludere il contratto in caso di mancata prestazione del consenso. Esse peraltro potrebbero farsi rientrare nella previsione dell'art. 12 *b* e quindi potrebbe prescindere dal consenso »; Manes, *Il consenso* cit., 147 s., secondo cui il contratto in cui si inserisce il consenso al trattamento dei dati « ben può essere a prestazioni corrispettive, ma a condizione che consenso e corrispettivo, in qualsiasi forma si manifestino, abbiano ad oggetto lo stesso contratto, incidano cioè, sulle prestazioni caratterizzanti un tipo contrattuale e non si estendano anche a prestazioni del tutto estranee ed inusuali, ad attività meramente incidentali rispetto alla prestazione tipica ».

Vi è dunque una connessione tra il principio di libertà e quello di gratuità, in quanto la gratuità viene intesa come mezzo per garantire (non solo (19), ma anche) la spontaneità e l'integrità del consenso (20). Questo modello comporta un rovesciamento della normale logica contrattuale, in cui le nozioni stesse di autonomia e libertà comportano proprio che la persona possa disporre dei propri beni o comunque limitare la propria libertà al fine di ottenerne benefici e vantaggi (di tipo economico o meno) e dove la gratuità comporta anzi l'applicazione di particolari cautele (21). Il consenso al trattamento dei dati viene così escluso dai circuiti di scambio e commercializ-

Anche uno dei primi provvedimenti in tema del Garante per la protezione dei dati personali (prov. 28-5-1997, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 40425 e pubblicato in *Corr. giur.*, 1997, VIII, 915-917, con commento di Zeno-Zencovich, *Il "consenso informato"* cit.) contiene un passaggio che adombra tale interpretazione, laddove afferma che non si può prospettare la rottura del rapporto contrattuale in caso di mancato consenso al trattamento dei dati per « situazioni non dipendenti dall'economia negoziale ». In realtà, tuttavia, il problema è proprio quello di verificare se il consenso al trattamento dei dati personali possa o meno rientrare nella causa del contratto: se può entrarvi, allora, tutte le volte in cui la controparte che fornisce il bene o servizio richiede come necessario il consenso al trattamento, tale consenso rientra nell'economia negoziale; se invece non può entrarvi, il problema di stabilire che cosa rientra nell'economia negoziale non si pone.

(19) Perlomeno con riferimento al corpo, la gratuità garantisce infatti anche il principio di solidarietà. Cfr., ad es., G. Ferrando, *Gli atti di disposizione del corpo*, Il principio di gratuità, a cura di A. Galasso e S. Mazzaresse (Milano 2008), 329 s.; C. M. Mazzoni, *Etica del dono e donazione di organi*, Studi in onore di Pietro Rescigno, I, Milano, 1998, 563 s.

(20) Sul rapporto tra gratuità e libertà v., ad es., M. C. Venuti, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, Il principio di gratuità, a cura di Galasso e Mazzaresse cit., 307 s., la quale sottolinea che, mentre « nel diritto dei contratti la gratuità esprime (esclusivamente) il modo in cui le parti dispongono il proprio assetto di interessi in ordine a rapporti di natura patrimoniale, [...] essa non esprime anche, come nei negozi relativi al corpo, una garanzia di integrità e libertà del consenso. In altri termini, sul terreno di scelte fondamentali di carattere personale l'ordinamento richiede il rispetto di un principio di gratuità che da una parte indica la non commerciabilità del corpo e dall'altra garantisce che l'atto di disposizione del corpo sia frutto di una scelta libera, consapevole e spontanea del suo autore ».

(21) Cfr. S. Rodotà, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, Il principio di gratuità cit., a cura di Galasso e Mazzaresse, 103 s., il quale propone di valorizzare la gratuità come « area-

zazione e, conseguentemente, anche dalla possibilità di essere dedotto in contratto.

Si osservi che questo modello non esclude tuttavia che il consenso possa indirettamente entrare all'interno di un contratto. Lo stesso del resto avviene anche con riferimento al corpo, del quale è ammessa la commercializzazione solo laddove la limitazione del diritto all'integrità fisica sia conseguenza indiretta dell'esecuzione di un'altra prestazione: si pensi, ad esempio, all'attività lavorativa, che ammette una remunerazione anche basata sul rischio per l'integrità fisica che quella particolare attività comporta. Allo stesso modo, non vi è alcun dubbio che il consenso al trattamento dei dati personali possa essere previsto in un contratto che non abbia ad oggetto diretto il trattamento dei dati stessi quando sia necessario per la sua esecuzione, e ciò indipendentemente dal fatto che il consenso al trattamento dei dati sia necessario per ricevere una prestazione (così, ad esempio, è valido il consenso al trattamento dei dati necessario affinché la banca possa erogare il servizio di conto corrente) o per fornirla (come nel caso in cui il lavoratore debba fornire al datore alcuni suoi dati al fine di poter eseguire la prestazione lavorativa).

Vi è uno scarto decisivo tra i primi due modelli di consenso libero e il terzo: mentre nei primi due si rimane in un'ottica in senso lato proprietaria e comunque in una logica di mercato, in cui i dati vengono considerati quali beni (in senso atecnico) di cui ciascuno può disporre, seppure con alcune cautele, nel terzo tale dimensione viene abbandonata e la tutela della parte debole si spinge sino a considerare incommerciabili i dati personali (22).

Si noti sin d'ora che condizionare al consenso la fruizione

chiave di tutte le relazioni interpersonali, sociali ed economiche non mediate dalla logica di mercato ».

(22) Cfr. Rodotà, *Tecnologie e diritti* cit., 111, il quale sottolinea l'alternativa « tra accettazione incondizionata della logica di mercato e creazione di un quadro istituzionale caratterizzato anche dalla imposizione di forme di tutela delle informazioni personali; tra diritto alla *privacy* come vincolo al gioco spontaneo delle forze e diritto alla *privacy* come mera attribuzione di titoli di proprietà liberamente negoziabili sul mercato; tra situazioni di inalienabilità dei diritti individuali e possibilità di di disporre di tali diritti attraverso il consenso informato ».

di un certo bene o servizio potrà essere indizio di non libertà del consenso stesso nel contesto del secondo modello, a seconda della essenzialità del servizio e delle modalità più o meno pressanti di captazione del consenso; mentre escluderà senz'altro la libertà del consenso ove si accolga il terzo modello.

3. Occorre ora identificare il modello a cui si ispira il nostro ordinamento.

Non si può che muovere dal tradizionale dibattito sulla disposizione degli attributi immateriali della persona, che pure ovviamente si è in gran parte svolto a prescindere dalla previsione legislativa della libertà del consenso (23).

Oggetto del presente lavoro è la libertà del consenso; il tema non necessariamente coincide con quello della deducibilità in contratto del consenso allo sfruttamento dei diritti della personalità. È però chiaro che, ove si ammetta che il consenso al trattamento possa essere dedotto in contratto, allora necessariamente si esclude l'adesione al terzo modello di libertà del consenso in quanto ne viene riconosciuta la commerciabilità (che è presupposto essenziale per la contrattualizzazione); l'esclusione invece della contrattualità del consenso non presuppone necessariamente il modello di consenso gratuito, perché, come vedremo, essa può derivare anche da esigenze diverse rispetto a quella sottesa alla incommerciabilità.

Si deve preliminarmente osservare che il requisito della libertà del consenso non può essere semplicemente escluso sulla base della previsione di cui all'art. 24, co. 1, lett. b) del Codice della privacy, per cui non è richiesto il consenso qualora il trattamento sia « necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato [...] ». L'esclusione della necessità del consenso riguarda, infatti, solo i casi in cui il trattamento — che si presume essere coperto dal con-

(23) Tuttavia, prima dell'entrata in vigore di tale disciplina, qualche voce in dottrina aveva sottolineato l'esigenza di tutelare l'espressione di un consenso genuino allo sfruttamento dei diritti della personalità. V. A. De Vita, *Delle persone fisiche. Sub art. 10*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca (Roma-Bologna 1988), 561, secondo cui il consenso è valido se non « inficiato da vizi del volere [...] e sostanzialmente da ogni tipo di suggestione e sollecitazione, che di fatto possa influire sulla libera e obiettiva valutazione del consenziente ».

senso contrattuale — costituisca una prestazione accessoria del contratto. Tale norma non sembra invece applicabile ai casi in cui oggetto principale del contratto sia proprio il trattamento dei dati personali; evidentemente, infatti, ragionando diversamente sarebbe sufficiente inserire il consenso in un contratto invece che in una dichiarazione unilaterale per escludere l'applicazione delle norme dettate dal Codice della privacy.

Tradizionalmente, i diritti della personalità sono considerati indisponibili e il consenso a che altri ne faccia in qualche modo uso è qualificato quale mero consenso dell'avente diritto, sempre revocabile (24). All'interno di questa posizione possono tuttavia individuarsi impostazioni diverse. Una posizione più tradizionale escludeva il contenuto patrimoniale dei diritti della personalità e da tale incommerciabilità argomentava l'indeducibilità in contratto (25). Altri, pur escludendo la possibilità di dedurre in contratto gli attributi immateriali della persona, pongono un maggiore accento sulla necessità di non coartare il libero sviluppo della personalità tramite l'apposizione di vincoli contrattuali (26); in questa prospettiva, l'accento è posto sulla impossibilità di vincolarsi mediante un contratto, piuttosto che sulla illiceità di prestare un consenso, sia pur sempre revocabile, dietro corrispettivo. Questa diversità di impostazioni è, ai nostri fini, significativa: non si può infatti meccanicamente ricondurre le posizioni che escludono la contrattualità al principio di gratuità del consenso, potendo esse

(24) V., per tutti, De Cupis, *I diritti della personalità*, Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni (Milano 1982), 93 s.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale* (Padova 2004), I, 181.

(25) È ormai superata la tesi che ne negava la commercializzazione sulla base della disdicevolezza del mercimonio della persona che per denaro si mostra al pubblico: cfr. Trib. Torino 7-4-1954, Riv. dir. comm., 1955, II, 187, con nota di P. Vercellone, *In tema di diritto all'immagine*; App. Milano 30-11-1954, Foro it., 1955, I, 559-564, con nota di A. De Cupis; Trib. Milano 12-4-1956, Giur. it., 1956, I, 2, 572-576; App. Roma 22-6-1957, Dir. aut., 1958, 420-428, In dottrina v. G. Santini, *I diritti della personalità nel diritto industriale* (Padova 1959), 162. Più recentemente, nel senso di negare la patrimonialità dei negozi in questione, v. Galgano, *Diritto civile* cit., II, t. I, 7.

(26) Su quest'ultima preoccupazione v., per tutti, D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, Riv. crit. dir. priv., 1998, 352 s.

ispirarsi anche alla diversa necessità di garantire la revocabilità del consenso prestato.

La prassi, peraltro, riconosce il contenuto patrimoniale dei diritti della personalità e la possibilità di disporne tramite contratto, attraverso la tipizzazione sociale di contratti che hanno ad oggetto proprio lo sfruttamento economico degli attributi immateriali della persona: ad esempio, accordi di merchandising, sponsorizzazione, endorsement, testimonial, contratti di scrittura cinematografica e televisiva. Le corti ammettono la validità di tali accordi (27) e riconoscono alla persona il diritto di sfruttare economicamente gli attributi immateriali della propria personalità (inibendo invece lo sfruttamento da parte di terzi non autorizzati) (28). Peraltro, in caso di uso non autorizzato da parte di terzi, il risarcimento dovuto alla persona dei cui attributi immateriali si tratta è parametrato all'ipotetico "prezzo del consenso" che quest'ultima sarebbe stata disposta a ricevere quale corrispettivo per la prestazione

(27) Anche se, a livello declamatorio, spesso ne negano la validità. V., per tutte, Cass. 17-2-2004 n. 3014, reperibile sul sito www.iusexplorer.it, la quale ha dato inizio alla massima per cui « il consenso di cui si tratta costituisce un negozio unilaterale (come è pacifico in giurisprudenza e in dottrina), che non ha ad oggetto il diritto — personalissimo ed inalienabile — all'immagine, ma solo il suo esercizio; dal che deriva che il consenso, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, da esso resta tuttavia distinto ed autonomo (ciò che rileva anche ai fini della sua revocabilità, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita), e che la pattuizione del compenso non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione ». Tale massima costituisce però solo un *obiter dictum*.

(28) App. Milano 11-7-1936, Dir. aut., 1937, 64-70; Trib. Torino 7-4-1954 cit.; Trib. Torino 2-1-1956, Riv. dir. ind., 1956, II, 261-266, con nota di L. Sordelli, *Diritto all'immagine e notorietà dell'effigiato*; Cass. s.u. 31-1-1959 n. 295, Foro it., 1959, I, 200, con nota di A. De Cupis; Cass. 10-11-1979 n. 5790, Giust. civ., 1980, I, 1372-1378, con nota di P. Crugnola, *In tema di utilizzazione dell'immagine di persone note*; Trib. Monza 29-3-1990, Foro it., 1991, I, 2862-2863, 2875-2884; Cass. 2-5-1991 n. 4785, Giust. civ., 1992, I, 2831-2836; Cass. 10-6-1997 n. 5175, Foro it., 1997, I, 2920-2926, con nota di M. Chiarolla; Cass. 1-12-2004 n. 22513, Danno e resp., 2005, 969-970, con nota di S. Oliari; Cass., 16-5-2008 n. 12433, Giust. civ., 2009, III, 706-709, con nota di D. Simeoli; Trib. Roma 27-4-2012 n. 8521, reperibile sul sito www.iusexplorer.it.

del consenso allo sfruttamento (29). A prescindere dalla questione della deducibilità in contratto dei diritti della personalità, si riconosce così l'esistenza di un prezzo di mercato degli stessi. Anche buona parte della dottrina rileva come i diritti in questione abbiano un contenuto in parte patrimoniale e ne ammette conseguentemente la disponibilità e la deduzione in contratto (30), seppure con alcuni limiti.

È chiaro che il riconoscimento della disponibilità dietro corrispettivo dei diritti in questione (a prescindere dalla vincolatività del consenso prestato, su cui torneremo più avanti) esclude l'adesione al modello di consenso libero solo se gratuito.

Sia la giurisprudenza che la dottrina che ammettono la contrattualizzazione dei diritti della personalità rispondono per altra via all'esigenza di tutelare la persona, richiedendo un maggior grado di determinatezza dell'oggetto dei contratti in questione. Si prescrive, infatti, una maggiore specificità del consenso, proprio al fine di garantire maggiore consapevolezza e ponderazione in merito agli atti che incidono direttamente sulla personalità (31). Questa è anche la *ratio* sottesa alle pre-

(29) Trib. Roma 14-9-1953, Foro it., 1954, I, 115-133, con nota di G. Pugliese, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*; Trib. Torino 7-4-1954 cit.; Trib. Torino 2-1-1956 cit.; App. Milano 16-5-1989, Foro it., 1991, I, 2861-2862, 2864-2875; Cass. 2-5-1991 n. 4785-1991 cit.; Trib. Roma 20-7-1991, Dir. inf., 1992, 88-96; Cass. 6-2-1993, n. 1503, Giust. civ., 1994, I, 229-231, con nota di F. Capecci, *Ma non « gli è tutto da rifare »*; Cass. 11-10-1997 n. 9880, Resp. civ. e prev., 1998, II, 1063-1067, con nota di A. Dassi, *La natura atipica del contratto di sponsorizzazione*; Trib. Milano 15-4-2000, Giur. milanese, 2000, 316; Cass. 16-5-2008 n. 12433 cit.; Cass. 6-5-2010 n. 10957, reperibile sul sito www.iusexplorer.it; Cass. 11-5-2010 n. 11353, reperibile sul sito www.iusexplorer.it; Trib. Trieste 25-1-2011, Dir. aut., 2011, 119-121. In dottrina cfr. A. Barengi, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, Dir. inf., 1992, 575 s.

(30) Sull'evoluzione dottrinale che ha portato al riconoscimento di un contenuto patrimoniale dei diritti della personalità cfr. T. M. Ubertazzi, *Il diritto alla privacy. Natura e funzioni giuridiche* (Padova 2004), 86 s.

(31) V., per tutti, Resta, *Autonomia privata* cit., 285 s. In giurisprudenza v. Pret. Eboli 4-11-1991, Dir. e giur., 1993, 618-628, con nota di V. Metafora, *Sulla revocabilità del consenso alla divulgazione del ritratto*; Cass. 10-6-1997 n. 5175 cit.; Cass. 17-2-2004, n. 3014 cit.; Cass. 1-9-2008 n. 21995, Giust. civ., 2, 372-374.

visioni sulla specificità del consenso e sugli obblighi di informazione contenute nella disciplina sui dati personali. Il consenso richiesto è quindi un consenso informato nel senso di consapevole e specifico.

Dunque, se sicuramente non è mancata l'idea della incommerciabilità degli attributi immateriali della persona, essa è comunque recessiva nella prassi, mentre, d'altra parte, emerge l'esigenza di un sovrappiù di garanzia rispetto alle normali regole contrattuali. Si tratta di valutare come questa impostazione regga all'impatto dell'espressa introduzione da parte del legislatore del requisito di libertà del consenso.

4. A quanto consta, la giurisprudenza non si è mai esplicitamente interrogata sul requisito della libertà del consenso previsto dall'art. 23, co. 3, d.lgs. 196/2003. Tale disposizione è stata invece oggetto di attenzione da parte del Garante per la protezione dei dati personali (32).

Il Garante ha chiamato in causa il requisito di libertà del consenso in una serie di casi in cui, in sede di accesso ad un servizio, il fornitore del servizio medesimo chiedeva all'interessato di prestare il consenso al trattamento dei dati per finalità estranee rispetto al servizio offerto, senza specificare in maniera chiara le conseguenze del rifiuto di acconsentire a tale ulteriore trattamento e senza dare all'interessato la possibilità di prestare consensi separati e facoltativi per ciascuna finalità di trattamento. Solitamente le finalità ulteriori per le quali viene richiesto il consenso sono finalità di tipo pubblicitario, sia dirette (ad esempio, invio di pubblicità mirata) che indirette (ad esempio, elaborazione di statistiche e indagini di mercato).

I casi decisi riguardano la fornitura di servizi di tipologia assai varia: ad esempio, servizi bancari, servizi di telefonia e accesso ad Internet, servizio di Telepass, servizi di biglietteria, portali di informazione *online*, newsletter. Una buona parte dei casi decisi dal Garante riguarda servizi offerti sul web. In alcuni casi si trattava di servizi la cui mera attivazione passa da Internet e che vengono poi erogati fuori dal web (come, ad esempio, servizi di telefonia attivati *online*); in altri casi, di

(32) Sulle decisioni del Garante in tema di consenso v. Manes, *Il consenso* cit., 136 s.

servizi erogati tramite Internet (come, ad esempio, portali di informazione *online*). Tale seconda tipologia di servizi merita un'attenzione particolare, in quanto essi spesso — dai motori di ricerca ai *social networks*, dai servizi di posta elettronica ai siti di informazione, per citarne alcuni — si basano sullo scambio, per lo meno in termini economici, tra i servizi e i dati personali (33). Si tratta di servizi gratuiti (nel senso che non è previsto un corrispettivo in denaro per il loro utilizzo) (34), in

(33) Sul fenomeno della raccolta dei dati online, su scopi e modalità di tale raccolta e sulle preoccupazioni degli utenti in proposito si veda lo studio effettuato dalla UC Berkeley, School of Information, *KnowPrivacy Final Report* del 1 giugno 2009, reperibile sul sito www.knowyourprivacy.org. Cfr. anche il provv. del Garante per la protezione dei dati personali 19-3-2015 n. 161, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 3881513.

(34) Sulla gratuità o onerosità dei contratti di accesso a servizi *online*, v. M. Atelli, *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al 'door to door'* (Napoli 2001), 234 s., il quale sostiene che è la negoziabilità del consenso al trattamento dei dati (consenso qualificato come negoziabile ma non negoziabile), « cioè il suo farsi prestazione, che permette al titolare dell'interesse esposto a compressione di inserire il primo all'interno di un rapporto di scambio », con la conseguenza che non sono gratuiti i servizi offerti a fronte della prestazione di tale consenso; S. F. Bonetti, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, *Dir. inf.*, VI, 2002, 1093 s., il quale qualifica i contratti in questione come onerosi qualora i dati siano comunicati a società esterne per un loro trattamento a fini pubblicitari; F. Astone, *Il rapporto tra gestore e utente: questioni generali*, *Ann. it. dir. aut.*, 2011, 114, il quale, descrivendo la struttura reticolare dei *social networks*, sostiene che « l'attività del gestore trova così giustificazione nello scambio che, in ragione dell'attività degli utenti, si realizza con l'inserzionista; allo stesso modo, la gratuità del servizio fornito agli utenti è funzione di quel medesimo scambio ed è — come prima già si diceva — una gratuità interessata, giustificata dal collegamento causale che si realizza tra prestazioni del gestore, prestazioni dell'inserzionista, attività degli utenti »; R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, *Ann. it. dir. aut.*, 2011, 96, il quale rileva che « i contratti per i servizi di social network di norma non prevedono il pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti. Non sono evidentemente, contratti liberali: i fornitori di servizi di social network perseguono un interesse economico, attraverso la vendita di spazi pubblicitari e la commercializzazione di attività di profilazione dell'utenza. Si può parlare di contratti gratuiti interessati (a meno che non si voglia configurare l'autorizzazione a trattare i dati personali come un vero e proprio prezzo per la fruizione dei servizi) »; W. Virga, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, *Ann. it. dir. aut.*, 2011, 232, il quale

cui l'utente acconsente al trattamento dei propri dati personali anche per scopi non necessari alla fornitura del servizio. I dati vengono solitamente utilizzati per fini pubblicitari ed è proprio da tale utilizzo che il fornitore del servizio (gratuito) trae il proprio vantaggio (35). Si tratta dunque di un settore in cui il *business model* prevalente consiste nel subordinare l'erogazione dei servizi non ad un corrispettivo diretto ma alla prestazione del consenso al trattamento dei dati per finalità ulteriori, in particolare pubblicitarie.

La posizione del Garante appare in proposito consolidata, e nelle sue linee fondamentali è stata delineata già in un primo provvedimento (36), in cui il Garante ha affermato che « il consenso può essere ritenuto effettivamente libero solo se si presenta come manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa, e dunque al riparo da qualsiasi pressione, e se non viene condizionato all'accettazione di clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi

sottolinea che « per il gestore del servizio gli utenti, in realtà, non rappresentano altro che la contropartita offerta agli inserzionisti a fronte del loro investimento ».

(35) Cfr. Rodotà, *Tecnologie e diritti* cit., 47. L'utente, accedendo al servizio e spuntando una casella che rimanda alle condizioni generali di utilizzo, ivi comprese le condizioni che riguardano la *privacy*, accetta che i propri dati vengano trattati per le finalità ivi descritte. I dati per cui si consente il trattamento sono sia quelli forniti dallo stesso interessato al momento della registrazione, sia i dati successivamente raccolti sulla base della navigazione svolta in Internet dall'interessato (ad esempio, i siti visitati, le interazioni con altri utenti, le caratteristiche tecniche del dispositivo utilizzato per accedere a Internet). Le finalità di trattamento dei dati enunciate nelle condizioni di utilizzo dei servizi offerti su Internet sono spesso di contenuto quanto mai ampio e generico. Ad esempio, a volte si prevede che l'utente fornisca una licenza non esclusiva per utilizzare e diffondere i contenuti da questo pubblicati sul sito; frequentemente si dichiara che i dati raccolti sono utilizzati per personalizzare l'esperienza di navigazione dell'utente e, in particolare, per mostrare inserzioni pubblicitarie mirate. Al fine di realizzare tali finalità, è previsto che il fornitore del servizio possa comunicare i dati dell'interessato a terzi, quali società dello stesso gruppo o *partners* commerciali. A volte è possibile modificare, dopo che già si sono accettate le condizioni di utilizzo del servizio, alcune opzioni relative alle finalità di trattamento; non pare tuttavia sempre possibile escludere del tutto il trattamento dei dati per fini ulteriori rispetto a quanto necessario per l'erogazione del servizio.

(36) Provv. 28-5-1997 cit.

derivanti dal contratto. Ciò è esattamente quanto avverrebbe nel caso di un consenso generalizzato e fondato su informazioni generiche o insufficienti, accompagnate dall'esplicita previsione di una possibile rottura dei rapporti contrattuali ». Il Garante poi — richiamando l'obbligo, *ex art.* 13, co. 1, lett. *b* d.lgs. 196/2003, di informare l'interessato circa la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati — afferma la necessità di specificare, prima di ottenere il consenso dell'interessato, se tale consenso debba essere prestato in base a un obbligo di legge, se sia funzionale all'esecuzione del rapporto contrattuale o se invece sia richiesto per lo svolgimento di ulteriori attività: in quest'ultimo caso il consenso deve essere prestato separatamente e in maniera specifica e libera. Viene chiarito che non si può prospettare la rottura del rapporto contrattuale in caso di mancato consenso al trattamento dei dati per « situazioni non dipendenti dall'economia negoziale e che possono essere prese in considerazione dal cliente interessato in base ad una sua libera scelta ».

Già da questa prima decisione emerge come il Garante ritenga che, qualora il consenso non sia necessario per adempiere a obblighi di legge o per dare esecuzione al contratto, l'interessato debba poter scegliere se prestarlo o meno, senza che una scelta di segno negativo possa influire sulla instaurazione del rapporto.

Salvo alcuni tentennamenti (37), le pronunce successive

(37) Provv. 13-1-2000, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 30911, in cui il Garante — affrontando il caso in cui una società forniva l'accesso gratuito a Internet riservandosi la facoltà di trattare i dati conferiti per fini pubblicitari — afferma che è « nella disponibilità degli interessati l'acconsentire a servizi che subordinano una prestazione — quale l'accesso ad Internet — alla cessione di dati identificativi o attinenti a gusti, preferenze ed interessi, sempreché ciò avvenga in conformità alle leggi in particolare per ciò che riguarda la presenza di un consenso libero, specifico ed informato e il rispetto del principio di correttezza nel trattamento (artt. 9 e 11 l. 675/1996). L'interessato deve essere infatti messo in grado di esprimere le proprie scelte liberamente e consapevolmente. Deve quindi ricevere previamente tutte le informazioni necessarie per comprendere appieno le finalità e le modalità del trattamento dei dati che lo riguardano ». Il consenso libero è dunque un consenso informato. La decisione contiene tuttavia un passaggio poco chiaro, laddove il Garante precisa che occorre « chiarire agli interessati che le informazioni da essa indicate come 'necessarie' sono acquisite non in

confermano in termini generali tale impostazione (38). Il Garante, con una massima ricorrente sino ad oggi (39), afferma

quanto obbligatorie per legge, ma perché la società intende raccoglierle sulla base di una propria, autonoma, scelta di caratterizzazione del servizio, anche quando l'abbonato non presta il consenso a trattamenti e comunicazioni per finalità commerciali ».

(38) Provv. 8-9-1997, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 1055101, in cui il Garante afferma, con riferimento ai modelli di informativa per il trattamento dei dati, che « la parte relativa alla descrizione delle conseguenze di un eventuale rifiuto di fornire i dati presenta ancora una formulazione non chiara, in quanto lascia intendere che il diniego del consenso potrebbe comportare la mancata esecuzione di prestazioni che, in verità, potrebbero essere eseguite comunque, anche in mancanza del consenso » e che, dunque, deve essere indicato come facoltativo il consenso « finalizzato ad indagini di mercato, iniziative di marketing, ecc. »; provv. 22-10-1997, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 1055346, in cui il Garante, fornendo un parere in merito all'adeguatezza dei modelli per l'informativa predisposti da American Express, afferma che « le finalità del trattamento devono essere specificate meglio, evidenziando anche la natura facoltativa o obbligatoria del conferimento dei dati, in modo da permettere all'interessato di esercitare consapevolmente le opzioni in ordine all'ampiezza del consenso. [...] il cliente deve poter comprendere agevolmente che per queste finalità vi è un'assoluta libertà di esprimere o meno il consenso, e che l'eventuale diniego non comporta alcuna conseguenza sfavorevole, fatta eccezione, ovviamente, per l'impossibilità di ricevere offerte commerciali dell'American Express o da terzi »; provv. 10-6-2003, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 29836, in cui il Garante afferma che « in base all'indicata legislazione attualmente vigente, e in virtù del presupposto del consenso che va espresso liberamente (art. 11 cit.), il fornitore del servizio di telefonia mobile non può poi subordinare la stipula del relativo contratto, o l'attivazione della carta prepagata, alla necessaria prestazione di un consenso alla ricezione di messaggi pubblicitari. Tale ricezione può derivare solo da una scelta dell'abbonato o dell'intestatario della carta, espressa liberamente »; provv. 3-2-2005, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1109503, in cui il Garante precisa che, con riferimento a scopi pubblicitari, di profilazione e di partecipazione a sondaggi « il conferimento dei dati e il consenso sono liberi e facoltativi rispetto all'ordinaria prestazione dei servizi, e non possono ottenersi sulla base di pressioni o condizionamenti »; provv. 24-1-2013 n. 27, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2433614; provv. 8-1-2015 n. 6, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 3857003, in cui il Garante afferma che « deve essere lasciata [all'interessato] la possibilità di non acconsentire a che i propri dati vengano utilizzati per un trattamento diverso da quello principale [in questo caso, la consulenza per l'erogazione di un mutuo] per il quale l'interessato li ha forniti ».

(39) Provv. 12-10-2005, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1179604, riguardante il caso in cui, in sede di acquisto di biglietti per gli eventi dei giochi olimpici Torino 2006 (gestiti da Toroc) attraverso la

che « non può definirsi 'libero', ma necessitato, il consenso al

piattaforma TicketOne, veniva richiesto un unico consenso che comprendeva anche il trattamento dei dati a fini pubblicitari da parte di Toroc; provv. 3-11-2005, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1195215, riguardante il trattamento dei dati nell'ambito della fornitura del servizio Telepass, in cui il Garante, dopo aver rilevato che la « capacità di autodeterminazione non è assicurata quando si assoggetta in blocco l'accesso ai servizi alla previa autorizzazione a trattare i dati conferiti per i medesimi servizi allo scopo di perseguire una finalità diversa ed ulteriore, qual è l'invio di comunicazioni commerciali », conclude che « non è quindi conforme alla disciplina di protezione dei dati personali la scelta di Aspi di raccogliere il consenso per la finalità di *marketing* all'interno delle condizioni generali di contratto, non potendosi definire detto consenso 'libero' (art. 23 del Codice); al contrario, il medesimo consenso deve essere manifestato specificamente rispetto a ciascuna distinta finalità perseguita »; provv. 9-3-2006, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1252220, in cui il Garante afferma che « non può definirsi libero, e risulta indebitamente necessitato, il consenso al trattamento dei dati personali che l'interessato deve prestare, accettando (nel caso di specie quale condizione per conseguire i vantaggi dell'operazione a premi) l'utilizzo di propri dati personali conferiti ad altri scopi per l'invio di comunicazioni pubblicitarie. Gli interessati debbono essere invece messi in grado di esprimere (consapevolmente e) liberamente le proprie scelte in ordine al trattamento dei dati che li riguardano [...], manifestando il proprio consenso (per così dire, 'modulare') per ciascuna distinta finalità perseguita dal titolare [...]. Tale capacità di autodeterminazione non è assicurata quando si raccoglie il consenso in modo indifferenziato per perseguire distinte finalità quali sono [...] la definizione dei profili della clientela e l'invio alla medesima di comunicazioni commerciali (*marketing*), ben potendo essere ciascuna di esse perseguita singolarmente in presenza di un'autonoma valutazione e determinazione dell'interessato »; provv. 22-2-2007, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1388590, in cui il Garante censura la condotta di Enel S.p.A. che, quale controprestazione per i servizi forniti *online*, si riservava la facoltà di inviare messaggi pubblicitari; provv. 5-3-2009, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1615731, in cui il Garante conclude che « non risulta quindi conforme ai criteri di liceità e correttezza nel trattamento dei dati personali, nonché al principio di finalità la scelta di TicketOne S.p.A. di raccogliere un consenso per eseguire ordinarie obbligazioni contrattuali (art. 24, co. 1, lett. *b*), cit.) e collegarlo, altresì, a finalità ulteriori, quali quelle di profilazione della clientela e di *marketing* »; provv. 15-7-2010, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1741998, in cui il Garante censura le modalità di registrazione sul sito www.casa.it che richiedevano un unico consenso anche per il trattamento a fini pubblicitari; provv. 22-7-2010, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1741988, in cui il Garante afferma che « l'unico consenso richiesto non può neanche definirsi liberamente prestato dall'utente, dal momento che la registrazione al sito web o la partecipazione ad un concorso sono subordinati all'autorizzazione dell'interessato di trattare i propri dati personali per finalità diverse, quali sono quelle promozionali, di profilazione e di cessione dei dati

trattamento dei dati personali che l'interessato 'deve' prestare (aderendo a un testo predisposto unilateralmente dalla controparte contrattuale) quale condizione per il conseguimento della prestazione richiesta. In tal modo, infatti, i dati personali, lecitamente raccolti dal titolare (e conferiti dall'interessato) per il perseguimento di una determinata finalità (l'esecuzione del rapporto contrattuale), vengono di fatto piegati ad un utilizzo diverso dallo scopo originario che ne aveva giustificato la raccolta, in violazione del principio di finalità ». Si noti che, salvo un caso in cui era in gioco l'esercizio di un diritto politico (40),

ad altre società per ulteriori scopi »; provv. 7-10-2010, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1763037, in cui il Garante ribadisce, con riferimento al trattamento dei dati raccolti tramite la registrazione al sito www.expopage.it, che « non può definirsi 'libero' il consenso ad un ulteriore trattamento dei dati personali che l'interessato 'debba' prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta »; provv. 19-5-2011 n. 200, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1823148, in cui il Garante prescrive, con riferimento alla registrazione a una *newsletter*, di fare richiesta « agli interessati di un preventivo consenso distinto e facoltativo per ciascuna delle finalità indicate nell'informativa »; provv. 7-3-2013 n. 105, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2406175, in cui il Garante, con riferimento al consenso prestato anche per fini pubblicitari in sede di attivazione del servizio *Aruba Free Internet*, censura la circostanza che non sia consentito « agli interessati di esprimere uno specifico consenso per la ricezione di messaggi promozionali essendo, come detto, obbligatoria l'integrale accettazione dell'informativa per effettuare la registrazione »; provv. 21-11-2013, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2830611, in cui il Garante, con riferimento al consenso al trattamento dei dati a fini anche pubblicitari prestato in sede di *download* di un *software add-on* gratuito, rileva « che — all'atto della richiesta del servizio — non era prevista la possibilità per il contraente di rifiutare inizialmente l'invio di comunicazioni promozionali e che il consenso così raccolto non può dirsi liberamente prestato »; provv. 9-1-2014 n. 3, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2904350, in cui il consenso al trattamento dei dati a fini pubblicitari era richiesto in sede di conclusione di un contratto di garanzia; provv. 25-9-2014 n. 427, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 3457687.

(40) Provv. 28-7-1997, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 40057. In questo caso un comitato promotore di un referendum richiedeva ai sottoscrittori, quale condizione per poter firmare la richiesta referendaria, di consentire il trattamento dei propri dati ai fini di invio di materiale pubblicitario e scientifico e di svolgimento di sondaggi di opinione; il Garante censura tale condotta, affermando che « l'adesione ad una proposta referendaria, in quanto esercizio di un diritto politico, non può essere subordinata alla prestazione del consenso per l'utilizzazione dei dati personali per

il Garante non indugia sulla valutazione in merito alla essenzialità della controprestazione fornita in cambio del consenso (per cui, ad esempio, il Garante applica il principio in esame anche in casi in cui il consenso era necessario per iscriversi a una *newsletter* (41)).

Il Garante ha confermato tale orientamento anche in un recente provvedimento a carattere generale (42), in cui ribadisce che « il consenso del contraente per l'attività promozionale deve intendersi libero quando non è preimpostato e non risulta — anche solo implicitamente in via di fatto — obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento. Esemplificando, non è libero il consenso prestato quando la società condiziona la registrazione al suo sito web da parte degli utenti e, conseguentemente, anche la fruizione dei suoi servizi, al rilascio del consenso al trattamento per la finalità promozionale ». Dunque, non solo il consenso non può essere condizione per accedere a un servizio, ma deve anche essere manifestato esplicitamente: è infatti esclusa la legittimità di un consenso a fini ulteriori che sia preimpostato, che, cioè, venga manifestato con la sola accettazione, ad esempio, delle condizioni generali di utilizzo (43). È altresì necessario

scopi diversi da quelli propri dell'iniziativa ». È da sottolineare la particolarità della fattispecie, in cui si può dubitare se ad essere realmente tutelato sia la libertà del consenso o il diritto alla partecipazione alla vita politica. Su tale decisione si veda G. Comandè, *Artt. 11-12, La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*², a cura di E. Giannantonio, M. G. Losano e V. Zeno-Zencovich (Padova 1999), 158 s., secondo cui « il particolare carattere dell'ipotesi decisa dal Garante, fortemente lesiva di un "diritto politico fondamentale", lascia presumere che possa essere lecita in altre circostanze l'operazione di *tying* che rimane vietata qualora afferisca a fondamentali diritti della persona. Infatti, all'interno dell'accordo negoziale, così come regolato dall'informativa e dalla formula del consenso, è ben possibile che la fornitura di beni o di servizi venga legittimamente vincolata alla contropartita del consenso della persona cui i dati si riferiscono per loro specifici trattamenti e/o per la loro comunicazione a destinatari determinati ».

(41) Provv. 19-5-2011 n. 200 cit.

(42) Provv. 4-7-2013 n. 330, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 2542348.

(43) Così ad esempio, provv. 31-1-2008, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1500829; provv. n. 13-10-2013 n. 486, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2952211; provv. 30-10-2013 n. 486, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2952211; provv.

che l'interessato sia previamente informato che la prestazione del consenso a fini ulteriori non condiziona l'accesso al servizio.

In questa sua posizione, il Garante non è isolato sul piano europeo. Nei più recenti orientamenti altri garanti europei hanno adottato una posizione che coincide con quella del garante italiano.

Ad esempio, l'*Information Commissioner's Office* britannico afferma che il requisito di libertà del consenso comporta che « l'individuo deve avere una genuina possibilità di scelta se acconsentire o meno al *marketing*. Le organizzazioni non devono obbligare o incentivare impropriamente le persone ad acconsentire, o penalizzare coloro che rifiutano di prestare il consenso. Il consenso non può essere una condizione per accedere a un servizio o per portare a termine un'operazione economica », e ribadisce che « l'interessato deve essere consapevole di stare prestando il consenso e dell'oggetto esatto di tale consenso e deve aver avuto una genuina possibilità di scelta — il consenso non può essere una condizione per accedere a un servizio » (44). Una posizione simile è adottata dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* francese, la quale afferma che « il consenso non è valido se non nella misura in cui l'interessato è in grado di esercitare validamente la propria scelta e non è esposto a conseguenze negative considerevoli se rifiuta di prestare il consenso ». La Commissione richiama a tal punto l'interpretazione data dal gruppo europeo per la protezione dei dati nel suo parere 15/2011 del 13 luglio 2011 sulla definizione di consenso (su cui torneremo subito) e ritiene « giustificato che chi rifiuta l'installazione di un cookie per cui è necessario prestare il consenso possa continuare a beneficiare del servizio (accesso a un sito Internet per esempio) » (45).

Il Garante francese fa riferimento alle posizioni espresse del Gruppo di lavoro Articolo 29 sulla protezione dei dati personali,

5-12-2013 n. 547, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2865637; provv. 18-12-2014 n. 612, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 3745935.

(44) *Direct marketing guidance*, version 1.1 del 24 ottobre 2013, reperibile sul sito www.ico.org.uk.

(45) *Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux Cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978*, reperibile sul sito www.cnil.fr.

organo consultivo indipendente dell'UE per la protezione dei dati personali e del diritto alla riservatezza, istituito ai sensi dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE. In realtà, a ben vedere, le conclusioni del Gruppo sono più sfumate. Quest'ultimo, infatti, afferma che il requisito di libertà del consenso « significa che non deve esserci alcun rischio di inganno, intimidazione o conseguenze negative significative per l'interessato se non presta il consenso » (46). Il Gruppo precisa poi che « le operazioni di trattamento dei dati nell'ambiente di lavoro dove sussiste un elemento di subordinazione, come anche nel contesto di servizi pubblici quali le prestazioni sanitarie potrebbero richiedere un'attenta valutazione sulla libertà del consenso degli interessati ». In altre parole il Gruppo fa esplicito riferimento alla presenza di istanze qualificate di tutela dell'interessato. Va pur detto, però, che una posizione corrispondente a quella adottata dai garanti italiano, inglese e francese è espressa esplicitamente dal Gruppo con riferimento all'accesso ai servizi di *social network*, laddove afferma che « l'utente deve essere posto in condizione di prestare un consenso libero e specifico alla ricezione di pubblicità comportamentale, indipendentemente dalla sua possibilità di accedere ai servizi di *social network* ».

Che si tratti di un'impostazione condivisa a livello europeo trova conferma anche nel recente reg. 2016/679. Già nei considerando il legislatore europeo specifica che la richiesta del consenso non deve « interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso » (47) e che il consenso si

(46) *Opinion 15/2011 on the definition of consent* del 13 luglio 2011, reperibile sul sito www.ec.europa.eu. A livello europeo si veda anche la *Raccomandazione CM/Rec(2010)13 del Comitato dei Ministri [del Consiglio d'Europa] agli Stati Membri sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento automatizzato di dati personali nel contesto dell'attività di profilazione* del 23 novembre 2010, reperibile sul sito www.coe.int, dove si afferma che « per quanto possibile, ed a meno che il servizio richiesto necessiti la conoscenza dell'identità dell'interessato, ognuno dovrebbe avere accesso ad informazioni su beni o servizi, ovvero a tali beni o servizi, senza dover comunicare dati personali al fornitore dei beni o servizi in questione. Al fine di garantire che il consenso alla profilazione sia libero, specifico e informato, i fornitori di servizi della società dell'informazione dovrebbero assicurare, in prima battuta, che l'accesso alle informazioni relative ai propri servizi avvenga in assenza di profilazione ».

(47) Considerando n. 32.

presume non liberamente espresso « se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione » (48). Tale ultima indicazione viene ripresa all'art. 7, co. 4, secondo cui, « nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto ». Si deve in ogni caso ribadire che tale disciplina è limitata solo al caso di trattamento automatizzato o, anche se non automatizzato, riguardante dati da inserire in un archivio.

5. Ci si deve interrogare sulla compatibilità della posizione assunta dal Garante con la prassi che sembra accettare la commerciabilità degli attributi immateriali della persona.

Da un lato, infatti, la posizione della giurisprudenza e la prassi in materia di sfruttamento dei diritti della personalità ammettono la commerciabilità del consenso allo sfruttamento degli attributi immateriali della persona e, in tal modo, pur senza menzionare il requisito di libertà, escludono che il consenso debba essere libero nel senso di gratuito. Dall'altro, invece, la posizione del Garante, per cui non è libero il consenso prestato quale condizione per accedere a un bene o servizio, sembrerebbe escludere la validità del consenso prestato in cambio di una controprestazione. Se, dunque, il consenso non può essere oggetto di scambio, ciò sembra implicare che esso debba essere prestato in maniera disinteressata. Pertanto, qualora si dovesse ritenere che il Garante consideri il consenso libero solo se disinteressato economicamente — e che questo sia effettivamente il modello di consenso libero presente nel nostro ordinamento —, si dovrebbe negare la validità dei contratti di disposizione degli attributi della personalità, diffusi, come si è visto, nella prassi.

(48) Considerando n. 43. V. anche il considerando n. 42 per cui « il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso 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 ».

Si tratta dunque di verificare se il requisito della libertà del consenso contenuto nella normativa sui dati personali debba condurre a rimeditare la legittimità di tali prassi, oppure invece se l'orientamento del Garante debba ricollegarsi a specifiche esigenze emergenti nella materia di cui si è occupato, così da escluderne l'automatica estensione a tutto il campo dei dati personali.

A tal fine occorre indagare le ragioni sottese alla posizione del Garante per cui il consenso non è libero se condizione per accedere a un bene o servizio. Si possono individuare varie possibili *rationes* (non necessariamente tra loro alternative) alla base di tale affermazione.

Innanzitutto, si deve menzionare la preoccupazione di evitare che l'individuo possa "vendere" i dati che lo riguardano, con conseguente *commodification* della persona. Si tratta di una preoccupazione potenzialmente estensibile a tutti gli attributi immateriali della persona. Solo se le affermazioni del Garante sono lette alla luce di questa *ratio*, esse implicano che sia libero solo il consenso non interessato economicamente. L'indisponibilità dei dati personali in tale luce serve non tanto per tutelare una parte considerata debole, ma per evitare la commercializzazione della persona. Accolto tale modello, le modalità di circolazione dei dati personali sarebbero assimilabili a quelle del corpo (49).

(49) Rileva i punti di contatto tra le due situazioni G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, Dir. inf., 2007, 530 s., il quale, dopo aver sottolineato che le pronunce del Garante sul requisito della libertà del consenso determinano « un notevole arricchimento qualitativo della disciplina dei vizi della volontà prevista dal codice civile, il quale risulta funzionale all'esigenza di superare un modello puramente formale e procedurale di autonomia privata, attribuendo specifico rilievo anche alle condizioni di disparità economica e culturale tra i soggetti », osserva che « alla clausola di libertà del consenso si fa sempre più frequentemente riferimento nelle fattispecie di circolazione del corpo e del materiale biologico umano, al fine di escludere l'ammissibilità di contropartite di carattere pecuniario ». Il principio di gratuità e il relativo divieto di commercializzazione affermatosi con riferimento agli atti di disposizione del corpo e quelli che pare si stiano affermando anche in ambito di trattamento di dati personali rispondono tuttavia a logiche parzialmente diverse. La gratuità degli atti di disposizione del corpo, infatti, non solo tutela l'integrità e libertà del consenso, ma è anche volta a promuovere principi solidaristici, nell'ottica di incoraggiare talune "donazioni" di

In secondo luogo, vi è la preoccupazione di evitare la concentrazione in capo ad un medesimo soggetto di grandi quantità di dati che permettano la profilazione (intesa in senso ampio) delle persone. Tale problema si pone più direttamente alla base delle norme contenute nel d.lgs. 196/2003 e ne sono un riflesso il divieto di assumere decisioni sulla base di profili automatizzati e la previsione di un potere di revoca del consenso al trattamento dei dati effettuato per indagini di mercato. In questa prospettiva, la preoccupazione è quella di evitare che un unico soggetto disponga di enormi quantità di dati personali attraverso i quali possa procedere ad una qualche classificazione delle persone. I rischi adombrati sono quelli di un utilizzo di tali dati a fini discriminatori, di una coartazione dello sviluppo della persona attraverso un suo confinamento entro profili predeterminati e, infine, di un improprio condizionamento del « modello di organizzazione politica, sociale, economica » (50). In quest'ottica l'indisponibilità dei dati personali

parti del corpo. La gratuità del consenso al trattamento dei dati personali avrebbe invece come unica funzione quella di garantire la libertà del consenso e di inibire o comunque scoraggiare la raccolta e il trattamento dei dati.

(50) Così Rodotà, *Tecnologie e diritti* cit., 66 s., 90 s., 116; Id., *Persona, riservatezza, identità* cit., 763, il quale, con riferimento alla creazione di profili automatizzati, afferma che, da una parte, « si mette in funzione un meccanismo che può bloccare lo sviluppo di quella comunità, congelandola intorno al profilo tracciato in una situazione determinata. Dall'altra, si penalizzano i pochi che non corrispondono al profilo generale, così ponendo in essere un pericoloso procedimento di discriminazione delle minoranze. La 'categorizzazione' di individui e gruppi, inoltre, rischia di annullare la capacità di percepire sfumature sottili, gusti non abituali. L'alternativa, che così si profila, è più complessa di quella tra *privacy* e rivelazione di dati individuali. Siamo di fronte alla possibilità di un sempre più esteso e capillare controllo sociale esercitato da centri di potere pubblici e privati. Questo controllo, sul versante dei singoli, può porre ostacoli consistenti al libero sviluppo della personalità individuale, bloccata intorno a profili storicamente determinati. E, sul versante socio-politico, privilegiando i comportamenti 'conformi', può rendere più difficile la produzione di nuove identità collettive, riducendo così la complessiva capacità di innovazione all'interno del sistema ». Nello stesso senso v. anche G. Maccaboni, *La profilazione dell'utente telematico fra tecniche pubblicitarie online e tutela della privacy*, *Dir. inf.*, III, 2001, 436; A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragioni d'impresa* (Milano 2007), 318 s., il quale paventa il rischio di un « controllo che può anche diventare discriminatorio, volto alla classificazione degli individui, all'esclusione di

costituisce il rimedio per evitare eccessive concentrazioni di dati.

Infine, c'è la necessità di riequilibrare la disparità di potere tra le parti, la quale viene ritenuta talmente grave da richiedere il divieto di commercializzare i dati personali. Tale disparità deriva dal « carattere sempre più pervasivo delle tecnologie di raccolta delle informazioni e, soprattutto, dalla dipendenza sempre più marcata della possibilità di ottenere beni e servizi proprio dalla cessione di dati personali. La disparità di poteri nell'area delle informazioni personali tende così a divenire *strutturale e permanente* » (51). In questa prospettiva il rimedio più efficace per appianare le disparità potrebbe essere identificato nella radicale indisponibilità dei dati personali.

Queste ultime preoccupazioni — che, come vedremo, sono quelle che paiono scorgersi in modo più chiaro sullo sfondo delle decisioni del Garante — non portano invece a negare in via generale la commerciabilità del consenso al trattamento dei dati personali, se non in singole situazioni qualificate.

6. Alla luce delle ragioni poste alla base delle decisioni del Garante, nonché delle concrete fattispecie decise, pare doversi dare una risposta negativa al quesito se l'interpretazione del Garante comporti effettivamente l'incommerciabilità degli attributi immateriali della persona e conseguentemente l'invalidità del consenso prestato (52).

In tutti i casi decisi dal Garante era in atto una massiccia raccolta di dati volta a profilare o comunque a classificare in qualche modo le persone. Nella maggior parte dei casi, peraltro, si trattava di fattispecie in cui la raccolta dei dati era effettuata attraverso le nuove tecnologie, circostanza che può contribuire a dar luogo — secondo un'opinione sopra riportata — a una forte disparità di potere tra le parti. Infine, le decisioni

quelli più vulnerabili, piuttosto che di quelli appartenenti a minoranze od a gruppi non graditi »; R. De Meo, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, *Dir. inf.*, III, 2013, 604.

(51) S. Rodotà, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 600, il quale conclude che « le discipline delle informazioni personali, allora, devono essere necessariamente considerate e ricostruite nella prospettiva costituzionale dell'eguaglianza ».

(52) In tal senso cfr. Resta, *Identità personale cit.*, 531.

sono intervenute in settori in cui è talmente diffuso il *business model* di offrire servizi gratuiti ma subordinati alla “cessione” dei dati personali, che l’interessato, qualora voglia accedere ad un certo servizio, non ha alternative se non acconsentire al trattamento.

Si può dunque ritenere che l’“indisponibilità” dei dati personali sia stata affermata non per impedire la mercificazione della persona, ma quale rimedio rispetto ai problemi della concentrazione di dati in capo a un unico soggetto e della disparità di potere degli utenti rispetto ai fornitori di servizi. Tale lettura è confermata dalle considerazioni svolte dal legislatore europeo nel considerando del regolamento. Infatti, l’opportunità che il consenso non costituisca una condizione per la fornitura del servizio è esplicitamente ricollegata alla esistenza di un « evidente squilibrio » tra l’interessato e il titolare del trattamento (53), ed al rischio, da parte dell’interessato, di subire un pregiudizio (54). Inoltre, un particolare accento è posto sull’utilizzo delle nuove tecnologie, che possono dar luogo a « tipi di trattamento che potenzialmente presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche » (55).

Queste ragioni di preoccupazione non si pongono invece nelle altre fattispecie, sopra menzionate, di sfruttamento economico degli attributi immateriali della persona, quali i contratti attraverso cui si sfrutta la notorietà o comunque l’identità di un soggetto per scopi promozionali e quelli volti a creare un prodotto del mondo dello spettacolo (peraltro, come si è detto, escluse dal campo di applicazione del regolamento). Innanzitutto, i timori legati al rischio di discriminazione e di confinamento degli individui entro profili predeterminati appaiono completamente assenti rispetto a contratti che prevedono lo sfruttamento di attributi immateriali di una singola persona. In secondo luogo, in questi casi solitamente lo sfruttamento viene consentito non per accedere a un servizio ma per ottenere in cambio un corrispettivo in denaro, e dunque fungibile; conse-

(53) Considerando n. 43, in cui l’esempio proposto è il caso in cui titolare del trattamento sia un’authority pubblica.

(54) Considerando n. 42.

(55) Considerando n. 89.

guentemente, se una situazione di disparità contrattuale tra le parti è pur sempre possibile, tale disparità non è « strutturale e permanente » come nei casi sottoposti all'attenzione del Garante.

Come si è già chiarito, l'affermazione per cui il consenso non è libero se condizione per accedere a un bene o servizio non implica necessariamente che il consenso debba essere gratuito, ma può discendere anche dall'esigenza di garantire che il consenso sia espresso in una situazione di serenità e ponderatezza. In situazioni di forti disparità, solo un atto di disposizione completamente spontaneo e disinteressato garantisce che la scelta sia stata serena e ponderata. In altri casi, invece, laddove non vi siano forti disparità tra le parti e non vi sia il rischio di grosse concentrazioni di dati, la necessità che il consenso sia consapevole e ponderato (secondo quanto prospettato nel secondo modello sopra descritto) non esclude *tout court* la commerciabilità degli attributi immateriali della persona, ma comporta semplicemente un pregnante controllo sulle circostanze in cui il consenso è prestato. Il requisito di libertà del consenso può dunque essere declinato diversamente in differenti contesti.

Questa lettura non mette in discussione la contrattualizzazione dei diritti della personalità così come affermata nella prassi, in quanto non ne esclude il contenuto patrimoniale. Resta però la necessità di garantire in maniera adeguata la serenità e ponderatezza del consenso, il che richiede di tenere conto della presenza di particolari condizioni di pressione sull'interessato, non limitandosi semplicemente a richiedere che il consenso sia informato.

7. Se dunque la necessità che il consenso allo sfruttamento degli attributi immateriali della persona sia disinteressato appare legata alle specificità dei casi decisi dal Garante, occorre esaminare più a fondo, anche alla luce di tali casi, che cosa significhi interpretare il consenso libero quale consenso consapevole, sereno e ponderato.

Nei casi decisi dal Garante — al di là delle possibili perplessità che tale impostazione, pur se opportunamente delimitata

rispetto al campo di applicazione, può suscitare (56) — un particolare sfavore viene manifestato nei confronti del tratta-

(56) Se le preoccupazioni alla base dei provvedimenti adottati sono quelle di evitare grosse concentrazioni di dati e tutelare la parte strutturalmente debole, si dubita tuttavia che la soluzione preferibile sia quella di escludere in assoluto che il consenso possa essere condizione per l'accesso a un servizio. Pare piuttosto che i rischi sopra enunciati possano essere meglio affrontati tramite la previsione di limiti temporali, anche stringenti (v., ad es., il provv. del Garante 25-6-2009 n. 159, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1629107, in cui il Garante prevede la possibilità di richiedere allo stesso l'autorizzazione per il trattamento dei dati senza il consenso degli interessati per attività di profilazione imponendo un limite temporale massimo di conservazione dei dati), all'utilizzo dei dati e attraverso un controllo pubblico (rimesso, in primo luogo, alla stessa autorità garante) delle finalità per cui questi vengono utilizzati. Se poi tali finalità sono quelle pubblicitarie, pare molto difficile che queste possano essere piegate a fini discriminatori. Si deve peraltro sottolineare che, dove sono in gioco dati sensibili, non basta comunque il consenso dell'interessato a renderne legittimo il trattamento; non a caso, è proprio in questo ambito che la legge conferisce al Garante poteri più incisivi. Occorre inoltre rendersi conto che, nel settore ove si è maggiormente diffuso il *business model* di fornire servizi gratuiti in cambio della prestazione del consenso al trattamento dei dati, cioè quello dei servizi *online*, la posizione del Garante potrebbe sortire effetti dirompenti. Sino ad ora tali effetti non si sono prodotti in quanto gli utenti spesso acconsentono al trattamento senza realmente accorgersene: la prestazione del consenso a fini pubblicitari è spesso prevista in maniera piuttosto generica in condizioni generali di ostica lettura. Tuttavia il tempo rivelerà quanto tale situazione sia destinata a mutare con l'applicazione della normativa sui *cookies* (art. 122, d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 28-5-2012, n. 69), che prevede l'obbligo di chiedere espressamente il consenso dell'interessato, anche con modalità semplificate, per l'installazione sull'apparecchio dell'utente di dispositivi volti a raccogliere informazioni (in attuazione di tale modifica legislativa, il Garante per la protezione dei dati personali ha emanato il provv. 8-5-2014 n. 229, entrato in vigore il 2 giugno 2015, avente ad oggetto *l'Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie*). Sarà interessante analizzare la condotta dell'utente medio, posto di fronte ad una casella ove gli si chieda esplicitamente se acconsente al trattamento dei propri dati per fini di profilazione e di *marketing*. È chiaro che un conto è acconsentire in via generalizzata al trattamento dei propri dati tramite lo spunto di una casella che rimanda a condizioni generali, un altro è invece dichiarare esplicitamente e specificamente che si acconsente al trattamento dei propri dati per fini pubblicitari, con l'esplicita avvertenza che tale consenso non è necessario per usufruire del servizio. Qualora una buona parte di utenti dovesse iniziare a negare il consenso al trattamento dei propri dati per fini ulteriori, l'attuale modello economico, ampiamente basato sui servizi *online* gratuiti, potrebbe essere messo in crisi, con conseguenze anche negative nei confronti degli utenti. In tema v. A. Man-

mento in massa dei dati personali. Il disvalore legato a tale circostanza impone di richiedere condizioni di serenità e ponderatezza del consenso assai stringenti, sino a considerare valido, come abbiamo visto, solo il consenso disinteressato. In tal senso muove anche il reg. 2016/679 — la cui applicazione è limitata ai casi di trattamento automatizzato o, anche se non automatizzato, riguardante dati da inserire in archivi — il quale prescrive, nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, di tenere « 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, co. 4). In questi casi il requisito di libertà del consenso pare essere utilizzato per scoraggiare la raccolta in massa di dati personali: tale sfavore è in ultima analisi collegato alla tutela della persona, astrattamente e collettivamente considerata, mentre la tutela dell'individuo che nel singolo caso ha prestato il consenso sembra essere una conseguenza incidentale.

Le circostanze dequalificanti che, unitamente al trattamento in massa dei dati personali, escludono la libertà del consenso, parrebbero essere l'infungibilità del servizio prestato in cambio del consenso e le modalità di richiesta del consenso, tali da escludere la parità dei contraenti e la consapevolezza dell'interessato.

Per quanto riguarda l'infungibilità del servizio, questa consiste nell'impossibilità o difficoltà di procurarselo a condizioni diverse e, dunque, senza acconsentire al trattamento dei dati. Così, se per un determinato servizio il *business model* prevalente consiste nell'offrirlo "gratuitamente" in cambio del consenso al trattamento dei dati personali (che vengono raccolti in massa), allora tale consenso non è libero in quanto risulta estremamente difficile accedere a tale servizio in altro modo se non "cedendo" i propri dati. Se un servizio è infungibile, nel senso appena precisato, non pare che sia necessario, al fine di

telero, *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante i cookies*, Dir. inf., 2012, 4-5, 781 s.

escludere la libertà del consenso, che si tratti anche di un servizio essenziale per la persona (57).

Con riferimento alle modalità con cui il consenso viene richiesto, si deve notare l'importanza che assume, nei casi decisi dal Garante, l'utilizzo, nella raccolta del consenso stesso, della tecnologia (58). Talune modalità tecnologiche usate per richiedere il consenso, infatti, anche se non aggressive o pressanti, rischiano in ogni caso di impedire una scelta consapevole e prestata su un piano di parità rispetto al fornitore dei servizi. Poniamo il caso di un operatore di telefonia mobile che offra ai suoi abbonati un euro di accredito settimanale di traffico voce in cambio del consenso al trattamento di dati personali a fini di indagini di mercato, e che tale offerta sia proposta tramite un sms cui è sufficiente rispondere per aderire. Qui il bene offerto in cambio del consenso è sicuramente fungibile, ma le modalità con cui il consenso viene richiesto non paiono garantire piena consapevolezza e parità nella scelta dell'utente. Quest'ultimo si trova infatti innanzi alla possibilità di un facile guadagno, senza che sia evidente per il soggetto meno provveduto l'esistenza di un "costo", costituito dal consenso stesso; tale rischio è poi aggravato da una modalità di espressione del consenso che, proprio per la sua facilità e immediatezza, non è tale da garantire una sufficiente ponderazione.

Al di fuori dei casi di trattamento di massa dei dati personali, i requisiti di consenso consapevole e ponderato possono invece essere meno stringenti. Richiedere che il consenso sia disinteressato costituisce infatti un rimedio estremo, giustificato solo dal particolare disvalore del trattamento nei casi decisi dal Garante, in quanto comporta una incommerciabilità non altrimenti motivata. Nel caso di operazioni finalizzate al trattamento di dati personali di singoli individui, oggetto di tutela non è tanto la persona collettivamente e astrattamente

(57) Né questo viene richiesto dal reg. 2016/679 laddove prescrive di tenere nella massima considerazione, nel valutare la libertà del consenso, l'eventualità che l'esecuzione di un contratto sia condizionata alla prestazione di un servizio (art. 7, co. 4).

(58) Anche il reg. 2016/679, come si è detto, pone un particolare accento sui rischi per « i diritti e le libertà delle persone fisiche » derivanti dall'utilizzo delle « nuove tecnologie » (considerando n. 89).

intesa, in quanto non sussistono i rischi adombrati derivanti dal trattamento in massa dei dati personali, ma il singolo individuo che nel caso concreto ha prestato il consenso.

In questi casi, le condizioni di serenità e ponderatezza a presidio della libertà del consenso dovrebbero essere escluse, in primo luogo, dalla essenzialità della controprestazione (ad esempio, l'accesso a servizi bancari o sanitari, la retribuzione lavorativa), mentre l'infungibilità della stessa, la cui valutazione pure può confluire in quella sulla essenzialità, non è qui sufficiente a escludere un consenso libero. La libertà del consenso è poi da escludersi nel caso in cui questo sia richiesto con modalità aggressive, urgenti, pressanti, ingannevoli o idonee a cogliere di sorpresa la persona, mentre l'utilizzo di modalità tecnologiche non sarebbe di per sé indice di un consenso coartato.

8. Pare interessante soffermarsi su alcuni corollari della posizione del Garante per cui non è libero il consenso richiesto quale condizione per accedere a un bene o servizio.

Occorre premettere che, nelle decisioni esaminate, il Garante si riferisce a casi in cui non intervengono altre cause di legittimazione previste dalla legge. In particolare, nel caso di instaurazione di un rapporto contrattuale, non occorre prestare il consenso al trattamento dei dati necessari per l'esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto (art. 24, co. 1, lett. *b*, d.lgs. 196/2003 e art. 6, co. 1, lett. *b*) reg. 2016/679). Non è tuttavia sempre agevole distinguere le finalità ulteriori rispetto a quelle relative all'esecuzione del contratto, in particolare quando l'oggetto del contratto ha un contenuto molteplici e prevede l'erogazione di più servizi, tra cui quello, ad esempio, di inviare pubblicità mirata (59). Ad esempio, nel caso, assai comune, di

(59) Nella pratica non è sempre agevole individuare i confini tra un servizio e l'altro. Occorre tuttavia segnalare una particolarità dei servizi di tipo pubblicitario. In questi casi, qualora il servizio pubblicitario sia inserito nell'oggetto del contratto, il consenso ha una duplice funzione: da un lato, si tratta di un consenso necessario all'esecuzione degli obblighi contrattuali; dall'altro, in concreto esso è sempre anche una vera e propria controprestazione che si pone in un rapporto di tipo sinallagmatico con la fornitura del servizio pubblicitario e degli altri servizi, in quanto è proprio dal trattamento dei dati che il fornitore del servizio pubblicitario trae il proprio arricchimento.

un servizio di *social network* che preveda come oggetto del servizio sia la messa a disposizione di uno spazio virtuale ove pubblicare contenuti e interagire con altri utenti, sia la personalizzazione dell'esperienza di navigazione tramite la pubblicazione di *banners* pubblicitari a contenuto mirato, il requisito di libertà del consenso e il principio di finalità così come interpretati dal Garante impongono di chiedere un distinto consenso per ciascuno dei servizi offerti. Il diniego del consenso al trattamento dei dati per uno di tali servizi non deve compromettere la possibilità di usufruire degli altri; tale diniego deve determinare semplicemente la mancata erogazione del singolo servizio cui si riferisce.

Si coglie così un'importante implicazione dell'interpretazione secondo cui è libero solo il consenso che non è condizione per ottenere un bene o un servizio: l'interessato deve poter esprimere un consenso specifico e separato per ciascun distinto servizio fornito, senza che l'erogazione di un servizio possa essere legata all'accettazione di un altro (60). Difatti, in tal senso si esprime anche il legislatore europeo nei considerando del regolamento 2016/679, ritenendo presumibile che « il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile

mento. In altre parole, il consenso al trattamento dei dati a fini pubblicitari, oltre ad essere necessario per l'esecuzione del servizio, è di per sé idoneo a costituire anche il prezzo corrisposto alla controparte per l'erogazione non solo del servizio pubblicitario, ma anche degli altri servizi eventualmente offerti. Pertanto, posto che — a voler portare fino in fondo l'impostazione adottata dal Garante — il consenso al trattamento dei dati non può essere oggetto di controprestazione e considerato che il consenso al trattamento dei dati a fini pubblicitari è di per sé sempre idoneo a costituire una controprestazione, ne consegue che il trattamento a tali fini deve essere sempre oggetto di un consenso separato e facoltativo. L'erogazione di servizi pubblicitari deve dunque essere sempre distinta dagli altri servizi offerti dal medesimo titolare del trattamento dei dati.

(60) Cfr. Lo Surdo, *Il ruolo* cit., 731 s. Tra i provvedimenti del Garante, v., *ex multis*, provv. 21-10-1997, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 40855; provv. 31-1-2008, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1490553; provv. 19-12-2008, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1584213; provv. 23-3-2011 n. 112, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1807691; provv. 9-10-2014 n. 447, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 3568046.

esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali » (61).

Le decisioni del Garante riguardano solo casi in cui il consenso a fini ulteriori era richiesto al fine di accedere al servizio, e sono intervenute al solo fine di escludere la legittimità di tale prassi (62). Questo comporta — e in tal senso sono infatti stati decisi i casi suddetti — che se il fornitore di un servizio chiede alla controparte di acconsentire al trattamento dei propri dati per finalità pubblicitarie e questa dichiara di voler usufruire del servizio ma non acconsente a detto trattamento, esso deve comunque erogare il servizio offerto. Ci si può domandare come si comporterebbe il Garante di fronte ad ipotesi diverse da quelle concretamente emerse.

Preliminarmente, si sottolinea che i provvedimenti menzionati riguardano sia casi in cui il servizio offerto all'interessato era gratuito, sia casi in cui invece il servizio era prestato a titolo oneroso. Nei casi di servizi a titolo gratuito, è particolarmente evidente che escludere che si possa richiedere il consenso per fini ulteriori significa negare che il consenso possa costituire una controprestazione. Il discorso non cambia in caso di servizi forniti a titolo oneroso, in cui pure la prestazione del consenso al trattamento dei dati potrebbe intendersi come componente di una controprestazione mista. In questi casi si potrebbe tuttavia ritenere che, nell'imporre la facoltatività della prestazione del consenso, giochino un ruolo ragioni di tutela della trasparenza del costo del servizio, al fine di rendere l'utente consapevole del reale "prezzo" corrisposto (63).

(61) Considerando n. 43.

(62) La legittimità di tale prassi è esclusa anche qualora l'utente possa accedere al servizio o acquistare il bene altrove, ad esempio in un negozio, senza dover prestare il consenso al trattamento dei dati: così provv. 7-9-2011 n. 323, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1859038.

(63) Si vedano, in proposito, i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 20-12-2001 nn. 10276, 10277, 10278 e 10279, Boll. sett. AGCM n. 51-52 del 7-1-2002, 148-165, in cui l'Autorità, con riferimento alla legittimità di messaggi promozionali di servizi pubblicizzati come gratuiti, laddove nelle condizioni generali era previsto il consenso dell'utente al trattamento dei propri dati per l'invio di email pubblicitarie, afferma che « l'obbligo in capo al destinatario di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, 'profilati' sulla base del proprio utilizzo della rete via

Ci si può in primo luogo interrogare sulla legittimità della condotta del fornitore del servizio che desse all'interessato la possibilità di scegliere, al fine di usufruire del servizio, se pagare un corrispettivo oppure acconsentire al trattamento dei propri dati per fini ulteriori. Evidentemente, ove si ritenesse legittima una simile prassi, bisognerebbe richiedere che il prezzo sia congruo, altrimenti si consentirebbe al fornitore di creare solo una parvenza di possibilità di scelta. Tuttavia — anche lasciando da parte la difficoltà pratica di valutare la congruità del prezzo, tenuto conto che si tratta di servizi per cui, nella maggior parte dei casi, non è identificabile, ad oggi, alcun prezzo di mercato (proprio perché prevale un *business model* che esclude un corrispettivo monetario) — sembra di dover più radicalmente escludere la legittimità di tale scelta almeno nei limiti in cui, secondo l'impostazione del Garante, non si può fare del consenso l'elemento di uno scambio. Una simile operazione desta infatti tutte le perplessità che si sono già evidenziate e risulta sospetta se finalizzata al trattamento in massa dei dati personali: la prospettiva immediata di un risparmio di spesa suscitata nel momento in cui la persona è predisposta ad acquistare un servizio può infatti rivelarsi un forte mezzo di coartazione psicologica. Non c'è alcun dubbio invece che il fornitore del servizio ben può chiedere *tout court* un corrispettivo per l'utilizzo del servizio.

Una seconda ipotesi riguarda il caso in cui un soggetto offra all'interessato una somma di denaro affinché questi presti il consenso al trattamento dei propri dati, tramite, ad esempio, l'installazione di un'applicazione. L'accesso ad un servizio è cosa diversa rispetto all'erogazione di una somma di denaro, e non c'è dubbio che di questo specifico problema il Garante non

Internet, può configurarsi come una vera e propria prestazione passiva » e che « la circostanza che l'operatore subordini la prestazione di un servizio espressamente qualificato come gratuito all'atto di disposizione di questo diritto non può considerarsi indifferente ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta », e delibera che tali messaggi costituiscono pubblicità ingannevole in quanto « la circostanza che tali condizioni non siano immediatamente e chiaramente percepibili, in quanto, nel caso di specie, sono contenute nella finestra di testo che riporta le condizioni generali di contratto, risulta idonea a indurre i consumatori in errore, potendo peraltro pregiudicarne indebitamente il comportamento economico ».

si è occupato. Per le ragioni che si è detto, si deve escludere che il Garante affermi, in generale, l'incommerciabilità del consenso al trattamento. Tuttavia, anche di una simile operazione, se finalizzata a un trattamento in massa dei dati personali e se unita all'utilizzo di modalità di richiesta del consenso tali da non consentire una sufficiente ponderazione, potrà comunque escludersi la legittimità.

9. Un'altra questione con riferimento alla quale è interessante esaminare le conseguenze derivanti dal requisito di libertà del consenso è quella della revocabilità del medesimo e delle conseguenze di tale revoca.

Parlando di revoca si presuppone qui che il consenso sia stato, in origine, prestato liberamente. Se il consenso non è libero in partenza, il rimedio offerto all'interessato non è quello della revoca del consenso (la quale si configura solo con riferimento al consenso validamente prestato), bensì quello dell'opposizione per motivi legittimi, disciplinato dall'art. 7, co. 4, lett. *a* del Codice della privacy. Se invece il consenso è stato prestato liberamente, ci si deve interrogare se esso sia revocabile.

Il Garante non affronta esplicitamente la questione. In pratica, nel contesto dei casi decisi dal Garante, non sembra che la revocabilità del consenso possa essere messa in discussione. Da un lato, infatti, si tratta di rapporti a tempo indeterminato, in cui deriva dai principi generali la facoltà di recedere in qualunque momento. Dall'altro, posto che nella quasi totalità delle ipotesi la finalità ulteriore per cui veniva richiesto il consenso era di tipo pubblicitario (64), la questione della revocabilità del consenso viene risolta dalla previsione di cui all'art. 7, co. 4, lett. *b* d.lgs. 196/2003, per cui l'interessato può sempre opporsi al trattamento dei dati trattati « a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale » (65).

(64) Un caso in cui la finalità ulteriore era solo in parte quella pubblicitaria è quello deciso dal Garante con provv. 28-7-1997 cit., con riferimento alla sottoscrizione di una richiesta referendaria.

(65) Posto che per il trattamento dei dati a fini pubblicitari è sempre necessario il preventivo consenso dell'interessato (salvo il caso previsto dall'art. 130, co. 4, d.lgs. 196/2003), la facoltà di opposizione si traduce nel potere

Una previsione analoga è contenuta nel reg. 2016/679 all'art. 21, co. 2, secondo cui « qualora i dati personali siano trattati per finalità di marketing diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto ». Ed è anzi evidente che, allo stato attuale, non è facile immaginare, laddove per il trattamento sia necessario il consenso dell'interessato, altri scopi, diversi da quelli pubblicitari, per cui i dati sono raccolti e trattati in massa.

Al di fuori di tali casi, l'adesione all'uno o all'altro modello di libertà del consenso non sembra comunque decisiva per risolvere la questione della sua revocabilità. Naturalmente nella sua versione più forte il requisito della libertà del consenso non può che comportarne la libera revocabilità, escludendo la patrimonialità stessa del consenso e quindi la sua deducibilità in contratto (66). Tuttavia, anche nella prospettiva che riconosce il contenuto patrimoniale degli attributi immateriali della per-

di revoca del consenso prestato. V. il provv. del Garante 4-7-2013 n. 330 cit. In tema cfr. M. Messina, *I diritti dell'interessato*, Il codice dei dati personali cit., a cura di Cardarelli, Sica e Zeno-Zencovich, cit., 102 s.; A. Piraino, *Privacy e comunicazioni elettroniche*, Libera circolazione e protezione dei dati personali, a cura di R. Panetta, II (Milano 2006), 1606.

(66) Chi nega la disponibilità degli attributi immateriali della persona, e dunque considera il consenso alla disposizione degli attributi immateriali della persona come mero consenso dell'avente diritto, ne afferma la revocabilità in qualunque momento salvo casi di abuso. Cfr. Messinetti, *Circolazione dei dati personali* cit., 360-364, il quale, al fine di stabilire se vi sia una qualche responsabilità di colui che revoca il consenso, propone di applicare la disciplina della responsabilità extracontrattuale coordinando la nozione di ingiustizia del danno con quella di abuso del diritto; Patti, *Il consenso* cit., 465 s., il quale esclude il potere di revoca, riconoscendo alla controparte il diritto al risarcimento del danno, in caso di mala fede e, in maniera più sfumata, qualora l'attività di trattamento dei dati sia già iniziata; C. Lo Surdo, *Gli strumenti di tutela del soggetto « interessato » nella legge e nella sua concreta applicazione*, Diritto alla riservatezza cit., a cura di Pardolesi, I, 671 s., la quale, al fine di valutare la legittimità del diritto di opposizione al trattamento dei dati per motivi legittimi, espressione del « c.d. diritto all'autodeterminazione informativa », suggerisce di « sottrarre, dall'insieme delle ragioni personali dell'interessato che si opponga al trattamento, quelle riconducibili al mero 'capriccio', per farvi rientrare soltanto quelle che risultino degne di adeguata protezione nonostante la liceità del trattamento. In definitiva, si

sona, e, dunque, la loro commerciabilità, una più o meno ampia revocabilità del consenso sembra comunque discendere dall'esigenza di tutelare lo sviluppo della personalità da vincoli che possano coartarla ed è comunemente ammessa dagli interpreti (67).

L'interpretazione del requisito di libertà del consenso accolta dal Garante rileva invece per la soluzione di altri problemi, che si aprono a seguito della revoca e, in particolare, di quello riguardante la sorte della controprestazione. Di tale questione il Garante non si è occupato esplicitamente.

Ci si chiede dunque se, in caso di revoca del consenso al trattamento dei dati a fini ulteriori rispetto all'esecuzione del contratto, il fornitore debba continuare a erogare il servizio di cui il consenso costituisce la controprestazione, oppure se possa interromperlo. Se si ritiene che il consenso non possa essere condizione per l'accesso a un servizio e che dunque la sua prestazione sia facoltativa, ne deriva che in caso di revoca la controparte deve continuare a erogare il servizio (salvo, chiaramente, i servizi per l'erogazione dei quali è necessario il trattamento dei dati richiesti). Si consideri, infatti, che, laddove vi fosse un'interruzione del servizio, l'interessato potrebbe poi sempre chiederne nuovamente l'erogazione, questa volta senza acconsentire al trattamento dei dati per fini ulteriori. Non ponendosi le due prestazioni (il servizio e il consenso) in un rapporto di tipo sinallagmatico, le vicende dell'una non influiscono su quelle dell'altra.

Si noti che secondo i principi generali non c'è dubbio che, se il contratto è a tempo indeterminato, anche il fornitore del servizio potrebbe recedere a seguito della revoca del consenso della controparte, e tuttavia, in base alla posizione del Garante, egli sarebbe costretto a concedere nuovamente il servizio. In pratica quindi, anche in un contratto a tempo indeterminato

darà preminenza solo a quelle ragioni dell'interessato che siano 'portatrici' dei valori di cui all'art. 1 della legge »; Galgano, *Diritto civile* cit., I, 177.

(67) Chi ammette la contrattualizzazione degli attributi immateriali della persona riconosce a quest'ultima una facoltà di revoca in caso di gravi ragioni morali, in analogia con quanto previsto dalla normativa sul diritto di autore: Zeno-Zencovich, *Profili negoziali* cit., 575 s.; Resta, *Autonomia privata* cit., 302 s.

non avrà mai alcun senso per il fornitore del servizio la decisione di recedere perché l'altro ha revocato il consenso, mentre ovviamente potrà recedere per altre ragioni (perché, ad esempio, ha cambiato il suo modello di *business* decidendo di fornire il servizio a titolo oneroso).

A *fortiori*, ovviamente, la controprestazione non potrà venire meno a seguito di opposizione al trattamento laddove il consenso non sia stato, in origine, liberamente prestato: ancora una volta, non perché il fornitore non possa, in sé, recedere (trattandosi di contratti a tempo indeterminato), ma perché sarebbe poi comunque costretto a concedere nuovamente il servizio.

È importante sottolineare che l'impossibilità di far venire meno la controprestazione in caso di revoca del consenso o di opposizione al trattamento non deriva dalla revocabilità del consenso in sé e per sé (che non implica necessariamente il permanere dell'obbligazione in capo alla controparte in caso di revoca), ma dall'impossibilità, affermata dal Garante, di subordinare l'erogazione del servizio alla prestazione del consenso.

Diverse sono le conclusioni quando, nei ristretti limiti sinora specificati, la richiesta di prestare il consenso quale condizione per accedere a un bene o servizio possa essere ritenuta compatibile con il requisito di libertà del consenso, con la conseguenza che il consenso prestato è valido. Non solo, in tali casi, se il contratto è a tempo indeterminato, la controparte può, secondo le regole generali, recedere dal contratto senza essere obbligata a concedere nuovamente il servizio; è infatti evidente che, nei limiti in cui il consenso è validamente posto quale condizione per la prestazione del servizio, in caso di revoca l'obbligo della controprestazione viene meno anche nei contratti a tempo determinato.

ABSTRACT

Freedom of consent to the processing of personal data and the economic use of personality rights

The Italian data protection law, according to European legislation, prescribes that the data subject's consent must be freely given. Such requirement is subject to different interpretations: in order to be free, consent could be merely required to be informed or, under a

stricter interpretation, should not be economically driven. The purpose of this essay is therefore to investigate the meaning of freedom of consent in the various areas in which data protection law is applicable, considering its broad scope of application which encompasses not only mass data processing but also more traditional forms of economic use of personality rights, which fall under the definition of « personal data ». The Italian data protection authority — adopting an interpretation confirmed on a European level by Regulation 2016/679 — has clarified that the data subject's consent is not freely given if it is a condition of subscribing to a service or completing a transaction. This essay analyses such interpretation and underlines the need to adapt its meaning depending on the context in which personal data are processed.