



TAR LAZIO, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260

A fronte della tutela del dato personale, quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della « patrimonializzazione » del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso all'adesione ad un contratto per la fruizione del servizio, quale è quello di utilizzo di un social network.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La controversia ha ad oggetto due distinte condotte poste in essere da Facebook e sanzionate dall'Agcm in quanto ritenute, rispettivamente, ingannevoli e aggressive nei confronti dei consumatori.

2. La prima pratica riguarda la fase di registrazione dell'utente nella Piattaforma FB (sito "web" e "app") e consiste nel rilascio di un'informativa ritenuta poco chiara e incompleta.

Nello specifico, l'Autorità rilevava che "Sino al 15 aprile 2018, l'utente che accedeva alla homepage di FB per registrarsi sulla Piattaforma (sito web e app), a fronte di un claim sulla gratuità del servizio offerto "Iscriviti È gratis e lo sarà per sempre", non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di FB" (cfr. par. 18 del provvedimento). L'informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e lo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come contro-prestazione del servizio offerto dal "social network", perché dotati di valore commerciale. In particolare, osservava Agcm, "i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai lo-



ro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.”.

3. La seconda pratica concerne il meccanismo che comporta la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito “web/app”) del “social network” ai siti “web/app” di terzi e viceversa. Agcm ha ritenuto che tale trasmissione avvenisse con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore. Nello specifico, rilevava che la Piattaforma “risultava (...) automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out” (par. 59). Osservava anche che “l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le limitazioni sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario”, con l'effetto di indurlo a non modificare la scelta operata dalla società (par. 61).

4. Preliminarmente, il Collegio non accoglie l'istanza al superamento del numero massimo di pagine, presentata dalla parte ricorrente successivamente alla presentazione del ricorso. Ciò in quanto, pur avendo argomentato l'esponente in ordine alla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 6 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 – e quindi alla ricorrenza delle condizioni che legittimano la proposizione della richiesta di superamento – non ha poi individuato “gravi e giustificati motivi” che, ai sensi del successivo articolo 7, legittimano la proponibilità dell'autorizzazione successiva in luogo di quella preventiva.

5. Passando all'esame del merito della controversia, per ragioni di carattere espositivo saranno in primo luogo scrutinati i motivi di ricorso in relazione alla prima condotta sanzionata.

6. Le censure di parte ricorrente riguardano innanzitutto la carenza di potere dell'Agcm, che avrebbe invaso un campo di esclusiva competenza dell'Autorità garante per la “privacy”, in quanto: non sussisterebbe alcun corrispettivo patrimoniale e, quindi, un interesse economico dei consumatori da tutelare; gli obblighi asseritamente violati sarebbero tutti attinenti al diverso profilo del trattamento dei dati personali degli utenti, disciplinato unicamente dal “Regolamento privacy” che, in virtù del principio di specialità, assorbirebbe la condotta in questione.

Le doglianze non possono essere condivise.

Le tesi di parte ricorrente presuppongono che l'unica tutela del dato personale sia quella rinvenibile nella sua accezione di diritto fondamentale dell'individuo, e per tale motivo Facebook era tenuta esclusivamente al corretto trattamento dei dati dell'utente ai



fini dell'iscrizione e dell'utilizzo del "social network". Tuttavia, tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "asset" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto.

A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati.

Il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un "social network".

7. La possibilità di uno sfruttamento economico del dato personale nell'ambito delle "piattaforme social" e la conseguente necessità di tutelare il consumatore che le utilizzi non può neppure definirsi, come prospettato da Facebook, un concetto del tutto innovativo, frutto di una interpretazione "estensiva" di norme sanzionatorie, come tale contraria al principio di prevedibilità.

Già negli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali" del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che "i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto".

La stessa Agcm, conformemente alle indicazioni provenienti in ambito comunitario, aveva sanzionato l'11 maggio 2017 con il provvedimento PS10601 un operatore di "social network" per pratiche commerciali scorrette nei confronti della propria utenza, osservando che il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti e la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di "marketing" "...acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente" (cfr. il par. 54 del richiamato provvedimento).

Anche nella decisione della Commissione Europea del 3 ottobre 2014 e pubblicata il



19 novembre 2014, che ha autorizzato la concentrazione relativa all'acquisizione da parte di Facebook di tale operatore di "social network", erano presenti considerazioni sul valore economico dei dati degli utenti.

Da ultimo, l'esistenza di prestazioni corrispettive nei contratti per la fornitura di servizi di "social media" è stata affermata anche dal "network" europeo di autorità nazionali per la cooperazione della tutela dei consumatori di cui al Regolamento 2006/2004/CE. Nell'affrontare il tema della possibile contrarietà delle Condizioni d'Uso della piattaforma Facebook alla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori, il network ha avuto modo di affermare che tale direttiva "si applica a tutti i contratti tra consumatori e professionisti, a prescindere dalla natura onerosa di tali contratti, inclusi i contratti in cui il contenuto e la profilazione generati dal consumatore rappresentano la controprestazione alternativa al denaro" (cfr. pag. 19 della lettera del 9 novembre 2016 inviata a Facebook con cui è stata trasmessa la Posizione Comune del Network, allegata alla memoria di parte ricorrente del 28 giugno 2019).

8. Deve anche escludersi che l'omessa informazione dello sfruttamento ai fini commerciali dei dati dell'utenza sia una questione interamente disciplinata e sanzionata nel "Regolamento privacy".

La non sovrapposibilità dei piani relativi alla tutela della "privacy" e alla protezione del consumatore si desume dalle considerazioni svolte dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 13 settembre 2018, nelle cause riunite C 54/17 e C 55/17, nella quale si è statuito che la disciplina consumeristica non trova applicazione "unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29".

Non sussiste, nel caso di specie, alcuna incompatibilità o antinomia tra le previsioni del "Regolamento privacy" e quelle in materia di protezione del consumatore, in quanto le stesse si pongono in termini di complementarietà, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole.

9. Per le medesime ragioni, non esiste neppure il paventato rischio di un effetto pluri-sanzionatorio della medesima condotta (intesa come identico fatto storico) posta in essere dal professionista che gestisce il "social network". L'oggetto di indagine da parte delle competenti autorità riguarda, infatti, condotte differenti dell'operatore, afferenti nel pri-



mo caso al corretto trattamento del dato personale ai fini dell'utilizzo della piattaforma e nel secondo caso alla chiarezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento del dato ai fini commerciali.

10. Dunque, in termini generali, il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là della utilizzazione nel solo "social network": in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole.

11. La prima condotta sanzionata presenta effettivamente tale carattere, in quanto il "claim" utilizzato da Facebook nella pagina di registrazione per invogliare gli utenti a iscriversi ("Iscriviti È gratis e lo sarà per sempre") lasciava intendere l'assenza di una controprestazione richiesta al consumatore in cambio della fruizione del servizio.

In proposito, parte ricorrente non può essere seguita laddove sostiene che il richiamo al concetto di gratuità sarebbe giustificato dalla mancata richiesta del pagamento di una somma di denaro e che il consumatore medio attribuirebbe a tale termine, nella sua accezione comune, il significato di mera assenza di un corrispettivo patrimoniale. La pratica, infatti, è stata sanzionata in ragione della incompletezza delle informazioni fornite, che a fronte del "claim" di "gratuità" del servizio non consentivano al consumatore di comprendere che il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell'utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale (cfr. par. 55 provv.).

In argomento, il provvedimento ha fornito una puntuale motivazione, supportata da una adeguata istruttoria, sulla carenza di sufficienti informazioni, nel processo di registrazione, circa il valore commerciale dei dati e allo scopo commerciale perseguito.

L'affermazione di parte ricorrente secondo cui l'onere informativo imposto a Facebook imporrebbe uno standard inconciliabile con gli Orientamenti sulla trasparenza ai sensi del "Regolamento Privacy" rimane indimostrata e, anzi, contraddetta dagli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali" del 2016, che impongono espressamente ai professionisti di non occultare l'intento commerciale di una pratica.

La circostanza, poi, che ai fini della predisposizione della cosiddetta "informativa privacy" i relativi orientamenti suggeriscano una suddivisione in sezioni ovvero "stratificata on line" non è rilevante ai fini della carenza informativa del "claim" rilevata dall'Autorità, in ragione della diversità dei campi di applicazione e degli strumenti di tutela previsti dalle relative normative di settore.

12. L'Autorità nel provvedimento impugnato ha anche ampiamente confutato le tesi



di parte ricorrente circa la completezza e chiarezza delle informazioni successivamente accessibili tramite “link” alla Normativa dati, alle Condizioni d’uso e alla Normativa Cookie, rilevando, alla stregua di un giudizio logicamente formulato, come le informazioni in questione non fossero né chiaramente né immediatamente percepibili. Quanto al “banner cookie”, inserito successivamente all’avvio del procedimento, è stato legittimamente ritenuto dall’Autorità inidoneo a far venire meno l’omissione e l’ingannevolezza riscontrata, in quanto “oltre a non essere contestuale alla registrazione in FB, risulta generico oltreché scarsamente esplicativo e, laddove visualizzato in tale fase, nemmeno adiacente al pulsante di creazione dell’account” (par. 21).

13. Dunque, il giudizio di ingannevolezza della condotta sub a) formulato nel provvedimento impugnato si sottrae ai vizi denunciati, risultando corretta la valutazione della Autorità circa l’idoneità della pratica a trarre in inganno il consumatore e a impedire la formazione di una scelta consapevole, omettendo di informarlo del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della sua registrazione al “social network”.

14. Quanto alle doglianze circa l’obbligo di pubblicare una dichiarazione rettificativa, occorre premettere che si tratta di una misura accessoria prevista dell’art. 27, comma 8, del codice del consumo, secondo cui, con il provvedimento che irroga la sanzione pecuniaria, “può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un’apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti”.

Si è chiarito che la dichiarazione non ha lo scopo di sanzionare l’operatore pubblicitario, ovvero di risarcire i soggetti già lesi dal messaggio, bensì di impedire, da un lato, eventuali future riedizioni del messaggio e dall’altro di contrastare l’eventuale persistere degli effetti del “claim” ingannevole. Di conseguenza, le modalità e le forme di detta pubblicazione sono rimesse alla valutazione discrezionale dell’Autorità e condizionate dalla necessità di raggiungere lo scopo per il quale essa è stata disposta (cfr. Tar Lazio, sez. I, n. 2306/2007; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2003 n. 4211).

L’obbligo di pubblicazione della dichiarazione risulta del tutto giustificato, avuto riguardo alle finalità perseguite, e proporzionato, quanto alle modalità imposte, alla diffusione del messaggio.

In argomento, le critiche nel ricorso secondo cui la pubblicazione della dichiarazione incrinerebbe il rapporto di fiducia con gli utenti non possono assumere rilevanza, trattandosi di valutazioni, indimostrate, di opportunità, che impingono nella sfera di discrezionalità riservata all’Autorità ma non determinano una potenziale illegittimità del provvedimento nella parte “de qua”.



Anche le censure relative al difetto di proporzionalità della misura rispetto allo scopo che persegue non si palesano fondate, alla luce delle modalità tecniche previste dalla stessa Autorità, che richiede la visibilità “mirata” della stessa solo a chi acceda alla “homepage” di Facebook o alla relativa “app”, per un periodo di tempo circoscritto (pari a venti giorni), e a ciascun utente registrato per una sola volta in occasione del suo primo accesso alla propria pagina personale Facebook.

Infine, quanto alle deduzioni di Facebook, compendiate in una relazione tecnica allegata al ricorso, in cui si sostiene di non potere ottemperare pienamente alla misura imposta dall’Autorità, anche in ragione della genericità di alcune indicazioni, il Collegio osserva, in relazione alle criticità ravvisate sulle modifiche da apportare alla “app” di Facebook, che non risulta dimostrata l’impossibilità tecnica di realizzarle attraverso il rilascio di un aggiornamento dell’applicazione. Quanto alle altre difficoltà tecniche prospettate dalla ricorrente (quali quelle relative al formato della dichiarazione e alla visualizzazione del “pop-up” agli utenti italiani e per una sola volta) si tratta di questioni di carattere interpretativo, che non incidono sulla corretta imposizione della misura ma al più potranno essere affrontate dalla parte e dall’Autorità in sede di verifica dell’ottemperanza al provvedimento stesso, entro il cui ambito l’Agcm sarà tenuta a fornire a Facebook ogni chiarimento necessario per consentire una compiuta esecuzione della misura.

15. È possibile passare allo scrutinio delle censure riguardanti la pratica sub b) descritta nel provvedimento impugnato, che ha ad oggetto il meccanismo di trasmissione dei dati degli utenti registrati a Facebook dalla Piattaforma (sito “web/app”) del social network ai siti “web/app2 di terzi.

L’Autorità ha rilevato che la Piattaforma era “automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell’utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out”. L’Autorità ha affermato che l’utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le conseguenze per lui penalizzanti, sia nella fruizione del “social network2, sia nella accessibilità e utilizzo dei siti “web” e “app” di terzi, sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario (par. 61).

In definitiva, secondo l’Autorità, nonostante alcune modifiche operate dal professionista dopo l’avvio del procedimento sanzionatorio, sussisteva una pratica commerciale aggressiva in quanto Facebook continuava nella condotta di “preflaggare le opzioni a disposizione dell’utente e di disincentivarne la deselezione ricorrendo all’uso di espressio-



ni atte a condizionare l'utente sulla reale portata delle conseguenze derivanti dalla deselezione medesima" (par. 63).

L'Autorità contesta, quindi, alla parte ricorrente l'esistenza di una "pre-attivazione" della piattaforma che, in ragione del meccanismo di "opt-in" preimpostato, non consentirebbe agli utenti di comprendere la modalità e finalità di utilizzo, sia da parte dei terzi che da parte di Facebook, dei dati raccolti a seguito dell'integrazione tra piattaforme.

16. La ricostruzione del modello di funzionamento del meccanismo di integrazione delle piattaforme riportata nel provvedimento sconta dei travisamenti in punto di fatto che, come dedotto nel settimo motivo di ricorso, nella sezione B), lett. i), inficiano la correttezza del percorso motivazionale seguito dall'Autorità.

Difatti, come documentato nell'allegato rubricato "doc. n. 5" al ricorso, al fine di realizzare l'integrazione, è necessario compiere numerosi passaggi, che si concludono solo quando, una volta raggiunta tramite il "login" di Facebook la "app" di terzi, l'utente decide di procedere alla sua installazione.

Dunque, la "pre-attivazione² della piattaforma Facebook (vale a dire la "pre-selezione" delle opzioni a disposizioni) non solo non comporta alcuna trasmissione di dati dalla piattaforma a quella di soggetti terzi, ma è seguita da una ulteriore serie di passaggi necessari, in cui l'utente è chiamato a decidere se e quali dei suoi dati intende condividere al fine di consentire l'integrazione tra le piattaforme. L'affermazione dell'Autorità secondo cui la piattaforma di Facebook era "automaticamente attivata con validità autorizzativa generale" non risulta, in definitiva, corretta, avendo di converso dimostrato il professionista che la piattaforma non rappresenta un mezzo attraverso cui gli utenti forniscono il consenso al trasferimento dei dati, dal momento che ciò avviene in un momento successivo, su base granulare per ogni singola "app/sito web".

Deve, poi, osservarsi, che il giudizio circa la presunta natura "aggressiva" delle locuzioni usate per disincentivare l'utente dal disattivare la piattaforma risulta non adeguatamente motivato o approfondito, nonché parzialmente contraddittorio, in quanto sono effettivamente presenti delle conseguenze negative in caso di disattivazione. L'utilizzo, poi, da parte di Facebook di espressioni in alcuni casi dubitative in relazione alle possibili limitazioni nell'uso della "app" di terzi nel caso di disattivazione dell'integrazione si giustifica in ragione della circostanza che i dati in oggetto sono, per l'appunto, detenuti e trattati da soggetti terzi.

Anche nei casi in cui determinate applicazioni terze prevedano un meccanismo di integrazione diverso dal "Facebook login" (quali i "plug-in" social "Mi piace" o "Condividi²) Facebook avverte nella Normativa sui dati della possibilità che questi possono rice-



vere informazioni su ciò che l'utente pubblica o condivide e che "le informazioni raccolte da tali soggetti terzi sono soggette alle loro condizioni e normative, non alle nostre" (cfr. il doc. 6 allegato al ricorso).

Deve anche osservarsi che eventuali contestazioni sulla non pertinenza o eccedenza del trattamento dei dati dell'utente rispetto alla finalità del trattamento stesso sarebbero di competenza dell'Autorità garante per la "privacy", trattandosi di profili che non incidono sulla libertà di scelta del consumatore.

17. Dunque, il provvedimento dell'Autorità, quanto alla condotta descritta alla lettera sub b), si palesa illegittimo in ragione dei denunciati vizi di cattiva ricostruzione del funzionamento della integrazione delle piattaforme e dell'assenza di elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di una condotta idonea a condizionare le scelte del consumatore.

18. In conclusione, limitatamente all'accertamento dell'illegittimità della condotta sub b) e alle conseguenze – sanzionatorie, inibitorie e di adozione di una dichiarazione rettificativa – imposte dall'Autorità, il provvedimento impugnato deve essere annullato, dovendosene invece confermare la legittimità per la restante parte.

19. L'accoglimento solo parziale del ricorso, nonché il mancato rispetto del principio di sinteticità degli scritti difensivi, giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione, annulla il provvedimento impugnato, limitatamente alla pratica commerciale descritta alla lettera b).

Compensa le spese.



BENIAMINO PARENZO

Dottorando di ricerca in Diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

DATI PERSONALI COME “MONETA”. **NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA TAR LAZIO N. 260/2020**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso. – 3. Il presupposto: la “doppia natura” dei dati personali. – 4. La conseguenza: il contratto di *social network* come contratto oneroso a prestazioni corrispettive. La natura non proprietaria del diritto oggetto di disposizione. – 5. Il consenso al trattamento dei dati personali: oggetto del contratto di scambio o manifestazione di volontà negoziale?

1. – Il presente contributo intende svolgere alcune riflessioni scaturenti dalla lettura di una recente pronuncia del Tar Lazio, la n. 260 del 10 gennaio 2020¹, in tema di “contratto di *social network*”. L’importanza e la necessità di una non superficiale considerazione del citato provvedimento derivano dal fatto che lo stesso costituisce un inedito precedente: è la prima volta che il formante giurisprudenziale si esprime in tema di consenso al trattamento dei dati personali prestatore per l’accesso a un servizio di *social network* qualificandolo come vera e propria “controprestazione” di un contratto di scambio.

Nel prosieguo si andranno a toccare e riprendere questioni per la verità affatto nuove (ed anzi ben note all’interno del dibattito dottrinale giusprivatistico) che vanno dal tema della eterogenea natura dei dati personali a quello della qualificazione giuridica del consenso al trattamento dei dati stessi passando per la questione relativa alla gratuità ovvero onerosità della causa di quei contratti – quale, appunto, quello in esame – che a fronte della fornitura “gratuita” di un bene o servizio digitale richiedono la prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessari all’esecuzione del contratto stesso. Si

¹ Tar Roma, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Foro Amm. – Tar*, 2020, p. 99. Le considerazioni ivi svolte dal Tribunale amministrativo e le conclusioni che vi discendono sono del tutto analoghe ad altra sentenza “gemella”, la n. 261/2020, rinvenibile in *D & G online* 13 gennaio 2020.



tratta, come detto, di temi conosciuti². E tuttavia, si ritiene, la posizione accolta dalla giurisprudenza con il provvedimento in oggetto non può non portare lo studioso ad interrogarsi sulle riportate tematiche con un rinnovato interesse. Prima di tutto questo, però, occorre prendere le mosse dal caso e dal *decisum* della sentenza.

2. – Con il provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018 l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) sanzionava *Facebook Inc.* e *Facebook Ireland Limited* per aver posto in essere due pratiche commerciali scorrette aventi ad oggetto la raccolta, lo scambio con terzi e l’utilizzo a fini commerciali dei dati dei propri utenti consumatori. Più in particolare, la prima pratica, qualificata “ingannevole”, consisteva nell’aver adottato, nella fase di prima registrazione dell’utente alla piattaforma Facebook, “un’informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla propria attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti”³. Dal provvedimento dell’AGCM si legge infatti che, almeno fino al 15 aprile 2018, a fronte del noto annuncio posto sulla pagina dedicata alla registrazione – “iscriviti è gratis e lo sarà per sempre” – l’utente non veniva chiaramente informato in merito alla raccolta e all’uso a fini commerciali dei propri dati da parte della medesima società⁴. La seconda pratica, ritenuta “aggressiva”, era relativa al meccanismo di trasmissione a soggetti terzi dei dati degli iscritti, attuata secondo l’AGCM “con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore”.

Il provvedimento sanzionatorio dell’AGCM veniva impugnato da *Facebook Ireland* davanti al Tar Lazio, il quale con la sentenza in esame accoglieva in parte il ricorso annullando il provvedimento dell’Autorità limitatamente alla seconda pratica.

² Delle problematiche citate si discute in dottrina da più di vent’anni, ovvero dalla emanazione della Direttiva 95/46 CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Tra gli altri, vedasi a titolo esemplificativo i seguenti contributi: FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012; RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299; CUFFARO, RICCIUTO, ZENO ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999; PATTI, *Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 455; CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1049; ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 466; ID., *Il “consenso informato” e la “autodeterminazione informativa” nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 915.

³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, prgf. 3.

⁴ *Id.*, prgf. 18.



Quello che ai presenti fini interessa sono però, in particolare, i primi due motivi di doglianza lamentati da Facebook in ricorso e le ragioni per cui il Tar li ha ritenuti infondati.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento era viziato da difetto assoluto di attribuzione in quanto: 1) in mancanza di un corrispettivo patrimoniale e della conseguente necessità di tutelare un interesse economico dei consumatori, il rapporto con gli utenti non era qualificabile alla stregua di una “pratica commerciale”; 2) l’AGCM doveva ritenersi incompetente “*ratione materiae*”, essendo l’unica disciplina applicabile quella relativa alla tutela dei dati personali di cui al Regolamento UE 2016/679 (c.d. “*General Data Protection Regulation*”; in seguito “GDPR”).

In virtù della loro chiarezza, si riportano di seguito i principali passaggi argomentativi con cui viene motivata l’infondatezza delle doglianze sollevate da *Facebook*⁵: “le tesi di parte ricorrente presuppongono che l’unica tutela del dato personale sia quella rinvenibile nella sua accezione di diritto fondamentale dell’individuo [...]. Tuttavia, tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un “asset” disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assicurare alla funzione di “controprestazione” in senso tecnico di un contratto. A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell’individuo [...] sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network”⁶. Di qui, veniva ravvisata dal Collegio la sussistenza di una pratica commerciale ingannevole nel fatto che, a fronte del “*claim*” di gratuità del servizio offerto, il consumatore non veniva reso edotto con sufficiente chiarezza circa l’utilizzo commerciale dei dati forniti.

⁵ La trascrizione dei passaggi della sentenza costituenti la sua *ratio decidendi* risulta peraltro particolarmente utile e funzionale in considerazione del fatto che, nel prosieguo, ai fini dell’analisi che verrà compiuta, questi verranno espressamente e testualmente di nuovo richiamati.

⁶ Tar Lazio, 13 gennaio 2020, n. 261, cit., prgf. 6-8.



3. – La fondamentale premessa da cui il Tribunale amministrativo fa derivare la suscettibilità dei dati personali ad assurgere a controprestazione di un contratto di scambio è data dalla constatazione secondo la quale questi ultimi sono, per così dire, partecipi di una “doppia natura”: essi non soltanto costituiscono “espressione di un diritto della personalità dell’individuo”, ma anche un “asset disponibile in senso negoziale”. Occorre dunque, seppur brevemente, considerare più da vicino questa ambivalente caratterizzazione.

Il dato personale come “informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile”⁷ è senza dubbio, in primo luogo, attributo della persona; è in senso proprio un “frammento” dell’identità della persona cui si riferisce. In questo senso, non pare eccessivo affermare che il dato personale, sebbene in modo impalpabile e intangibile, “appartiene” alla persona tanto quanto ad essa “appartiene” il suo corpo. Anzi, di più, non soltanto le appartiene, ma (al pari del corpo) finisce con il coincidervi: ogni persona esiste nella sua singolare ed irripetibile individualità tanto sul piano della materia quanto (se non, forse, soprattutto) perché essa – ed essa soltanto – ha determinate aspirazioni e desideri, aspettative e timori, gusti, interessi, preferenze, credenze, valori e via dicendo. Ogni persona ha la sua irripetibile identità. E il dato personale altro non è se non un “tassello” di quest’ultima. Non si ritiene, dunque, necessario aggiungere altro per ben comprendere come il diritto alla tutela dei dati personali sia entrato a pieno titolo nel novero dei diritti della personalità e dei diritti fondamentali che trovano nell’art. 2 Cost. il loro più alto riconoscimento⁸.

Tanto premesso, facilmente si possono comprendere le ragioni che hanno portato la dottrina maggioritaria a considerare per lungo tempo il diritto in parola “esclusivamente”

⁷ Così il GDPR definisce il “dato personale” all’art. 4, par. 1, n.1.

⁸ M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 153; C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019; NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. infor.*, 2018, 28. Si rammenta, poi, che il diritto alla protezione dei dati personali, oltre ad essere espressamente sancito dall’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, trova tutela anche quale declinazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU. In merito all’evoluzione che, dalla tutela del diritto alla *privacy* (inteso “in negativo” quale *right to be let alone*), ha condotto, nel progressivo affermarsi della società dell’informazione, al riconoscimento (“in positivo”) del diritto al controllo sulle proprie informazioni, ovvero al c.d. diritto all’autodeterminazione informativa, vedasi, tra gli altri, RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583. Chiara e sintetica sulla cifra distintiva tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali FINOCCHIARO, *Il quadro d’insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101* a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2019, 5-8.



in questa luce, non vedendo⁹ – quasi affetta da ideologica sindrome *neglect* – come il dato personale fosse anche partecipe di una diversa natura, affatto attinente alla sfera morale e personale dell’individuo ed anzi ad essa in apparenza antitetica¹⁰: una natura prettamente patrimoniale che fa del dato personale una vera e propria “merce di scambio” tra gli operatori di un mercato che viene appunto definito come “il mercato delle informazioni”¹¹. Da più di due decenni, invero, la realtà del digitale (espressione da tempo ormai tutt’altro che ossimorica) costringe con crescente prepotenza lo studioso e l’operatore del diritto a prendere atto che la considerazione giuridica dei dati personali non può esaurirsi nel loro essere attributi della persona. I dati personali degli utenti della rete (si ritiene opportuno stressare ulteriormente il punto), infatti, costituiscono la “materia prima” di un processo produttivo in senso proprio: come la fibra tessile all’esito delle diverse fasi di lavorazione fisico-chimica effettuate nel contesto dell’omonima industria viene trasformata in tessuto, così i dati personali, elaborati e trattati in forma aggregata da sofisticati sistemi informatici di computazione algoritmica, sono in grado di produrre nuovi dati da cui originano “profili”, i quali, compiendo un percorso per così dire circolare, sono infine applicati a quegli stessi soggetti fornitori della materia prima quali destinatari di campagne di *marketing* personalizzate compiute appunto sulla base dei loro “personali” profili¹². Con un’immagine ormai tralatizia e quasi abusata, ma pur sempre

⁹ Vigorose in proposito le critiche di Ricciuto nei confronti dell’atteggiamento adottato dalla dottrina maggioritaria all’indomani della L. n. 675/1996 (la legge di attuazione della citata Direttiva 95/46 CE), la quale non avrebbe saputo cogliere la “possibilità” offerta da quest’ultima di ricostruire il fenomeno del trattamento dei dati “anche in chiave economica e di mercato”, preferendo invece concentrarsi in via esclusiva sul tema della sfera morale della persona soggetta al trattamento (cfr. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo* a cura di Cuffaro D’Orazio, Ricciuto, Torino, 2019, 25).

¹⁰ Ma proprio in merito alla opportunità di superare la tradizionale (rigida e netta) separazione tra diritti e interessi patrimoniali e non patrimoniali, vedasi SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 760.

¹¹ CAMARDI, *op. cit.*, *passim*.

¹² In questo senso, chiare le parole dell’AGCM per cui “una sempre più accurata profilazione dell’utenza consente infatti agli operatori di raggiungere target specifici di consumatori, indirizzando loro messaggi mirati, con crescenti livelli di personalizzazione” (Indagine conoscitiva sui Big Data, pubblicata il 10 febbraio 2020, p. 105, rinvenibile al seguente link: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/Big-Data-pubblicata-indagine-Agcom-Agcm-e-Garante-privacy>). Più in generale, in tema di profilazione e delle sue implicazioni, vedasi tra gli altri: BAYAMLIOĞLU, BARALIUC, JANSSENS, HILDEBRANDT, *Being profiled: cogitas ergo sum: 10 years of profiling the european citizen*, Amsterdam University Press, 2018; ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International, 2015; CUSTERS, CALDERS, SCHERMER, ZARSKY, *Discrimination and Privacy in the Information Society Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, 2013; HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, in HILDEBRANDT, GUTWIRTH, *Profiling the European citizen*, Springer, 2008;



senza dubbio evocativa, i dati personali possono così a buon diritto essere definiti “il petrolio del terzo millennio”¹³.

Ebbene, occorre mettere in evidenza che il legislatore europeo – istituzionalmente deputato a creare le condizioni per un funzionamento efficiente del c.d. mercato unico fondato sul pilastro ideologico della libera circolazione – non ha mancato di rilevare l’interesse patrimoniale sotteso ai dati personali sin dalla Direttiva 95/46 CE. Quest’ultima, infatti, all’art. 1, dopo aver affermato al paragrafo primo il dovere degli Stati membri di garantire “la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali”, sanciva altrettanto chiaramente al paragrafo secondo il divieto di restringere o vietare la libera circolazione dei dati stessi, rendendo così evidente che il dato personale, lungi dal costituire esclusivamente oggetto di un diritto fondamentale, era invece da riguardare (anche) quale bene circolante nel mercato. Si tratta di un’impostazione ribadita in modo ancora più pregnante con il già citato GDPR – adottato in sostituzione della Direttiva 95/46 – laddove all’art. 1 (rubricato “oggetto e finalità”), par. 1, statuisce: “il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati”. In altri termini, la normativa europea sui dati personali si dichiarava e si dichiara come disciplina del mercato dei dati¹⁴, senza d’altra parte dimenticare la particolare natura dei beni ivi circolanti che, come detto, costituiscono attributi della persona nonché og-

ZARSKY, “*Mine your Own Business!*”: *Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2003.

¹³ Si evidenzia che lo sfruttamento dei dati a fini di marketing personalizzato cui si è fatto sopra riferimento costituisce soltanto una delle molteplici manifestazioni di impiego redditizio dei c.d. *big data*. L’utilizzo dei dati pervade, infatti, pressoché ogni settore della vita pubblica e privata. Esemplicative in questo senso le considerazioni espresse dal Parlamento Europeo in una recente Risoluzione da cui si può leggere: “un numero crescente di società, imprese, enti e agenzie, organizzazioni governative e non governative (come pure il settore pubblico e quello privato in generale), leader politici nonché società civile, mondo accademico, comunità scientifica e cittadini nel complesso hanno sfruttato tali insiemi di dati e l’analisi dei Big Data per promuovere la competitività, l’innovazione, le previsioni di mercato, le campagne politiche, la pubblicità mirata, la ricerca scientifica e la definizione delle politiche nel settore dei trasporti, del fisco, dei servizi finanziari, delle città intelligenti, dell’applicazione della legge, della trasparenza, della salute pubblica e della risposta alle catastrofi, come pure per influenzare le elezioni e i risultati politici tramite, ad esempio, la comunicazione mirata [...]” (Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *Big Data* per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, rinvenibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_IT.html).

¹⁴ SENIGAGLIA, *op. cit.*, *passim*; CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1116.



getto di un diritto fondamentale dell'individuo. Un mercato, dunque, che per questo necessita di essere disciplinato attraverso regole e limiti¹⁵ e che al pari di altri mercati regolamentati è affidato alla vigilanza di un'apposita Autorità Garante¹⁶. E tuttavia, non c'è dubbio: di un mercato si tratta. In sintesi, il legislatore sovranazionale ha colto in pieno l'intrinseca ambivalenza che connota i dati personali approntando una disciplina che, consapevole di questa doppia natura, è conseguentemente tesa a realizzare un equo contemperamento tra gli interessi del mercato e le esigenze di tutela della persona.

In ultima analisi, inoltre, necessita ricordare che anche il formante dottrinale ha, per la verità, da qualche tempo abbandonato la tradizionale impostazione "parziale" che rifiutava di vedere e considerare il dato personale in chiave patrimonializzante¹⁷. Al pari di quanto riconosciuto per gli altri diritti della personalità¹⁸, da più parti, in conclusione, si ammette ormai che anche il diritto in parola non è estraneo alle logiche del mercato ed anzi, al contrario, vi è intimamente connesso e si presta pertanto ad entrare nel contratto e a farsi oggetto di atti dispositivi da parte di chi ne è titolare.

Come tuttavia si osserverà, se può quindi in definitiva trovarsi consenso intorno alla rilevata "doppia natura" dei dati personali, diverse sono le incertezze che ancora avvolgono le qualificazioni in termini contrattuali delle operazioni economiche che intorno a tali beni si svolgono.

¹⁵ Si pensi a titolo esemplificativo alle disposizioni del GDPR relative ai principi del trattamento (art. 5), alle condizioni di liceità (art. 6), ai principi di *accountability* e della c.d. *privacy by design e by default* (artt. 24 e 25). In generale, sulla disciplina approntata dal GDPR, vedasi CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, *op. cit.*; FINOCCHIARO *op. ult. cit.*; RICCIO, SCORZA, BELISARIO, *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Padova, 2018.

¹⁶ Cfr., RICCIUTO, *op. cit.*, 57; CAMARDI, *op. cit.*, 1062.

¹⁷ Vedasi, tra i numerosi contributi, SENIGAGLIA, *op. cit.*, *passim*; DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto, *op. cit.*, p. 1381; RICCIUTO, *op. cit.*; RESTA, ZENO ZENCHOVIC, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411.

¹⁸ Tra gli altri, THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

Incisive le considerazioni che svolge Senigaglia, secondo il quale "che il carattere pervasivo delle logiche di mercato abbia coinvolto anche interessi protetti da diritti personali [...] [è] ormai assunto a fatto notorio [...] La scienza giuridica è, ormai da lunga data, avvezza a fattispecie contrattuali aventi a oggetto "beni" personali, le quali hanno conosciuto un processo di tipizzazione sociale che è stato poi attratto nell'alveo degli interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c." (SENIGAGLIA, *op. cit.*, 763).



4. – Sul presupposto per cui i dati personali sono suscettibili di una valutazione economico-patrimoniale e costituiscono in questo senso oggetto di sfruttamento, il Tar afferma conseguentemente la loro idoneità ad “assurgere alla funzione di “controprestazione” in senso tecnico di un contratto”.

Il c.d. contratto di *social network* (così come peraltro qualunque altro contratto che, per l’accesso ad un servizio digitale, richiede che l’utente presti un consenso al trattamento di dati personali non necessari all’esecuzione dello stesso) non è quindi un contratto gratuito, bensì deve qualificarsi come oneroso. Il celebre motto di *Facebook*, “è gratis e lo sarà per sempre”, è dunque in senso tecnico ingannevole: dietro l’apparente gratuità del servizio, per accedere al quale non è richiesto un corrispettivo in denaro, si nasconde infatti un vero e proprio scambio di prestazioni poiché a fronte dell’accesso alla piattaforma digitale, l’utente del *social network* sopporta a sua volta un sacrificio giuridico-economico¹⁹ consistente appunto nella concessione della possibilità di sfruttamento dei propri dati personali²⁰.

Volendo compiere un passaggio ulteriore, si ritiene che, a ben vedere, non soltanto il contratto in esame debba qualificarsi come oneroso, ma possa più propriamente essere inserito nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive (la stessa sentenza del Tar utilizza il termine “controprestazione”). Secondo la più classica delle definizioni, tali sono i contratti in cui le prestazioni a carico delle parti “sono in rapporto di reciprocità, nel senso che ciascuna è fatta in ragione dell’altra, per contraccambiarla”²¹: nei contratti sinallagmatici la causa consiste nello scambio tra le prestazioni in quanto l’una trova la propria ragione di essere nell’altra. Ebbene, nel caso in esame risulta all’evidenza tale nesso di reciproca interdipendenza tra le prestazioni: da un lato, è agevole osservare che il consenso al trattamento dei dati personali non viene prestato in via, per così dire, occasionale o meramente contestuale alla fornitura del servizio di accesso alla piattaforma, bensì è prestato di necessità per potervi accedere; dall’altro lato, altrettanto scontata è la considerazione per cui, proprio perché si tratta di contratti che non prevedono a carico dell’utente il pagamento di un prezzo, il vantaggio ottenuto dal soggetto che fornisce il servizio deriva unicamente dal trattamento dei dati dell’utente e per questo chi offre il servizio medesimo ne subordina l’erogazione al predetto consenso al trattamento. In altri termini, il servizio di accesso al *social network* è fornito proprio in quanto e perché

¹⁹ Per la nozione di contratto oneroso, tra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 434 ss.

²⁰ Così RICCIUTO, *op. cit.*, p. 43; v. anche DE FRANCESCHI, *op. cit.*, 1381 ss.

²¹ ROPPO, *op. cit.*, 439.



l'utente presta il suo consenso al trattamento dei dati personali e, viceversa, l'utente presta il consenso al trattamento dei suoi dati proprio in quanto e perché diversamente non può accedere al servizio.

Una conferma della qualificazione così operata si può trarre dalla disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva 2019/770 UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, la quale, affermato al paragrafo primo che la disciplina ivi prevista trova applicazione rispetto a tutte quelle fattispecie contrattuali che vedono uno scambio tra la prestazione di fornitura di un contenuto o servizio digitale da un lato e la prestazione consistente nella corresponsione di un prezzo da parte del consumatore dall'altro, al paragrafo secondo estende l'ambito di applicazione della Direttiva medesima anche alle ipotesi in cui il consumatore, invece che corrispondere un prezzo, fornisce o si impegna a fornire dati personali. In altri termini, la richiamata Direttiva, nel confermare la possibilità di disporre dei propri dati personali deducendoli in contratto (è infatti espressamente escluso il caso in cui il trattamento si fondi su una c.d. "ragione di necessità"), non lascia alcun dubbio in merito al fatto che l'operazione economica così posta in essere integri un vero e proprio scambio sinallagmatico di prestazioni, esattamente al pari di quel rapporto di scambio in cui il consumatore invece che i propri dati corrisponde un prezzo²².

Qualificato il contratto in esame come oneroso e a prestazioni corrispettive, resta tuttavia da comprendere in che termini si atteggi la "cessione" dei dati personali.

La sentenza del Tar, in un passaggio sopra richiamato, nell'argomentare circa la suscettibilità del dato personale ad essere considerato alla stregua di bene negoziabile, lo descrive come "possibile oggetto di una compravendita". Sulla linea di tale affermazione occorrerebbe quindi concludere che il diritto di cui ogni individuo è titolare sui propri dati personali è un diritto di stampo proprietario che come tale viene traslativamente ceduto alla controparte in cambio della fornitura di un servizio. Ebbene, una ricostruzione in questo senso non può ritenersi condivisibile, non essendo una definitiva perdita del diritto in parola compatibile con la sua natura di diritto fondamentale. Il fatto che il dato personale si colori di una dimensione patrimoniale che gli consente di entrare nel contratto attraverso un atto di disposizione non può, in altre parole, comportare la soppres-

²² Cfr. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 775, il quale osserva peraltro che la differenza tra la prestazione di corresponsione del prezzo e quella di fornitura dei dati personali si riflette poi però sul piano rimediabile: mentre nel primo caso la risoluzione del contratto è accordata solo per difetti che non siano di lieve entità, nel secondo, in considerazione del fatto che il consumatore – per evidenti ragioni – non può beneficiare dell'alternativo rimedio della riduzione del prezzo, tale requisito non è invece richiesto ai fini della risoluzione.



sione della sua “altra faccia” di diritto della personalità irrinunciabile, intrasmissibile e inalienabile²³. Tanto è vero che l’art. 7, par. 3, GDPR sancisce il diritto, per il soggetto interessato da un trattamento di dati personali fondato sul consenso, di revocare tale medesimo consenso “in qualsiasi momento”, così determinando la cessazione dell’attività di trattamento²⁴.

Certamente allora non si tratta di “cessione traslativa” dei dati personali di cui il titolare del trattamento, controparte del contratto di scambio, possa dirsi divenire “proprietario”. A veder bene, quello che viene attribuito, dunque, non è affatto un diritto di proprietà sui dati, bensì piuttosto un diritto al trattamento dei dati personali, ovvero un diritto al loro sfruttamento economico secondo uno schema che sembrerebbe così riconducibile al trasferimento di un diritto personale di godimento²⁵.

Secondo un autore²⁶, di diritto di proprietà si potrebbe al limite parlare in riferimento al prodotto, o al “frutto”, dell’attività di trattamento, ovvero in riferimento a quel “nuovo bene” che viene generato in via derivata dallo sfruttamento dei dati personali: il c.d. profilo dell’interessato (cui si è accennato *supra* al par. 3), che in quanto “nuova informazione [...] è ormai sganciata dalla dimensione del dato personale secondo la definizione normativa”.

In merito a tale ultimo aspetto, sia consentito esprimere qualche dubbio sull’assunto secondo il quale il profilo derivante dal trattamento dei dati personali dell’interessato (e peraltro ad egli stesso destinato ad essere riapplicato, come sopra visto) sia “sganciato dalla dimensione del dato personale”. Per la verità, infatti, la definizione di “dato personale” di cui all’art. 4, par. 1, n. 1) GDPR risulta decisamente ampia, qualificandosi come tale “qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile”, laddove, inoltre, secondo il Parere reso dal “Gruppo di Lavoro Articolo 29”, i dati si devono considerare “riguardanti” una persona “se si riferiscono all’identità, alle caratteri-

²³ Circa i caratteri che contraddistinguerebbero i c.d. diritti fondamentali, vedasi, tra gli altri, GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 155-156; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, 2008.

²⁴ V. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 772-773, che chiarisce conseguentemente come nelle fattispecie in parola il diritto di revoca istituisca un diritto di recesso *ad nutum*.

²⁵ RICCIUTO, *op. cit.*, 48-49, il quale, per vero, se dall’un lato esclude senza riserve che si realizzi una cessione dei dati personali nel senso di un effetto traslativo del contratto che determina la circolazione dei dati stessi, dall’altro lato esprime perplessità in merito ai modelli di contratti di godimento invocabili, ravvisando delle incompatibilità tanto con riferimento al contratto di locazione quanto rispetto al contratto di affitto.

²⁶ *Ibidem*.



stiche o al comportamento di questa persona, o se tali informazioni vengono impiegate per stabilire o influenzare il modo in cui quella persona viene trattata o valutata”²⁷. Se si accetta quindi tale interpretazione, pochi dubbi residuerebbero in merito alla qualificabilità del profilo derivante dall’attività di trattamento alla stregua di un dato personale. Conseguentemente, non soltanto risulterebbe ad esso applicabile *in toto* la disciplina di cui al GDPR, ma, per quello che qui interessa, sarebbe – per quanto detto poco sopra – indubbiamente erroneo ritenerlo suscettibile di costituire oggetto di un diritto proprietario facente capo al titolare del trattamento sul quale l’interessato non abbia a esercitare alcuna forma di controllo²⁸.

5. – La sentenza in esame, nello statuire che, a fronte della rilevanza economica assunta dai dati personali, la loro “cessione” può assurgere a controprestazione in senso tecnico di un contratto di scambio, non prende tuttavia posizione in merito alla natura che deve essere attribuita al consenso al trattamento dei dati stessi.

Sul punto, la dottrina risulta sostanzialmente divisa tra coloro che vi attribuiscono natura di atto negoziale e coloro che, opponendosi a tale impostazione e qualificandolo come atto giuridico in senso stretto, vi ravvisano invece una scriminante o un atto a carattere autorizzatorio²⁹.

Il primo orientamento si fonda essenzialmente sulle seguenti considerazioni: se il dato personale ha (anche) natura patrimoniale e costituisce quindi un vero e proprio bene giuridico scambiabile sul mercato e disponibile da parte del soggetto titolare dello stesso³⁰, la cessione del diritto al trattamento dei dati deve essere ricondotta nell’ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti³¹. In altri termini, il consenso al trattamento deve quali-

²⁷ Articolo 29 Gruppo di Lavoro per la Protezione dei Dati Personali, Parere n. 4/2007 sul concetto di dati personali, 20 giugno 2007.

²⁸ Ad ogni modo, la possibilità di considerare il profilo alla stregua di un dato personale non è invero pacifica. Sul punto, vedasi in particolare WACHTER, MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, 22.

²⁹ Vedasi, tra gli altri contributi in cui viene affrontato il tema, oltre a quelli che verranno nel prosieguo citati, ASTONE, *L’accesso dei minori d’età ai servizi della c.d. Società dell’informazione: l’art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 626 ss.; CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 82 ss.; NADDEO, *op. cit.*, 27 ss.

³⁰ Cfr. ZENO ZENCOVICH, “Cosa” (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1987, 438.

³¹ Così RICCIUTO, *op. cit.*, *passim*; OPPO, “Trattamento” dei dati personali e consenso dell’interessato,



ficarsi come un vero e proprio atto di disposizione compiuto da un soggetto – l’interessato dal trattamento – su di un bene – i dati personali – facente parte del proprio patrimonio. Secondo i sostenitori di tale impostazione, inoltre, la natura negoziale del consenso non sarebbe smentita dalla previsione di cui all’art. 7, par. 3, GDPR che attribuisce al soggetto che ha disposto dei suoi dati il potere di revocare il consenso medesimo ponendo fine al trattamento. Tale norma si spiegherebbe, infatti, in considerazione della peculiare (doppia) natura del bene oggetto di disposizione, il quale, pur presentando – con le conseguenze ora viste in termini di inquadramento dogmatico – carattere patrimoniale, non smetterebbe, per il sol fatto di essere stato “ceduto”, di essere anche attributo della persona. Di qui, la previsione di una norma quale quella richiamata che, seppur all’apparenza poco coerente con una ricostruzione del fenomeno in termini contrattuali, si giustifica in quanto riconducibile a non rinunciabili esigenze di tutela della persona in considerazione, appunto, della natura (anche) personale del bene oggetto di atto dispositivo. Una vicenda, dunque, senza dubbio contrattuale in considerazione della patrimonialità del dato personale e dello spostamento di ricchezza che attraverso la sua cessione si realizza, e tuttavia “temperata” da speciali regole che tengono in conto e tutelano la dimensione personale e non patrimoniale del dato medesimo.

Come anticipato, secondo una diversa ricostruzione, il consenso al trattamento dei dati personali deve, all’opposto, qualificarsi come atto giuridico in senso stretto. Tra i sostenitori di tale posizione, inoltre, si può ulteriormente distinguere tra coloro che vi ravvisano una scriminante e coloro che invece qualificano il consenso alla stregua di un atto meramente autorizzatorio.

Il primo orientamento si fonda sulla premessa secondo la quale il trattamento di dati personali, in quanto attività lesiva di attributi della persona, è da considerarsi attività in sé antiggiuridica: la manifestazione di volontà dell’interessato, riconducibile alla scriminante del consenso dell’avente diritto di cui all’art. 50 c.p., avrebbe così la funzione di escludere l’illiceità della condotta di trattamento³². Un autore³³, in particolare, fonda tale

in ID., *Scritti giuridici*, VI, Principi e problemi del diritto privato, Padova, 2000, 113; CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in CUFFARO, RICCIUTO, ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, 121; ZENO ZENCOVICH., *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in CUFFARO, RICCIUTO, ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, 168; CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, 619.

³² Così PATTI, *Commento all’art. 23*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice della privacy”)*, a cura di Bianca Busnelli, Padova, 2007, 553; ID., *Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 455.

³³ CAGGIANO, *op. cit.*, 84-85.



impostazione sulla base di un duplice argomento di carattere letterale e sistematico. Partendo dal dato per cui le disposizioni del GDPR che individuano nel consenso dell'interessato una delle basi giuridiche del trattamento sono gli artt. 6 e 9, si osserva che, se, dall'un lato, l'art. 9 GDPR, relativo a "particolari categorie di dati", sancisce un espresso divieto di trattamento (e dunque il consenso può facilmente rispetto a questo configurarsi quale causa di esclusione dell'antigiuridicità), dall'altro lato l'art. 6 del Regolamento individua nel consenso una "non meglio specificata *condicio iuris*" del trattamento. Ebbene, secondo tale posizione, a fronte della rilevata mancanza di specifiche indicazioni da parte del legislatore europeo circa il trattamento di dati diversi da quelli di cui all'art. 9 GDPR, esigenze di carattere sistematico impongono una ricostruzione del consenso in chiave unitaria: e dunque, alla luce dell'indicazione ricavabile dalla lettera del citato art. 9 GDPR e considerata inoltre la funzione che il consenso svolge anche in diversi ambiti (come nel caso di consenso ad un trattamento terapeutico), si giunge alla conclusione per cui anche il consenso di cui all'art. 6 GDPR deve essere qualificato alla stregua di una scriminante.

Quanto al secondo orientamento che pure nega al consenso natura negoziale, il presupposto su cui esso si fonda è antitetico rispetto a quello appena illustrato: il trattamento di dati personali, lungi dal costituire attività di per sé illecita, integrerebbe, all'opposto, attività di per sé riconosciuta dall'ordinamento come lecita (seppure al ricorrere di determinate condizioni)³⁴. Più in particolare, l'ordinamento giuridico non vieterebbe affatto la circolazione dei dati personali, approntando una disciplina tesa invece ad esaltarne la libera circolazione. Nel quadro della disciplina europea, inoltre si osserva, il consenso al trattamento non costituisce altro che una delle diverse basi giuridiche su cui il trattamento stesso si può legittimamente fondare ex art. 6 GDPR. Il potere del titolare del trattamento di determinare mezzi e finalità di questo, in altri termini, non discenderebbe in via derivativa dal consenso dell'interessato, bensì gli sarebbe in via autonoma riconosciuto dall'ordinamento al ricorrere di una serie alternativa di circostanze (quelle appunto indicate dall'art. 6 GDPR), tra le quali il consenso dell'interessato. Di qui, il diritto a

³⁴ Per le considerazioni che seguono, vedasi, su tutti, BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, 34; ID., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim* e, in particolare, 107 ss. Riconducono il consenso al trattamento ad un atto autorizzatorio anche, tra gli altri, RICCIO, *Sub artt. 23-27*, in *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, diretto da Sica, Stanzone, Bologna, 2004, 98 e MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 35.

JUS CIVILE



trattare dati personali viene ricostruito (quasi alla stregua di un interesse legittimo pre-tensivo) nei termini di una situazione giuridica soggettiva “in aspettativa” – se così si può dire – o in attesa di espansione: al sussistere di una delle condizioni di cui al citato art. 6 GDPR, tale diritto autonomo, ma “sospeso”, di trattare dati personali, espandendosi, passerebbe così, in termini aristotelici, dalla potenza all’atto. Secondo tale ricostruzione, le c.d. condizioni di liceità previste dal Regolamento europeo, tra le quali figura anche il consenso dell’interessato, andrebbero così a rimuovere un ostacolo all’esercizio di una preesistente situazione soggettiva attiva facente capo al titolare del trattamento. Ricostruito il fenomeno in questi termini, il consenso acquisterebbe pertanto natura “autorizzatoria di tipo integrativo e non costitutivo”³⁵, riferendosi ad una situazione preesistente e rispetto alla quale svolgerebbe una funzione, appunto, integrativa andando, come visto, a rimuovere un ostacolo o un limite ad un potere che l’ordinamento già riconosce al titolare del trattamento. Si spiegherebbe così pertanto anche il senso della disposizione di cui all’art. 7, par. 3, GDPR: nel momento in cui l’interessato revoca il suo consenso, egli altro non farebbe se non ricostituire quel limite o ostacolo che aveva precedentemente rimosso. In sintesi, non si tratta di un diritto in capo all’interessato che viene negoziabilmente ceduto al titolare del trattamento, bensì di un diritto in capo al titolare del trattamento il cui esercizio, integrante un’attività di per sé lecita, viene autorizzato dall’interessato.

Rinviando a poco più avanti l’esposizione delle ragioni per cui si ritiene preferibile aderire alla ricostruzione che vede nel consenso un atto di natura negoziale (specialmente – ma non soltanto – laddove si tratti, come nel caso di cui al presente contributo, di un consenso prestato a fronte ed in ragione di una controprestazione), si ritiene opportuno spendere qualche parola in merito all’orientamento da ultimo presentato. Il motivo per cui tale posizione, per quanto argomentata ed autorevole, non convince del tutto si può riassumere come segue. Secondo il dato letterale di cui all’art. 6 GDPR, “il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni [...]”: da tale indicazione sembrerebbe potersi ricavare in modo piuttosto lineare che la situazione soggettiva attiva consistente nel diritto a trattare dati personali esiste solo in tanto in quanto ricorre, come elemento costitutivo della fattispecie, almeno una delle condizioni indicate dalla disposizione citata; al contrario, in assenza di queste, l’attività di trattamento deve senz’altro considerarsi priva di fondamento e illecita. In sintesi e, forse, ba-

³⁵ BRAVO, *op. cit.*, 42, ove si richiama la distinzione tra autorizzazione integrativa e costitutiva operata da AURICCHIO, “Autorizzazione” (voce), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 502.



nalmente, non si vede perché si debba configurare l'esistenza di un diritto "in attesa di espansione", il cui esercizio, ovvero, attenderebbe la rimozione di un ostacolo, se la lettera della disposizione sembra invece assumere che tale diritto possa dirsi esistente solo se ed in quanto sussiste una delle identificate condizioni di liceità, in assenza delle quali, si ribadisce, l'attività di trattamento, lungi dall'essere considerabile "di per sé" come lecita, sarebbe, all'opposto, illecita: per questa via, parrebbe dunque preferibile, tra le due tesi a sostegno della natura non negoziale del consenso, quella che ricostruisce le condizioni di liceità *ex art. 6 GDPR* alla stregua di scriminanti la cui funzione è quella di eliminare una situazione che diversamente sarebbe anti-giuridica.

Ora, ricostruite le principali posizioni della dottrina sul tema, è opportuno tornare a considerare la sentenza da cui il presente contributo ha preso le mosse.

Ebbene, se, a prima vista, quanto affermato dal Tar circa la possibilità che i dati personali costituiscano oggetto di una vera e propria controprestazione potrebbe portare a vedere confermata l'impostazione di chi ricostruisce in termini negoziali il consenso al trattamento, occorre tuttavia notare che una simile automatica conclusione sarebbe invero piuttosto affrettata, oltre che poco argomentata. Sul punto, infatti, la sentenza non offre per vero, come già anticipato, sufficienti e decisive indicazioni, prestandosi quanto in essa statuito ad essere ricostruito secondo un duplice schema.

Più in particolare, la fattispecie rappresentata dal Tar potrebbe, alternativamente, essere così ravvisata: a) il soggetto interessato presta un consenso negoziale alla conclusione di un contratto nel cui oggetto viene dedotto, in funzione di scambio, il consenso autorizzatorio al trattamento dei dati personali; b) il soggetto interessato presta un unico consenso negoziale alla conclusione di un contratto con il quale, in cambio di un servizio digitale, conferisce alla controparte un diritto di sfruttamento dei dati personali.

Iniziando con l'analisi dell'ipotesi *sub a)*, si sostiene che il consenso al trattamento dei dati non perderebbe, per il sol fatto di essere "contrattualizzato", la sua natura autorizzatoria: la "rimozione del limite" all'esercizio del diritto facente capo al titolare del trattamento potrebbe infatti bene essere dedotta in contratto in funzione di scambio rispetto ad una controprestazione. Nell'accordo di natura contrattuale – fondato, naturalmente, su di un consenso negoziale – si verrebbe così "ad inserire" l'atto autorizzatorio, senza che il primo possa di per sé dirsi sostituire e inglobare quest'ultimo. I due consensi, autonomi e di diversa natura, ben possono così convivere essendo tra loro "funzionalmente collegati"³⁶. La patrimonialità del dato personale e la sua deducibilità in con-

³⁶ Così, BRAVO, *op. ult. cit.*, 45.



tratto, dunque, non sarebbero affatto in conflitto con una ricostruzione in termini non negoziali del consenso, né la struttura contrattuale dell'operazione complessiva determinerebbe di necessità la sua natura negoziale³⁷. Pertanto, come osserva in particolare un autore, il consenso dell'interessato al trattamento partecipa al contratto "in funzione conformativa dell'oggetto"³⁸: quel consenso che, infatti, tra gli altri requisiti, deve necessariamente essere informato e specifico circa le finalità del trattamento (cfr. art. 6, par. 1, lett. a) GDPR), determina in ultima analisi (e proprio in virtù di tali caratteristiche) l'oggetto del contratto³⁹.

Secondo i sostenitori di tale posizione, l'autonomia del consenso al trattamento dei dati rispetto al consenso negoziale relativo alla conclusione del contratto sarebbe, peraltro, ricavabile testualmente da almeno due disposizioni e, segnatamente, dagli artt. 8, par. 3, e 7, par. 2, GDPR. Circa la prima, si osserva che, dopo avere disposto al paragrafo 1 la possibilità per il minore che abbia compiuto i 16 anni di esprimere validamente il consenso al trattamento dei propri dati quando si tratti di offerta diretta di servizi della società dell'informazione, il paragrafo terzo statuisce che tale citata norma "non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore": facendo salva la disciplina relativa alla validità ed efficacia del contratto, la disposizione in parola distingue così, all'evidenza, i due profili relativi, da un lato, alla manifestazione del consenso al trattamento e, dall'altro, alla manifestazione di volontà negoziale⁴⁰. Circa la seconda disposizione richiamata, essa invece statuisce che "se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie [...]": in altri termini, la manifestazione del consenso al trattamento dove intendersi come "altra" e perciò essere distinta rispetto alle ulteriori manifestazioni di volontà relative

³⁷ Cfr. anche DE FRANCESCHI, *op. cit.*, 1385-1386, il quale, nel sostenere la negoziabilità dei dati personali alla luce della loro suscettibilità di valutazione economica, afferma così (senza mai mettere in dubbio la natura autorizzatoria del consenso al loro trattamento e prendendola, anzi, per postulata) che, all'interno di un accordo contrattuale, la fornitura dei dati e il consenso assurgono a controprestazione entrando nell'oggetto del contratto.

³⁸ SENIGAGLIA, *op. cit.*, 770.

³⁹ *Ibidem*. L'autore, di qui, trae i due corollari per cui, in primo luogo, non potrebbe in tale contesto operare la regola della determinabilità dell'oggetto, ma solo quella della sua necessaria determinatezza e per cui, in secondo luogo, la sua mancanza o il suo difetto di specificità comporterebbero la nullità del contratto ex art. 1418, co. 2, c.c.

⁴⁰ Cfr. anche CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, in SENIGAGLIA (a cura di), *op. cit.*, 124.



alla medesima operazione⁴¹. Da tale indicazione, la fattispecie contrattuale che si sta esaminando è stata così acutamente ricostruita nei termini di un “atto oggettivamente complesso, rispetto al quale «la complessità nasce non da una pluralità di volontà di distinti soggetti, ma da una pluralità di volontà di uno stesso soggetto, volontà che, differenziandosi tra loro per il contenuto, si esteriorizzano in un unico atto»”⁴².

Si consideri ora l’ipotesi *sub b*), la quale, lo si anticipa, per le ragioni che verranno esposte, pare preferibile. Ebbene, a sostegno della tesi che configura il consenso al trattamento alla stregua di un atto di natura negoziale e che vede quindi nel contratto in parola la prestazione di un unico consenso di tale natura, possono invocarsi due argomenti di carattere letterale e un argomento di carattere dogmatico.

Circa i primi due, essi invero si fondano sulle medesime disposizioni di cui agli artt. 8, par. 3, e 7, par. 2, GDPR già sopra richiamate a sostegno della tesi opposta. In merito all’art. 8, par. 3, è stato, infatti, osservato che se il consenso del minore non avesse carattere negoziale, non vi sarebbe alcun bisogno di una disposizione che faccia salva la disciplina generale sulla efficacia e validità del contratto prevista dagli ordinamenti nazionali (che precludono la possibilità per il minore di compiere validamente atti negoziali). Al contrario, proprio il fatto che tale disposizione si preoccupi di specificare che restano impregiudicate le disposizioni generali del diritto dei contratti induce a ritenere che, nel consentire al soggetto (almeno) sedicenne di prestare il proprio consenso al trattamento dei dati a fronte di un’offerta di servizi della società dell’informazione, il Regolamento europeo abbia voluto prevedere una speciale ipotesi di capacità d’agire e abbia dunque inteso che l’operatività di tale consenso sia esattamente da collocare sul piano del diritto dei contratti⁴³. In merito invece all’art. 7, par. 2, si ritiene di dover evidenziare che esso disciplina l’ipotesi di un consenso prestato “nel contesto di una dichiarazione che riguarda anche altre questioni”: a veder bene, la fattispecie di cui ci si sta occupando – un contratto di scambio tra la fornitura di un servizio digitale da un lato e la possibilità di utilizzazione economica di dati personali dall’altro – non pare, per la verità, corrispondere alla fattispecie descritta dalla citata disposizione. Mentre, infatti, in quest’ultima sono presenti “più questioni”, tra le quali il consenso al trattamento dei dati, nell’ipotesi di cui alla sentenza in esame la questione è unica ed è, appunto, lo scambio di cui si è detto. In altri termini, un conto sarebbe se, nell’ambito di un contratto di scambio tra due prestazioni,

⁴¹ SENIGAGLIA, *op. cit.*, 773-774.

⁴² *Ibidem*, ove, in nota, si richiama LUCIFREDI, “Atti complessi” (voce), in *Noviss. dig. It.*, I, t. 2, Torino, 1957, 1503.

⁴³ Per tale ricostruzione, vedasi RICCIUTO, *op. cit.*, 55-56.



in via ulteriore ed accessoria fosse *anche* richiesto di prestare un consenso al trattamento dei dati (si pensi al caso di accesso ad un servizio a pagamento per cui sia richiesta, a parte, la prestazione del consenso al fine dell'invio di materiale pubblicitario); ma ben diverso è il caso – quale è quello in esame – se il diritto al trattamento dei dati, lungi dall'essere “accessorio”, costituisce invece proprio la prestazione in ragione della quale esiste l'altra. Nel primo caso, la manifestazione del consenso al trattamento può essere concepita come “altra” e in quanto tale tenuta distinta rispetto ad ulteriori manifestazioni di volontà; nel secondo caso, ben può invece ravvisarsi un'unica manifestazione di volontà: quella diretta allo scambio “dati contro fornitura di un servizio”.

Ora, se l'argomento appena esposto può, forse, dimostrare l'esistenza di un unico consenso negoziale, occorre tuttavia sottolineare che la sua efficacia dimostrativa è, come detto, a ben vedere riferibile alle sole ipotesi di cui si sta trattando, ovvero quelle fattispecie in cui si ha un contratto di scambio in cui la cessione di un diritto di utilizzazione economica di dati personali costituisce una delle prestazioni che vengono, appunto, scambiate.

A sostegno invece di una “generale” qualificazione del consenso al trattamento dei dati in termini negoziali si ritiene invocabile un argomento di carattere prettamente dogmatico.

Occorre prendere le mosse dalla nota distinzione operata dalla dottrina tra atto giuridico in senso stretto e negozio giuridico. Secondo la tradizionale manualistica⁴⁴, la precipua differenza tra le due nozioni risiede nel ruolo che deve essere attribuito alla volontà del soggetto che pone in essere l'atto: mentre nel caso di atto giuridico in senso stretto la volontà viene in considerazione quale mero presupposto, essendo le conseguenze dello stesso già predeterminate dall'ordinamento senza che la medesima volontà del soggetto rilevi ai fini degli effetti giuridici che ne discendono, nel caso del negozio giuridico, all'opposto, la volontà di chi lo pone in essere è volta non soltanto al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione dei suoi effetti giuridici, per cui le modificazioni delle situazioni giuridiche soggettive che ne discendono devono direttamente ricollegarsi a quest'ultima⁴⁵.

⁴⁴ Vedasi, tra gli altri, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017, 90; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 206.

⁴⁵ Per evidenti ragioni, non può in questa sede trovare spazio l'approfondimento della nota diatriba che ha visto contrapposte le c.d. tesi soggettive ed oggettive sulla figura del negozio giuridico, secondo le quali – rispettivamente – gli effetti del negozio devono direttamente ricondursi alla volontà del soggetto ovvero all'ordinamento giuridico. In proposito, per una completa ricostruzione del tema, vedasi, su tutti, FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004.



Ebbene, se, come già sopra ricordato, il consenso al trattamento che esprime l'interessato deve essere informato e specifico, ciò significa che gli effetti giuridici che ne derivano – il trattamento è lecito solo per quelle determinate finalità e non per altre – sono invero direttamente ricollegabili alla volontà del soggetto che presta il consenso stesso. Benché le finalità del trattamento siano unilateralmente predeterminate dal titolare del medesimo e benché, dunque, l'interessato non abbia alcun ruolo nella determinazione di queste (non potendo fare altro che aderire o non aderire ad un regolamento di interessi già predisposto), ciò non toglie che, al pari di quanto si direbbe per ogni altro contratto “per adesione”, è soltanto in virtù della sua manifestazione di volontà che quegli specifici effetti giuridici si producono. L'atto di prestazione del consenso non rileva, in altri termini, quale atto “meramente volontario”, ovvero quale “semplice” manifestazione di volontà, essendovi ravvisabile una volontà ulteriore: la volontà degli effetti giuridici che ne derivano, ovvero che il trattamento dei dati cui si acconsente sia lecito solo se e fin tanto che si svolga per quelle individuate e specifiche finalità e non per altre. Mentre nel caso delle condizioni di liceità diverse dal consenso è invero configurabile in capo al titolare del trattamento un potere (o persino un dovere) di trattare dati personali per finalità predeterminate dall'ordinamento e rispetto alle quali un consenso non risulta necessario, nel caso della condizione di liceità costituita dal consenso l'interessato invece esprime una volontà che è precisamente diretta a rendere lecito un trattamento di dati personali per finalità specifiche e determinate dal titolare e a cui egli, appunto, aderisce manifestando la sua volontà in tal senso.

In conclusione, si ritiene di potere affermare che il consenso al trattamento dei dati personali ha carattere negoziale non tanto o non solo in considerazione del fatto che, alla luce della natura (anche) patrimoniale dei dati, il soggetto interessato ne possa disporre “cedendoli” (eventualmente) a fronte di una controprestazione, quanto piuttosto in considerazione del fatto che, nel rendere lecito il trattamento stesso, egli manifesta una volontà che si caratterizza per essere rivolta alla determinazione di quegli specifici effetti che, pur predeterminati dal titolare, si possono realizzare solo in tanto in quanto sia egli stesso, appunto, ad approvarli esprimendo il suo consenso, (eventualmente anche) in cambio di una controprestazione.

The article carries out some reflections arising from the analysis of an innovative ruling of Tar Lazio (judgment n. 260 of 10 January 2020) in the matter of “social network contract”. The ruling sets an original precedent insofar as it qualifies the consent to the processing of personal data given for access to a social network service as the consider-

JUS CIVILE



ation of the contract. Having reported the case from which the sentence originated and the essential logical-argumentative passages of the ruling, attention will be focused on the debated issue of the legal nature of consent to the processing of personal data. After observing that the ruling does not expressly take a position on the point, it will be illustrated the arguments on the basis of which it is believed to adhere to the minority thesis which qualifies the consent to the processing of personal data as a juristic act.