

LA DIRETTIVA (UE) 2019/770: I DATI PERSONALI QUALE  
CORRISPETTIVO NEI CONTRATTI DI FORNITURA DI  
CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI E LE INERENTI RICADUTE SUL  
DIRITTO DELLA PRIVACY

*DIRECTIVE (EU) 2019/770: PERSONAL DATA AS CONSIDERATION  
IN CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL  
SERVICES AND THE INHERENT IMPACT ON PRIVACY LAW*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1740-1777*



Francesca  
FERRETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

**RESUMEN:** Con l'approvazione della direttiva (UE) 770/2019, il legislatore dell'Unione europea ha espressamente disciplinato, per la prima volta, l'operazione negoziale - già diffusa nella prassi economica - dello scambio tra contenuto o servizi digitali e fornitura di dati personali da parte dell'utente, in un'ottica di apparente gratuità della prestazione ricevuta.

Il presente contributo, dopo aver posto l'attenzione sulla natura e sui requisiti del trattamento dati, analizza le potenziali interferenze tra i profili di privacy e di diritto contrattuale, anche alla luce dei rimedi previsti per l'ipotesi di difetto di conformità. La lettura sistematica della direttiva ne conferma la posizione di continuità, in chiave contrattuale, con la "doppia anima" già propria del GDPR, alla ricerca di un bilanciamento tra la logica mercantile della commodification dei dati personali, e la visione personalistica, orientata alla tutela della privacy come diritto fondamentale.

**PALABRAS CLAVE:** Contratti di scambio; privacy; contenuto e servizi digitali; consenso al trattamento dati; difetto di conformità.

**ABSTRACT:** *With the adoption of Directive (EU) 770/2019, the European Union legislator has expressly regulated, for the first time, the contract - already widespread in economic practice - relating to the exchange between digital content or services and the provision of personal data by the user, in the perspective of apparent gratuity of the received performance.*

*This contribution, after focusing on the nature and requirements of data processing, analyzes the potential interferences between the profiles of privacy and contract law, also in the light of the remedies provided for the hypothesis of defect of conformity. The systematic reading of the directive confirms the position of continuity, in a contractual key, with the "double soul" already proper to the GDPR, in search of a balance between the mercantile logic of the commodification of personal data, and the personal vision, oriented to the protection of privacy as a fundamental right.*

**KEY WORDS:** Exchange contracts; privacy; digital content and services; consent to data processing; defect of conformity.

**SUMARIO.- I. PREMESA.- II. I RAPPORTI OGGETTO DELLA DISCIPLINA: I CONTRATTI DI FORNITURA DI CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI E LA CESSIONE DEI DATI PERSONALI DA PARTE DELL'UTENTE.- III. IL RUOLO DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DATI NEL DIRITTO DEI CONTRATTI.- I. I modelli di qualificazione del consenso.- 2. I requisiti del consenso.- 3. Gli obblighi di informazione precontrattuale: rilettura in chiave evolutiva delle nozioni di "prezzo" e "pagamento".- 4. La revoca del consenso.- IV. LA VIOLAZIONE DEL GDPR QUALE DIFETTO DI CONFORMITÀ.- V. IL DATO PERSONALE TRA VISIONE PERSONALISTICA E NEGOZIALE.- VI. CONCLUSIONI: LA RILEVANZA SISTEMATICA DELLA DIRETTIVA.**

## I. PREMESA.

Il 20 maggio 2019 il Parlamento europeo e il Consiglio, al fine di adeguare la disciplina esistente negli Stati membri ai cambiamenti imposti da un'economia sempre più condizionata dall'evoluzione tecnologica, hanno approvato due direttive rilevanti nell'ambito della Strategia per il mercato unico digitale in Europa<sup>1</sup>. Si è trattato, rispettivamente, della Direttiva (UE) 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali<sup>2</sup>, e della Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni di consumo<sup>3</sup>. Esse costituiscono l'esito, in una duplice versione, di un travagliato iter legislativo durato quasi 4 anni<sup>4</sup> e presentano una struttura molto simile, tanto da essere state definite "direttive gemelle"<sup>5</sup>.

- 1 La policy dell'Unione europea ha costantemente valorizzato le potenzialità del Digital single market, come chiarito nel documento "Shaping Europe's digital future. Shaping the Digital single market" per il periodo 2014-2019, disponibile su <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>: le due direttive 770/2019 e 771/2019 ne hanno costituito l'applicazione degli aspetti contrattuali. Con riguardo all'attuale strategia europea per il digitale, *vid.* il documento "A Europe fit for the digital age", disponibile su [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en). Per approfondimenti, *vid.* El SABI, S.: "Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il 'digital consumer' nel Mercato Unico Digitale", *giustiziacivile.com*, 2021, n. 4, pp. 1-26.
- 2 Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, G.U.U.E. del 22.5.2019, L 136/1.
- 3 Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, G.U.U.E. del 22.5.2019, L 136/28.
- 4 Le direttive in esame rappresentano l'esito di un progetto organico fallito, che avrebbe dovuto condurre all'emanazione di un regolamento relativo a un diritto comune europeo per la vendita, *cd.* CESL. Per una sintetica ma esaustiva rassegna delle fasi del progetto, si vedano ALPA, G.: «Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea», *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 825-830 e BOZZI, L.: "Le proposte di direttiva sui contratti di vendita "on line" e sulla fornitura di contenuti digitali e la disciplina delle obbligazioni restitutorie - un tentativo (riuscito?) di bilanciamento dei contrapposti interessi", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, vol. 4, n. 1, pp. 603-634.
- 5 L'espressione è stata utilizzata sia da CAMARDI, C.: "Le regole speciali dettate per i "beni con elementi digitali" e la nozione di difetto di conformità nella dir. 2019/770/UE sui contratti per la fornitura di

### • Francesca Ferretti

Doctoranda en Legal and Social Sciences,  
Curriculum in Civil Law and Constitutional Legality  
Universidad de Camerino, Italia  
Dirección de correo electrónico: francesca.ferretti@unicam.it; francescaferretti1995@gmail.com

Il rapporto tra le due direttive è connotato in termini di complementarità, come chiarito anche dal Considerando 20 della direttiva 770 - che trova riscontro nel parallelo ed opposto Considerando 13 della direttiva 771 - secondo cui “la presente direttiva e la direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbero integrarsi a vicenda (...)”. La linea di confine circa l’ambito oggettivo di operatività dei due testi europei cade sulla categoria dei “beni con elementi digitali”, menzionata sia dalla direttiva 770, per escluderla dal proprio ambito di operatività (art. 3 par. 4), sia dalla direttiva 771, al fine di ricomprenderla (art. 3 par. 3). Un bene con elementi digitali è un bene che incorpora o è interconnesso con un contenuto o un servizio digitale, in modo tale che la mancanza di tale contenuto o servizio impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene, come previsto dall’art. 2 n. 3) della Direttiva 770 e dall’art. 2 n. 5) lett. b) della direttiva 771, di identico contenuto)<sup>6</sup>.

Come disposto ai rispettivi articoli 24 delle direttive, esse dovranno essere recepite entro il 1° luglio 2021, per trovare poi applicazione a partire dal 1° gennaio 2022. Con riguardo al panorama italiano, il 22 aprile 2021 è stata approvata la legge di delegazione europea 2019-2020 n. 53 del 2021, che ha dato avvio al recepimento di una serie composta di atti dell’Unione europea, comprensiva anche delle due direttive citate<sup>7</sup>. Il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva gli schemi dei decreti legislativi di attuazione il 29 ottobre 2021, prevedendo alcune modifiche al d.lgs. n. 206 del 2005 (cd. codice del consumo), per adeguarlo ai due testi europei sopra citati<sup>8</sup>.

Entrambe le direttive sembrano orientate ad un criterio di massima armonizzazione<sup>9</sup>, dal momento che il disposto di cui agli articoli 4 preclude agli

---

contenuti e servizi digitali”, intervento al seminario *L’armonizzazione (quasi) completa delle discipline nazionali dei contratti di compravendita mobiliare*, tenutosi presso l’Università di Ferrara il 30 maggio 2019, sia da ADDIS, F.: “Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771”, nel seminario tenutosi presso l’Università di Roma “La Sapienza”, il 21 giugno 2019.

- 6 Per approfondimenti, si vedano le riflessioni di QUARTA, A.: “La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale”, *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 1013-1028.
- 7 Legge 22 aprile 2021, n. 53, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020, G.U. n.97 del 23.04.2021.
- 8 Si rinvia al sito ufficiale della Presidenza del Consiglio dei Ministri: <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/notizie/cdm-29-ottobre-2021/>. In particolare, in attuazione della direttiva (UE) 2019/771, che detta la disciplina per armonizzare determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni, si modifica il capo I del titolo III della parte IV del codice del consumo (decreto legislativo n. 206 del 2005) che reca la disciplina dei contratti di vendita, delle garanzie di conformità e dei diritti del consumatore; saranno inoltre introdotte nuove disposizioni nel codice del consumo, al fine di adeguare la normativa italiana alla direttiva 2019/770, che disciplina determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali conclusi tra consumatore e professionista, fra i quali la conformità del bene al contratto, i rimedi in caso di difetto di conformità o di mancata fornitura, nonché la modifica del contenuto o del servizio digitale..
- 9 BERTELLI, F.: «L’armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore», *Europa e diritto privato*, 2019, n. 4, pp. 953-993. Vid. anche FERRANTE, E.: “Thirty Years of CISG: International Sales, ‘Italian Style’”, *The Italian Law Journal*, 2019, n. 1, pp. 87-130, disponibile su <https://www.theitalianlawjournal.it/ferrante/>, che sottolinea come il superato paradigma dell’armonizzazione minima abbia condotto a “divergent and fairly ineffective implementation by international laws”.

Stati il mantenimento o l'adozione di norme interne divergenti da quelle europee, incluse quelle volte a garantire al consumatore un diverso livello di tutela, a differenza dell'art. 8 dell'abrogata direttiva 1999/44/CE<sup>10</sup> in tema di vendita e di garanzie di beni di consumo, che lasciava la possibilità agli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni in grado di assicurare un livello di tutela più elevato al consumatore, al fine di derogare "in melius" alla disciplina comunitaria (art. 8 comma 2)<sup>11</sup>.

Nondimeno, tale pur auspicabile livello di armonizzazione potrebbe in concreto non essere raggiunto, stante la clausola di salvaguardia nell'inciso in apertura agli articoli 4 ("salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva"); del resto, sono le stesse direttive a prefiggersi lo scopo di riferirsi solamente a "determinati aspetti" dei contratti che ne sono oggetto, e a chiarire di lasciare impregiudicato il diritto nazionale per materie e questioni non disciplinate dalle stesse (rispettivamente, Considerando 12 e 18 delle due direttive). La presenza, in entrambi i testi normativi, di numerose e significative eccezioni<sup>12</sup> ha indotto autorevole dottrina a definire tale armonizzazione, fatta di sistemi atomistici e disgregati, "a macchia di leopardo"<sup>13</sup>, con sostanziale vanificazione dello scopo prefissato in sede europea.

## II. I RAPPORTI OGGETTO DELLA DISCIPLINA: I CONTRATTI DI FORNITURA DI CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI E LA CESSIONE DEI DATI PERSONALI DA PARTE DELL'UTENTE.

Con specifico riguardo all'individuazione dei rapporti oggetto della direttiva 770/2019, dal tenore testuale dell'art. 3 par. 1 emerge l'estrema ampiezza del suo ambito di intervento, vista l'applicabilità della disciplina a "qualsiasi" contratto di fornitura, indipendentemente dalla ricorrenza di specifici tipi contrattuali (ad esempio, la somministrazione o l'appalto) di uso frequente nella prassi. A differenza della direttiva sulla vendita, che si riferisce ad un unico modello negoziale, il legislatore ha inteso fare riferimento ad un insieme di relazioni differenti che sfuggono ad una

10 Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, G.U.U.E. del 7.7.1999, L 171.

11 PAGLIANTINI, S.: "L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)", in AA.VV.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole* (a cura di G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI), G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 61-63; ID.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata nella dir. UE 2019/771", *Giurisprudenza italiana*, 2020, n. 1, pp. 217-238.

12 BARENGHI, A.: «Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo», *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 806-822, spec. p. 808: "In concreto appare impressionante (...), trattandosi di una direttiva che cerca l'armonizzazione massima il suo profilo qualificante, la quantità di deroghe che vengono introdotte al principio".

13 MASTROIANNI, R.: «L'attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente», *Contratto e impresa. Europa*, 2018, n. 1, pp. 99-114.

piena capacità regolativa del diritto civile, rimanendo tale categoria contrassegnata da una “parziale indeterminatezza”<sup>14</sup>.

Più approfonditamente, la direttiva in esame trova applicazione per due categorie di operazioni negoziali, entrambe distintamente previste dall'art. 3 par. 1. La prima, che non crea particolari problemi interpretativi, ricomprende le fattispecie negoziali in cui la fornitura di contenuti o servizi digitali è posta in relazione di corrispettività con il pagamento del prezzo da parte del consumatore, secondo il modello standard del contratto oneroso a prestazioni corrispettive.

Il secondo capoverso del par. 1 enuncia un modello alternativo di operazione economica, qualificato dalla direttiva non espressamente come “contratto”, ma con il più generico termine “caso”. Si tratta della diversa ipotesi in cui il professionista fornisce contenuti o servizi digitali al consumatore, che, di contro, non paga un prezzo<sup>15</sup>, ma “fornisce o si impegna a fornire” dati personali. La particolarità della fattispecie emerge dall'apparente assenza di una relazione di corrispettività tra le prestazioni eseguite dai due contraenti, tale da consentire la qualificazione della fornitura di servizi digitali in termini di gratuità. In queste ipotesi, si sostituisce al noto schema del contratto di vendita - che realizza un trasferimento definitivo del diritto dall'alienante all'acquirente - un paradigma fondato sulla licenza<sup>16</sup>, in forza del quale il concedente permette al concessionario di usare una certa entità (i dati personali), per un periodo di tempo determinato e ad un fine preciso.

La cessione dei dati personali è ricostruita attraverso la descrizione funzionale dell'operazione economica realizzata in concreto, che mira allo scambio tra utilità, nonostante l'apparente gratuità<sup>17</sup> dello schema contrattuale. Da tale riflessione scaturisce la possibilità - almeno per il giurista italiano - di analizzare il fenomeno della circolazione dei dati personali secondo la prospettiva causale, rendendo la fornitura dei dati personali non solo un fenomeno economicamente rilevante, ma anche giuridicamente valutabile, quale ragione pratica del contratto, nella prospettiva dell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare<sup>18</sup>.

14 CAMARDI C.: «Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali», *Giustizia civile*, 2019, n. 3, pp. 499-523, spec. p. 503. La varietà e l'elasticità sono il tratto caratterizzante i “privacy contracts”: cfr. RHOEN, M.: “Big data and Consumer Participation in Privacy Contracts: Deciding who Decides on Privacy”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, vol. 31 n. 80, pp. 51-71, spec. p. 53.

15 L'art. 2 n. 7) della direttiva (UE) 2019/770 definisce il “prezzo” esclusivamente come “la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale”.

16 ZENO ZENCOVICH, V.: “Do “Data markets” Exist?”, *Medialaw*, 2019, n. 3, pp. 1-26.

17 Ad esempio, sebbene il download della nota applicazione Pokémon-Go prodotta dallo sviluppatore Niantic venga offerto a 0,00 €, è dubbio che esso possa dirsi gratuito: l'utente, per utilizzare l'applicazione deve necessariamente prestare il consenso alla cessione e al trattamento dei propri dati personali. V. KREMER, S.: «Should I Pokémon Or Go?», *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2016, n. 9, p. 303.

18 Propone tale lettura RICCIUTO, V.: “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, *Rivista di diritto civile*, 2020, n. 3, pp. 642-662, spec. pp. 651-654. Sul concetto di causa, si vedano, citati anche alle note 25, 26, 27 del contributo da ultimo richiamato BIANCA, C.M.: “Causa concreta

L'attuale formulazione della norma è diversa da quella presente nella proposta di direttiva emessa nel dicembre 2015<sup>19</sup>. L'originario testo dell'art. 3 par. 1 stabiliva l'applicabilità della direttiva ai "contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato". Il ragionamento di policy sotteso alla disposizione era chiarito dal Considerando 13<sup>20</sup>, che, preso atto del valore economico attribuibile ai dati personali nel contesto dell'economia digitale, recepiva la prassi dello scambio tra contenuti digitali e l'accesso ai dati personali, atto espressamente qualificato in termini di "controprestazione non pecuniaria".

Il successivo Considerando 14 introduceva una significativa e opinabile limitazione, basata sulla natura attiva o meno della fornitura delle informazioni da parte del consumatore, e prevedendo la circoscritta applicazione della Direttiva ai soli casi di cessione dei dati da parte del consumatore a seguito di un suo "comportamento attivo", sia diretto che indiretto. La previsione, che avrebbe introdotto una distinzione artificiosa tra categorie, condivisibilmente<sup>21</sup> non è stata riproposta nella versione definitiva della direttiva.

La formulazione contenuta nella proposta è venuta meno a seguito del parere del 14 marzo 2017 del Garante europeo della protezione dei dati personali<sup>22</sup>, fortemente critico sul punto. Egli ha mostrato di non condividere la qualificazione del consenso al trattamento dati in termini di "corrispettivo non pecuniario", dal momento che la protezione dei dati personali, espressione di diritto fondamentale, non può essere ricondotta ad un semplice interesse dei consumatori, né i dati personali possono essere considerati una mera merce.

---

del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 60, n. 2, pp. 252-272; FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 27-29.

- 19 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, Bruxelles, 9.12.2015 COM(2015) 634 final 2015/0287(COD).
- 20 Considerando 13 della proposta di direttiva: "Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati (...)".
- 21 In senso critico verso la scelta di restringere il campo di applicazione della direttiva ai casi in cui i dati sono forniti attivamente dall'interessato, *vid. DE FRANCESCHI, A.: La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 79-82; METZGER, A.: "Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?" disponibile su [www.jipitec.eu/issues](http://www.jipitec.eu/issues), pp.1-7, spec. p. 3; NARCISO, M.: "Gratuitous Digital Content Contracts in EU Consumer Law", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, n. 5, pp. 198-206 s.; RESTA, G., ZENO ZENCOVICH, V.: "Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, n. 2, pp. 411-440, spec. p. 424.
- 22 EDPS Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspect concerning contracts or the supply of digital content, 14 March 2017, dove testualmente si afferma che "personal information is related to a fundamental right and cannot be considered a commodity". In argomento, *vid. RICCIUTO, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia"*, in AA.VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. PICCOZZA e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 357.

In aderenza a tali rilievi, la prevalenza della tutela della privacy rispetto al profilo di scambio sembra trovare spazio anche nella versione definitiva della direttiva, alla luce delle norme di coordinamento con il GDPR in essa contenute. Da un lato, il Considerando 24 ribadisce che “la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce”; dall’altro, l’art. 3 par. 8, in attuazione del Considerando 37, prevede che “in caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest’ultimo”.

Tornando all’esame delle relazioni negoziali oggetto della direttiva, il secondo capoverso del primo paragrafo dell’art. 3 introduce poi un’ulteriore suddivisione all’interno della categoria delle cd. “forniture gratuite”. Coerentemente con il Considerando 25, sono esclusi dall’ambito di operatività della direttiva i casi in cui “i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall’operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l’assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l’operatore economico e quest’ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti”. Si tratta di ipotesi in cui il trattamento dati costituisce una prestazione meramente accessoria<sup>23</sup> della complessiva fattispecie negoziale, e poggia su condizioni di liceità diverse dal consenso, specificamente previste alle lettere b) e c) dell’art. 6 par. 1 del GDPR. In tali casi, il trattamento dati è “necessitato”, in quanto strettamente correlato all’esecuzione del contratto ovvero al rispetto degli obblighi di legge.

### III. IL RUOLO DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DATI PERSONALI NEL DIRITTO DEI CONTRATTI

L’ambito di applicazione della direttiva comprende dunque i casi in cui vengono in rilievo fattispecie contrattuali implicanti il trattamento di dati personali, la cui base giuridica, di stampo volontaristico, è costituita dal consenso, condizione legittimante prevista dall’art. 6 paragrafo 1 lett. a) del GDPR. Dall’esame complessivo dell’articolo citato, emerge la generale decentralizzazione di questa condizione di liceità, che può essere alternativamente sostituita da una delle altre condizioni legittimanti indicate nella norma in questione<sup>24</sup>, tra di loro equivalenti.

23 THOBANI, S.: “La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità”, *Europa e diritto privato*, 2016, n. 2, p. 513-557, spec. p. 526: “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”.

24 BRAVO, F.: “Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali”, in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. FINOCCHIARO), Zanichelli, Bologna, 2017, pp. 101 ss; BASUNTI, C.: “La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali”, *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 860 ss; CAGGIA, F.: “Libertà ed espressione del consenso”, in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. CUFFARO, R. D’ORAZIO e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 249-273, spec. p. 250.

Dal momento che, come già detto, la direttiva fa riferimento alle sole ipotesi in cui il trattamento dato abbia base consensuale e si inserisca all'interno della cornice negoziale rappresentata dal contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, è necessario interrogarsi in primis sulla natura del consenso al trattamento dati, anche in rapporto al consenso negoziale, quale imprescindibile requisito per la stipula di ogni contratto. Successivamente, si procederà all'analisi degli specifici ed elevati standard di validità richiesti al consenso al trattamento dati, che costituiscono un *quid pluris* rispetto ai requisiti richiesti al consenso negoziale dal diritto comune, che rimane sottoposto alle ordinarie regole contrattuali volte a determinare la corretta formazione della volontà.

### I. I modelli di qualificazione del consenso.

Com'è noto, la natura del consenso è molto dibattuta in dottrina<sup>25</sup>. L'opzione ricostruttiva adottata non è neutrale, bensì espressiva di una scelta di sistema, orientata alternativamente ad una lettura personalistica ovvero patrimonialistica della tutela dei dati personali, e produce effetti anche in termini di disciplina applicabile (ad esempio, nel caso in cui il consenso non sia validamente prestato, in relazione ai rimedi esperibili da parte del soggetto leso).

Secondo una prima tesi, ancorata all'ottica della tutela assoluta dell'individuo, il consenso è uno strumento di autodeterminazione della personalità umana, non valutabile in termini patrimoniali e privo di valore negoziale<sup>26</sup>. La manifestazione del consenso è allora un mero atto giuridico, volto alla rimozione di un limite all'esercizio di una facoltà. Esso assume il ruolo di atto autorizzatorio - di tipo integrativo e non costitutivo<sup>27</sup> - di diritto privato, specificazione della più generica figura del consenso dell'avente diritto<sup>28</sup>. Più precisamente, l'assenso al trattamento dati non espleta propriamente la funzione di una scriminante, volta a giustificare un'attività altrimenti *ex se* illecita<sup>29</sup>: qui si verifica solo l'eliminazione di un ostacolo, posto dall'ordinamento in funzione dell'interessato, all'esercizio dei poteri di cui il titolare al trattamento dati è già titolare in forza della legge, con conseguente riespansione dello stesso, temporaneamente sospeso.

25 SICA, S.: "Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica", *Rivista di diritto civile*, 2001, vol. 6, n. 2, pp. 621-641, spec. p. 633.

26 Questa posizione è sostenuta da MIRABELLI, G.: «Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, n. 2, pp. 313-330, spec. p. 323; MESSINETTI, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica del diritto privato*, 1998, n. 3, pp. 339-407.

27 AURICCHIO, A.: voce "Autorizzazione", *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 502-504.

28 DE CUPIS, A.: "I diritti della personalità", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 1982, pp. 93-96.

29 MAZZAMUTO, S.: "Il principio del consenso e il potere della revoca", in AA.VV.: *Libera circolazione e protezione dei dati personali* (a cura di R. PANETTA), I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 993 ss, spec. 1028.

Secondo altra ed opposta tesi<sup>30</sup>, i dati personali sono ormai divenuti oggetto di un processo di reificazione e sono suscettibili di trasferimento grazie al consenso dell'interessato, atto che assume natura negoziale e funzione dispositiva<sup>31</sup>.

Si può obiettare però che l'interessato, pur dopo la prestazione del consenso, non perde mai il totale controllo su tali dati, a differenza di qualsiasi altro negozio di trasferimento, per cui tale operazione negoziale non può totalmente ricondursi alla fattispecie tipica di cui all'art. 1376 c.c. Com'è stato acutamente osservato, il regime di circolazione del dato personale "è connotato dalla persistenza di un incisivo potere di controllo sulle modalità di utilizzazione della risorsa ben oltre il primo atto di disposizione del diritto<sup>32</sup>". Tale assunto mal si concilia con la struttura contrattuale di una cessione definitiva, atteso che neppure può escludersi l'ipotesi che altri soggetti acquistino diritti concorrenti vertenti sui medesimi dati<sup>33</sup>. Sarebbe preferibile optare allora per una diversa ricostruzione, in cui il consenso dell'interessato è presupposto per il trasferimento non della titolarità di un diritto sui dati, ma del mero esercizio al trattamento<sup>34</sup> degli stessi, ossia al loro sfruttamento, alla loro utilizzazione sul mercato.

Vi è inoltre chi ha sottolineato come la natura del consenso sfugga ad un inquadramento sistematico omogeneo, e che l'univoca e netta configurazione dello stesso in una categoria normativa (atto autorizzatorio o atto di natura negoziale) farebbe torto non solo alla disciplina, ma anche alla variegata esperienza della prassi sociale ed economica che vede l'utilizzo di schemi, modelli, comportamenti concludenti in relazione alle esigenze concrete<sup>35</sup>. La tesi che si sostiene è quella secondo la quale il consenso possa assumere natura e rilievo diversi a seconda dei diversi ambiti del diritto<sup>36</sup>.

30 SENIAGLIA, R.: "La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 760-783, spec. p. 765; CALISAI, F.: "I diritti dell'interessato", in AA.VV.: *I dati personali*, cit., pp. 327 ss.

31 OPPO, G.: "Sul consenso dell'interessato", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO e V. ZENO ZENCOVICH), Giuffrè, Milano, 1999, p. 123 ss; BILOTTA, F.: "Consenso e condizioni generali di contratto", in AA.VV.: *Il trattamento dei dati personali* (a cura di V. CUFFARO e V. RICCIUTO), Il G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 87 ss.

32 RESTA, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 339.

33 PERLINGIERI, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rassegna di diritto civile*, 1990, n. 3, p. 330, osserva che l'esclusività "non è sempre caratteristica della proprietà (...), ed è comunque assente in quelle situazioni soggettive non caratterizzate dallo ius excludendi alios"; RESTA, G.: *Dignità, persone, mercati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 93, secondo il quale un negozio "avente ad oggetto attributi della persona (...) non potrà validamente realizzare alcun fenomeno di alienazione traslativa delle situazioni coinvolte".

34 NICOLUSSI, A.: voce "Autonomia privata e diritti della persona", *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 133 e 139.

35 RICCIUTO V.: «La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno», *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, n. 4-5, pp. 689-726, spec. p. 706: "La verità è che deve sottolinearsi la forte problematicità di una ricostruzione in termini unitari della natura del consenso e del ruolo che esso assume (...). Non v'è dubbio che il fenomeno sfugge ad un inquadramento sistematico ed omogeneo del consenso anche considerando che numerose sono le tipologie delle operazioni di trattamento e le tipologie dei dati".

36 SICA, S.: "Il consenso al trattamento", cit., p. 640, secondo il quale "se proprio si dovesse scegliere un nomen juris, il consenso in questione potrebbe essere definito elemento di una fattispecie legale a contenuto e

Secondo un'interessante ricostruzione<sup>37</sup>, quando il dato personale diviene oggetto del contratto, l'atto che acconsente all'interferenza nella propria sfera personale da parte del titolare dei dati (il consenso al trattamento) e l'atto di disposizione del bene (consenso contrattuale) partecipano alla medesima fattispecie negoziale, in funzione conformativa dell'oggetto contrattuale. Il contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali diverrebbe così una fattispecie complessa ma unitaria, e andrebbe ricostruito quale atto oggettivamente complesso<sup>38</sup>, dove la complessità nascerebbe non da più volontà facenti capo a soggetti distinti, ma da una pluralità di volontà di uno stesso soggetto, che, differenziandosi per il contenuto, si esteriorizzano in un unico atto.

L'opinione prevalente sostiene invece che si tratti di un modello contrattuale caratterizzato da due momenti negoziali distinti, sia pure collegati nel contesto di un'operazione economica unitaria. Il consenso al trattamento è una prestazione fungibile<sup>39</sup>, sostituibile dal pagamento di una somma di denaro (art. 3 par. 1 primo capoverso) senza che il contratto venga snaturato; esso non si confonde con il consenso negoziale, necessariamente richiesto per la stipula del contratto di fornitura. Inoltre, il consenso al trattamento dati assume un ruolo ontologicamente e giuridicamente preliminare rispetto alla volontà negoziale, tanto che se viene meno il primo (si pensi ai casi di invalidità o di revoca), il contratto di fornitura sarà inevitabilmente caducato<sup>40</sup>, in attuazione del ben noto brocardo latino "simul stabunt, simul cadent".

Una recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>41</sup> si è espressa sulla natura del consenso al trattamento in rapporto al consenso reso per fini contrattuali

---

disciplina composita: ergo, non il ma i consensi".

- 37 SENIGAGLIA, R.: "La dimensione patrimoniale", cit., p. 771.
- 38 LUCIFREDI, R.: voce "Atti complessi", *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Utet, Torino, 1957, p. 1503; MIGLIARESE, F.: voce "Atto complesso", *Enciclopedia giuridica*, IV, Treccani, Roma, 1988, p. 339.
- 39 THOBANI, S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, Milano, 2018, p. 46: "In altri termini, ciò che caratterizza il contratto è il bene o servizio reso, mentre lo sfruttamento dei diritti della personalità ben potrebbe essere sostituito da un corrispettivo in denaro – o, in ipotesi, il bene o servizio potrebbero essere erogati gratuitamente – senza che il negozio ne risulti snaturato".
- 40 BRAVO, F.: "Lo 'scambio di dati personali' nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto", *Contratto e impresa*, 2019, n. 1, pp. 34-58, spec. p. 46 ("Sicché, ove venisse meno il consenso al trasferimento dei dati personali, si avrebbe anche la caducazione (degli effetti) dell'accordo sull'utilizzo, a titolo oneroso o gratuito, dei dati personali dell'interessato...") e p. 51 ("La revoca del consenso al trattamento, quindi, spiega effetti giuridici sull'eventuale contratto di utilizzazione dei dati personali..."). In giurisprudenza, *vid.* Cass. Civ., sez. II, 8 aprile 2013, n. 8527, in *www.dejure.it*, in cui viene ribadita la separazione ontologica tra i due tipi di consenso: "il consenso informato non attiene alla validità del contratto d'opera professionale (...), ma al trattamento sanitario necessario per l'attuazione della [terapia]".
- 41 Cass. sez. I. civ. 2 luglio 2018, n. 17278, in *Corriere giuridico*, 2018, n. 11, p. 1457. In argomento, *vid.* FALCIAI, L.: "Il consenso dell'interessato come condizione per l'offerta di un servizio: la sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018", *Cyberspazio e Diritto*, 2018, n. 3, pp. 421-430; ZANOVELLO, F.: "Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, vol. 12, n. 1, pp. 1778-1780; VIGENTINI, A.: "Newsletter" pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato", *La rivista di diritto dei media*, 2018, n. 3, pp. 1-5.

chiarendo appunto che, in materia di protezione dei dati personali, sia “da escludere che il consenso considerato da tale disposizione [l'art. 23 d.lgs. n. 196 del 2003; ora l'art. 7 Reg. 2016/679] sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali”. Tale affermazione viene sostenuta sulla base di due ragioni, l'una formale e l'altra sostanziale: da un lato infatti, se il consenso alla protezione dei dati personali fosse inteso nella medesima accezione di quello richiesto a fini contrattuali, la norma di settore appositamente introdotta diverrebbe inammissibilmente superflua; dall'altro, è necessaria la prestazione di un consenso rafforzato in funzione della tutela della situazione di debolezza intrinseca dell'interessato<sup>42</sup>.

## 2. I requisiti del consenso.

Proprio la ratio di tutela della persona sottesa alla manifestazione del consenso al trattamento, quale strumento di esercizio di autodeterminazione informativa dell'interessato, giustifica l'espressa previsione normativa di diversi e più stringenti requisiti di validità, che appare opportuno ripercorrere sinteticamente in questa sede.

L'art. 4 n. 11) del GDPR descrive il consenso come “qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento”.

Quanto alla forma di manifestazione, la norma richiede che si tratti di un atto positivo inequivocabile, che può tradursi sia in dichiarazioni espresse che in fatti concludenti, senza la necessaria adozione di una specifica forma ai fini della sua validità. L'approccio orientato al principio di libertà della forma trova conferma nel Considerando 32<sup>43</sup>, che elenca una serie di atti compiuti durante la navigazione in rete, idonei ad indicare l'accettazione al trattamento da parte dell'interessato. È stata inoltre eliminata la necessità di documentare per iscritto il consenso: sarà il titolare del trattamento a dover fornire la prova dell'avvenuta prestazione dello stesso ex art. 7 comma 1 GDPR.

42 Cfr. Cass. n. 17278/2018 cit., secondo la quale è particolarmente avvertita “l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole”.

43 Considerando 32 del Regolamento (UE) 2016/679: “(...) Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle (...)”.

Il problema dell'inequivocabilità della dichiarazione risiede comunque nelle modalità concrete di acquisizione del consenso<sup>44</sup>, poiché il consumatore, soprattutto durante la navigazione sul web, potrebbe essere indotto a prestarlo in maniera automatica, sulla base di un gesto pedissequo (la marcatura di caselle) privo di consapevolezza decisionale<sup>45</sup>. Per tali ragioni, un valido consenso non solo non può desumersi dalla mera inerzia dell'interessato, ma neppure nei casi in cui la scelta di prestarlo risulti in concreto più agevole rispetto alle operazioni macchinose richieste per negarlo<sup>46</sup>.

Il requisito della libertà è meglio chiarito dall'art. 7 par. 4 del GDPR, che ne mette in dubbio l'esistenza nell'ipotesi in cui l'esecuzione di un contratto sia condizionata alla manifestazione di un consenso al trattamento non necessario ai fini dell'esecuzione o della prestazione. La norma introduce una "presunzione (iuris tantum) di invalidità" del consenso prestato<sup>47</sup> e fornisce un parametro di valutazione, da considerare insieme ad altri indici, ai fini del giudizio sulla validità del consenso prestato. Tale scelta normativa costituisce la sintesi delle opinioni delle autorità garanti nazionali europee<sup>48</sup>, tra cui quella del Garante Italiano, il quale ha osservato 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"<sup>49</sup>.

In alcuni ordinamenti nazionali tale divieto di "consenso condizionato" è stato anche oggetto di un apposito intervento normativo, come, per esempio,

44 In argomento, si veda, la sent. della Corte di Giustizia UE, C-673/2017, cd. "caso Planet49", del 1 ottobre 2019, in <https://curia.europa.eu>, spec. para. 52: "il requisito della «manifestazione» della volontà della persona interessata evoca chiaramente un comportamento attivo e non uno passivo. Orbene, il consenso espresso mediante una casella di spunta preselezionata non implica un comportamento attivo da parte dell'utente di un sito Internet". In argomento, *vid.* CABAZZI, R.: "Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"", *Rivista di diritto dei media*, 2020, n. 2, pp. 316-322; EL SABI, S.: "La Corte di Giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei cookie", *Giustiziacivile.com*, 19.02.2020.

45 CAGGIA, F.: "Libertà ed espressione", cit., p. 253, che sottolinea come l'astrattezza della declamata centralità del ruolo del consenso, problema già sollevato da SOLOVE, D.J.: "Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *Harvard Law Review*, 2013, vol. 126, n. 7, pp. 1080-1913; KIM, N. S., JEREMY TELMAN, D. A.: "Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent", *Missouri Law Review*, 2015, vol. 80, pp. 723-772.

46 THOBANI, S.: *Diritti della personalità*, cit., pp. 169-170. Il Garante per la privacy ha ritenuto valido il consenso al trattamento prestato attraverso la mera prosecuzione della navigazione preceduta dal banner contenente l'informativa breve: *vid.* provvedimento n. 229, "Individuazione sulle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie", doc. web n. 33118884, dell'8 maggio 2014, disponibile su [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

47 RESTA, G., ZENO ZENCOVICH, V.: "Volontà e consenso", cit., p. 432.

48 THOBANI, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 52 e nt. 8 per i riferimenti giurisprudenziali; per una rassegna completa delle decisioni dei garanti I.d., "La libertà del consenso al trattamento", cit., p. 538.

49 In questo senso, il provvedimento del 4 luglio 2013, n. 330, doc. web n. 2542348; trattasi di orientamento consolidato: *vid.* provvedimento del 28 maggio 1997, doc. web 40425 e provvedimento dell'8 settembre 1997, doc. web 1055101, tutti disponibili su [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

in Germania, grazie alla formalizzazione del “Koppelungsverbot”<sup>50</sup>. Si tratta di fattispecie riconducibili al divieto dei tying/bundling agreements previsti nel diritto della concorrenza (ex art. 101 comma 1 lett. e) del TFUE), introdotto non solo al fine di assicurare la libertà del consenso del singolo individuo, ma anche per evitare, in capo agli operatori di rete, un'eccessiva concentrazione di potere ottenuta grazie ad un'attività di raccolta dati e di controllo di una massa enorme di informazioni, nei confronti di un pubblico indistinto<sup>51</sup>.

La disposizione da ultimo citata è stata di recente oggetto di aperture ad opera della Corte di Cassazione che, nella menzionata sentenza n. 17278 del 2018, ha mostrato un'ottica di favore<sup>52</sup> per il titolare del trattamento qualora vengano erogati via Internet servizi fungibili e per i quali la rinuncia non comporti un sacrificio gravoso: nello specifico, è stato ritenuto possibile per il “gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (...) condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie (...)”.

La specificità, richiede che la prestazione del consenso sia compiuta per finalità determinate (art. 6 par. 1 lett. a) del GDPR) e che sia presentata “in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro” (art. 7 par 2). Tale requisito assume la funzione delimitante dello spazio e dell'ampiezza dell'interferenza altrui nella sfera dell'utente, e dunque “funge da precetto di necessaria determinazione dell'oggetto dell'atto di disposizione<sup>53</sup>” del diritto.

La disciplina generale del regolamento privacy deve essere integrata con quella di settore, rappresentata dalla direttiva 2011/83/UE<sup>54</sup>, visto che, dal punto di vista soggettivo, la direttiva 770/2019 si applica ai contratti stipulati tra operatore

- 50 Il diritto tedesco, dopo aver introdotto con l'art. 28 comma 2b BDSG il divieto di condizionare la prestazione di un servizio di contenuto digitale al consenso dell'utente alla cessione dei propri dati nel Telemediengesetz lo ha poi reso di applicazione generale con la modifica della legge federale sulla protezione dei dati. Per un commento a tale disposizione *vid.* SPINDLER, H., NINK, J.: “Sub 28 BDSG”, in AA.VV.: *Recht der Elektronischen Medien: Kommentar* (a cura di H. SPINDLER e F. SCHUSTER), 3, C. H. Beck, Monaco, 2015, pp. 150-182.
- 51 I casi sottoposti all'attenzione delle autorità garanti riguardavano trattamenti di massa di informazioni personali raccolte tramite la rete, i rischi scaturenti dai quali erano relativi soprattutto alla profilazione di una grande massa di utenti e di organizzazione degli stessi in gruppi sociali determinati. Sul punto, THOBANI, S.: *I requisiti del consenso*, cit. p. 53. Sui rischi di queste attività circa la realizzazione di nuove e più sofisticate forme di discriminazione si era già espresso ROBOTA, S.: “Protezione dei dati personali e circolazione delle informazioni”, *Rivista critica di diritto privato*, 1984, n. 4, p. 762.
- 52 BRAVO, F.: «Lo «scambio di dati personali»», cit., p. 56, che tuttavia evidenzia la vaghezza del principio giurisprudenziale enunciato, in particolare con riguardo al concetto di pregiudizio.
- 53 SENIGAGLIA, R.: «La dimensione patrimoniale», cit., p. 774; RESTA, G.: *Dignità, persone*, cit., p. 117, secondo il quale “l'obiettivo sotteso ad una regola siffatta è evidentemente quello di assicurare che il soggetto sia posto nelle condizioni di prefigurarsi l'esatta estensione e la reale portata del proprio atto dispositivo, atteso che solo così è possibile parlare di una determinazione di volontà effettivamente ponderata e consapevole”.
- 54 Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del

economico e consumatore. Dunque, l'inserimento della richiesta di consenso al trattamento dati tra le condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., impedendo al consumatore di selezionare i trattamenti da accettare, lo costringerebbe ad aderire in blocco alle clausole contrattuali<sup>55</sup>. L'esigenza di tutela consumeristica può manifestarsi anche nel caso di inserimento di clausole vessatorie, visto che il Considerando 42 del GDPR raccomanda che la dichiarazione unilaterale di consenso predisposta dal titolare del trattamento "non contenga clausole abusive".

Il requisito dell'informazione, finalizzato ad assicurare un trattamento trasparente e corretto, si sostanzia nella comunicazione all'interessato di una serie di dati, analiticamente indicati nell'art. 13 del GDPR, da suddividere in due gruppi. Mentre le informazioni elencate nel primo paragrafo riguardano il contenuto e l'estensione del consenso, il secondo gruppo è orientato a richiamare l'attenzione dell'interessato sui suoi diritti, promuovendone l'effettiva conoscenza<sup>56</sup>, nonché a garantire che la volontà di acconsentire al trattamento si sia correttamente formata con riferimento all'obbligatorietà o meno del conferimento<sup>57</sup>. L'adempimento del dovere di informazione svolge il duplice ruolo di concorrere ad integrare il requisito della specificità del consenso, delimitando l'ambito e lo scopo del trattamento, e parimenti quello di fornire una più compiuta regolamentazione della relazione tra interessato e titolare del trattamento, producendo effetti di tipo prescrittivo.

### 3. Gli obblighi di informazione precontrattuale: rilettura in chiave evolutiva delle nozioni di "prezzo" e "pagamento".

La cessione di informazioni e la corretta formazione del consenso necessitano di essere valutati anche alla luce della disciplina di settore a tutela del consumatore, soprattutto sotto il profilo dell'apparente gratuità dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali previo conferimento di dati personali. La necessità di un raccordo, pur evidenziata nel Considerando 42 (in cui si legge che "i requisiti del contratto dovrebbero includere quelli derivanti dalle informazioni precontrattuali che, in conformità della direttiva 2011/83/UE, sono parte integrante del contratto")

---

Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, G.U.U.E. del 22.11.2011, L. 304/64.

- 55 Cfr. ADDANTE, A.: "La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali", *Giustizia civile*, 2020, n. 4, pp. 889-931, spec. pp. 908-909. Si veda il caso Pampers, provvedimento del 21 giugno 2019, doc. web. n. 9120218, disponibile su [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).
- 56 MANES, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, p. 93, la quale sottolinea la funzione "pedagogica", che consiste nel far conoscere all'interessato i propri poteri di controllo sui dati", dell'obbligo di informare l'interessato in merito ai suoi diritti.
- 57 Su tale elemento dell'informativa cfr. BARBA, A.: "Le modalità del trattamento", in AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (a cura di V. CUFFARO e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 180 s.; LO SURDO, C.: "Il ruolo dell'obbligo di informativa", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. PARDOLES), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 699-750, spec. p. 734 ss., la quale sottolinea la differenza tra "conferimento", che può essere obbligatorio o facoltativo, e "consenso", che "non può mai dirsi obbligatorio".

non è stata tradotta in specifiche disposizioni normative nel corpo degli articoli, dove manca ogni riferimento all'obbligo di informativa precontrattuale.

La direttiva 2011/83 prevede che prima che il consumatore sia vincolato ad un contratto a distanza o stipulato fuori dai locali commerciali, debba essere informato dal professionista circa il "prezzo" finale di beni e servizi (art. 6 par. 1 lett. e)). Inoltre, in ossequio al disposto di cui all'art. 8, par. 2, nel caso in cui sul consumatore incomba l'obbligo di pagare, il professionista non soltanto è tenuto a trasmettere le informazioni di cui all'art. 6 "direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine", ma deve altresì garantire che il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implichi un obbligo di "pagamento"; in caso di inosservanza di tale obbligo, il consumatore non sarà vincolato dal contratto o dall'ordine<sup>58</sup>.

Va premesso che, nella normativa vigente, sia europea sia italiana, manca un'espressa definizione delle nozioni di "prezzo" e di "pagamento". Secondo l'interpretazione tradizionale, restrittiva,<sup>59</sup> tali termini sarebbero idonei a ricomprendere soltanto l'ipotesi della dazione di una somma di denaro: pertanto, l'atto del conferimento di dati non necessiterebbe di alcuna informativa precontrattuale da parte del professionista<sup>60</sup>. Come si è detto, tuttavia, nonostante la mancata qualificazione della cessione dei dati come controprestazione, nella sostanza tale trasferimento comporta a carico del consumatore un sacrificio economico non indifferente, ed anzi è proprio l'errata convinzione in capo allo stesso della gratuità della cessione a costituire il presupposto di una volontà negoziale viziata.

La palese irragionevolezza della ricostruzione tradizionale, in uno con la vaghezza del testo della direttiva<sup>61</sup> che lascia ampi margini interpretativi, rende non solo possibile, ma anche necessaria, un'interpretazione evolutiva del significato di "prezzo" e, parallelamente, di "pagamento", in modo tale da ricomprendere l'esecuzione di una prestazione avente ad oggetto l'autorizzazione al trattamento dati. È già stato notato<sup>62</sup> come il codice civile italiano usi indifferentemente le nozioni

58 Vid. in argomento, sulla corrispondente normativa nazionale, ex multis, NAVONE, G.: "Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014* (a cura di G. D'AMICO), Cedam, Padova, 2015, p. 147 ss.

59 WENDEHORST, C.: "Consumer contracts and the Internet of things", in AA.VV.: *Digital revolution: Challenges for contract law in practice* (a cura di R. SCHULZE e J. STAUDENMAYER), Nomos, Oxford-Baden Baden, 2016, p. 193.

60 Il termine pagamento è di regola idealmente ricollegato al trasferimento di denaro, prestazione su cui è stata costruita la teoria dell'attività solutoria. In questi termini, CIAN, G.: voce "Pagamento", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 234; DI MAJO, A.: "Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176", in AA.VV.: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. GALGANO), Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 121 ss.

61 Cfr. Considerando 12 e art. 3 par. 10 della direttiva (UE) 2019/770.

62 DE FRANCESCHI, A.: "Il "pagamento" mediante dati personali", in AA.VV.: *I dati personali*, cit., pp. 1381-1412, spec. p. 1394.

di “adempimento” e “pagamento”, cui andrebbe attribuita piena equivalenza di significato.

Tale interpretazione ha di recente trovato conferma a livello normativo in sede europea: la direttiva 2019/2161/UE<sup>63</sup> con l'introduzione del paragrafo Ibis nell'art. 3 della direttiva sui consumatori<sup>64</sup>, ne ha esteso l'ambito applicativo a tutti i casi in cui la controprestazione fornita dal consumatore consista nella cessione di dati personali; da ciò deriva che, anche in tali ipotesi, i consumatori hanno diritto all'informativa precontrattuale, indipendentemente dal fatto che essi paghino il servizio in denaro o mediante conferimento dei propri dati.

#### 4. La revoca del consenso.

La peculiarità del consenso al trattamento dati non si ravvisa soltanto negli specifici requisiti di validità sopra indicati, ma anche nella previsione della sua revocabilità<sup>65</sup>. Muovendo dall'analisi strutturale dell'atto di consenso, la sussistenza del potere di revoca viene più agevolmente riconosciuta da coloro che aderiscono alla tesi della natura non negoziale: si tratta di una conseguenza coerente e logica di questa ricostruzione teorica, che ravvisa nei dati personali l'estrinsecazione dell'identità personale<sup>66</sup>. La natura negoziale del consenso invece è più difficilmente conciliabile con il riconoscimento di tale facoltà, anche se c'è una posizione possibilista che - operando un confronto tra casi di revoca del consenso e recesso contrattuale - ritiene i due elementi non necessariamente antitetici<sup>67</sup>.

Se si adotta invece una lettura funzionale del potere di revoca, alla luce delle disposizioni contenute nel GDPR, si nota che anche dopo la prestazione del consenso il titolare conserva una serie di poteri di controllo sulle modalità di

63 Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, G.U.U.E. del 18.12.2019, L 328/7.

64 Art. 4 n. 2), lett. b) della direttiva (UE) 2019/2161, “Modifiche della direttiva 2011/83/UE”: “La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo”.

65 Il potere di revoca è stato innovativamente introdotto dal Regolamento (UE) 2016/679, mancando una disposizione analoga sia nella direttiva 95/46/CE sia nella normativa italiana (L. 675/1996 prima e L. 196/2003 poi). Per un'analisi della situazione giuridica del tempo, sia consentito il rinvio a RESTA, G.: “Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali”, *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299-333; PATTI, S.: “Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali”, *Rivista di diritto civile*, 1999, vol. 4, n. 2, pp. 455-468.

66 MESSINETTI, D.: “Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali”, *Rivista critica di diritto privato*, 1998, n. 2, p. 339 ss., spec. p. 358. Vid. anche PERLINGIERI, P.: “L'informazione”, cit., p. 326 ss; ZENO ZENCOVICH, V.: “Sull'informazione come “bene” (e sul metodo del dibattito giuridico)”, *Rivista critica di diritto privato*, 1999, n. 3, p. 485 ss.

67 SICA, S.: “Il consenso al trattamento”, cit., p. 637.

trattamento, “con la conseguenza che l’originaria manifestazione di volontà non svolge mai questa funzione, fino in fondo, abdicativa, permettendo così di radicare all’interno di questa ratio anche un potere di interrompere la stessa continuazione dell’attività di trattamento attraverso l’esercizio della revoca<sup>68</sup>”.

L’art. 7 comma 3 del GDPR chiarisce che il diritto di revoca è esercitabile dall’interessato “in qualsiasi momento” e “con la stessa facilità con cui è accordato”. Questo regime di revocabilità, irrinunciabile, con effetti ex nunc, ed esercitabile ad nutum, costituisce espressione del requisito di incoercibilità del consenso, non solo nella fase iniziale del rapporto, ma per tutta la durata dello stesso.

L’irrinunciabilità del diritto di revoca presenta notevoli problemi di coordinamento con la direttiva 2011/83/UE. L’art. 16, che ha ad oggetto le eccezioni al diritto di recesso, dispone, nell’ipotesi di cui alla lettera m), che gli Stati membri non possano prevedere il diritto di recesso di cui agli artt. da 9 a 15, nel caso di contratti a distanza aventi ad oggetto la fornitura di un contenuto digitale mediante un supporto non materiale, se l’esecuzione è iniziata con l’accordo espresso del consumatore e con l’accettazione del fatto che avrebbe perso il diritto di recesso. Questa previsione, recepita in Italia all’art. 59 comma 1 lett. o) del codice del consumo<sup>69</sup>, ha lo scopo di scongiurare abusi da parte del consumatore che, dopo aver ricevuto ed incamerato in un supporto durevole i contenuti digitali, eserciti il diritto di recesso, chiedendo la restituzione della prestazione ricevuta.

Detta disposizione non sembra applicabile nel caso in cui il contratto preveda la cessione di dati personali, stante l’incompatibilità della rinuncia alla revoca sia con l’art. 7 par. 3 GDPR, che con l’art. 8 della Carta europea dei diritti fondamentali. In tal modo però, si viene a creare un’ingiustificata disparità di trattamento tra le ipotesi di pagamento mediante dati personali e mediante corresponsione del prezzo, a svantaggio del consumatore pagante nel senso tradizionale, privato - a differenza del primo caso - dell’esercizio del diritto di recesso solo in ragione del diverso oggetto della controprestazione fornita.

Più in generale, la direttiva in esame si limita a prevedere i casi di recesso e risoluzione, senza prendere posizione sulle conseguenze sui contratti di fornitura scaturenti dall’esercizio del potere di revoca, dal momento che, come chiarito dal Considerando 40, “la presente direttiva non dovrebbe disciplinare le conseguenze per i contratti contemplati dalla presente direttiva nel caso in cui il consumatore revochi il consenso al trattamento dei dati personali. Tali conseguenze dovrebbero rimanere riservate al diritto nazionale”.

68 CAGGIA, F.: “Libertà ed espressione” cit., p. 268.

69 RUMI, T.: “Eccezioni al diritto di recesso (Art. 59 codice del consumo)”, in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. 21/2014* (a cura di G. D’AMICO), Cedam, Padova, 2015, p. 263.

La revoca del consenso produce inevitabilmente la caducazione del contratto di fornitura: pur trattandosi, secondo la ricostruzione prevalente, di momenti negoziali distinti, essi sono collegati in un'unica operazione economica, di cui la revoca altera l'originario equilibrio<sup>70</sup>, aprendo la strada al rimedio della risoluzione nonché alle obbligazioni restitutorie.

Tale ipotesi ricostruttiva non è priva di criticità. Da un lato infatti, nella consapevolezza della circolazione dinamica dei dati personali sulla rete, non sempre l'esercizio della facoltà di revoca riesce a soddisfare pienamente gli interessi dell'utente, sebbene il titolare del trattamento sia obbligato a provvedere tempestivamente alla cancellazione dei dati ex art. 17 par. 1 lett. b), nonché alla notifica di cui all'art. 19 a tutti i destinatari, tranne nei casi di impossibilità o sforzo sproporzionato. Tali operazioni tuttavia potrebbero non essere sufficienti a bloccare la circolazione dei dati, che rimanendo nella rete, vanificherebbero il diritto all'oblio dell'interessato. Il contratto potrebbe allora prevedere apposite clausole contenenti i cd. "active choice models", che attribuiscono al consumatore la facoltà di scegliere se corrispondere una somma di denaro o fornire i propri dati personali<sup>71</sup>. Nel caso in cui la cessione dei dati sia effettuata al fine di ottenere sconti, la revoca potrebbe comportare il recupero delle somme corrispondenti alle riduzioni praticate ai prezzi, in applicazione della disciplina sull'arricchimento senza causa<sup>72</sup>.

Mutando angolo prospettico, e avuto riguardo alla posizione dell'operatore economico, ci si chiede quale interesse egli possa avere alla conservazione di un contratto non produttivo di alcun vantaggio economico una volta che, esercitata la revoca, abbia perso ogni possibilità di trattamento dei dati. Si apre anche qui la possibilità di dar luogo ad obbligazioni restitutorie, ma occorre tener conto della peculiare natura digitale del servizio dedotto in contratto, non sempre restituibile alla stregua di qualsiasi altro elemento materiale. Sul punto, l'art. 16 par. 5 della direttiva prevede che in caso di risoluzione del contratto, "l'operatore economico può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo account utente"; parallelamente,

70 CAMARDI, C.: "Prime osservazioni", cit., p. 510; RESTA, G.: "Diritti della personalità e autonomia contrattuale", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (a cura di R. SACCO), I, Giuffrè, Milano, 2019, p. 548 ss., spec. pp. 564-565, che fornisce un'analisi delle possibili opzioni ricostruttive per tali fattispecie: dal contratto risolutivamente condizionato alla persistenza del consenso al trattamento dati, al contratto soggetto al rimedio risolutorio per il venir meno della presupposizione cui le parti avevano subordinato l'intesa negoziale, al recesso unilaterale dal contratto di durata.

71 BOZZI, L.: "La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali", in AA.VV.: *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere nel diritto europeo della vendita* (a cura di A. ADDANTE), Giuffrè, Milano, 2016, p. 128; ADDANTE, A.: "La circolazione negoziale", cit., p. 920: "La revoca del consenso al trattamento nella sostanza travolge il contratto di fornitura ad esso collegato, ma resta sempre da verificare se, in concreto ed in particolare in ipotesi di cessione dei dati, ciò porti all'effettivo oblio dei dati medesimi".

72 BRAVO, F.: "Lo 'scambio di dati personali'", cit., p. 51.

l'art. 17 par. 1 dispone che, di contro, "il consumatore si astiene dall'utilizzare il contenuto digitale o il servizio digitale e dal metterlo a disposizione di terzi".

Questa soluzione non si rivela sempre concretamente efficace, stante la diversità di fattispecie negoziali sussumibili nella generica categoria dei contratti di fornitura: tra di essi possono annoverarsi sia contratti ad esecuzione continuata o periodica, come la fruizione di contenuti in streaming, ma anche contratti ad esecuzione istantanea, come il download di un file. Solo nel primo caso il professionista potrà efficacemente inibire al consumatore un successivo indebito utilizzo della fornitura a seguito della revoca del consenso; non invece nel caso di prestazione erogata in via istantanea e definitiva, di fatto difficilmente ripetibile, con conseguente ingiustificato arricchimento dell'utente. Si pensi al caso in cui, il consumatore stipuli il contratto, acquisisca in via immediata e definitiva il contenuto, ad esempio salvandolo nel proprio PC, e in breve lasso di tempo revochi il consenso.

La questione si intreccia con ulteriori profili: ci si chiede se l'esercizio del potere di revoca debba comunque essere rispettoso del dovere di buona fede, il che renderebbe necessaria la presenza di un congruo preavviso e/o l'indicazione dei motivi, anche alla luce della lesione fraudolenta all'affidamento riposto dal professionista sulla continuità del consenso; si discute sulla possibilità di prevedere eccezioni alla regola che esclude il risarcimento del danno, nel caso di condotte lesive dell'affidamento che la controparte contrattuale ripone nel trattamento in via continuativa dei dati<sup>73</sup>. Pur dovendosi escludere una sua responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., potrebbe ipotizzarsi almeno la previsione di un indennizzo<sup>74</sup> a favore del professionista, a copertura delle spese sostenute confidando sulla permanenza del potere di disposizione sui dati dell'utente.

#### IV. LA VIOLAZIONE DEL GDPR QUALE DIFETTO DI CONFORMITÀ.

Un'ulteriore ipotesi di intersezione tra disciplina contrattuale, consumeristica e data protection è prospettabile durante la fase patologica del rapporto: in caso di inadempimento, anche al consumatore che "ha pagato" mediante cessione dei dati personali viene attribuita dalla direttiva la facoltà di avvalersi dei rimedi

73 LANGHANKE, C., SCHMIDT KESSEL, M.: "Consumer data as consideration", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, n. 13, p. 218 ss; contra, RESTA, G.: "Revoca del consenso", cit., p. 313 secondo il quale l'aver manifestato un consenso al trattamento dei dati non produce in capo al titolare un affidamento giuridicamente tutelabile, con la conseguenza che l'esercizio della revoca non dipende dall'esistenza di un giustificato motivo. In generale, sull'opportunità di condizionare il diritto potestativo ad un sindacato di merito circa l'esistenza di un motivo legittimo di esercizio, vid. RESCIGNO, P.: "L'abuso del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 1, n. 1, p. 205 ss.

74 RESTA, G.: "Revoca del consenso e interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299-333, spec. pp. 327-333, che ipotizza il sorgere di un'obbligazione indennitaria dall'art. 142 comma 2 della legge sul diritto d'autore.

contrattuali ivi previsti, come anticipato dal Considerando 24<sup>75</sup>, nell'ottica di evitare ogni disparità di trattamento.

Nonostante la dedotta insussistenza del nesso di corrispettività, il conferimento di dati personali costituisce una giustificazione causale della prestazione dell'operatore economico che si colloca all'esterno del contratto, ma dentro il contesto dell'operazione economica complessivamente realizzata: la cessione dei dati personali dà comunque luogo ad un sacrificio patrimoniale del consumatore, che deve essere considerato nella ricostruzione dell'equilibrio normativo del contratto, e che legittima, anche per tali ipotesi, l'estensione dei rimedi.

Nello specifico, essi attengono ai casi di mancata fornitura (art. 13) e di difetto di conformità (art. 14). Nel primo caso, il consumatore, salvo i casi di diritto al recesso immediato di cui al par. 2, dopo aver invitato nuovamente l'operatore economico ad adempiere senza esito, può recedere dal contratto.

Quanto alla seconda ipotesi, è necessario preliminarmente chiarire cosa debba intendersi con il concetto di "conformità". Rispetto alla formulazione dell'art. 2 della direttiva 1999/44/CE, il nuovo testo abbandona il riferimento alla "presunzione di conformità" e prevede, all'art. 6, che il contenuto o il servizio digitale è conforme al contratto se rispettoso dei requisiti soggettivi ed oggettivi di cui ai successivi artt. 7 e 8.

Senza soffermarsi su ciascuno di essi, giova rilevare che il carattere "digitale" del contenuto o del servizio, in uno con l'erogazione spesso continuata della fornitura, sembrerebbero determinare uno spostamento<sup>76</sup> della posizione dell'operatore economico verso il profilo obbligatorio rispetto a quello tradizionale della garanzia<sup>77</sup>. A conferma di ciò, può farsi riferimento anche all'obbligo continuativo di assistenza e aggiornamento a fronte del diritto del consumatore alla conformità nel corso del tempo, come previsto dall'art. 8 commi 2 e 4, diretto ad assicurare la persistenza della conformità del bene ben oltre il momento della consegna.

75 Considerando 24 della direttiva (UE) 2019/770: "La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. (...) la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali (...)".

76 È ben noto il dibattito dottrinale tra quanti riconducono i rimedi previsti per la vendita di beni di consumo allo schema della responsabilità da inadempimento di un'obbligazione contrattuale e quanti invece preferiscono richiamarsi al diverso schema della garanzia, senza la mediazione di alcun dovere di condotta. In argomento, *vid.* DI MAJO, A.: "Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2002, n. 1, pp. 1-21; MAZZAMUTO, S.: «Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo», *Europa e diritto privato*, 2004, n. 4, pp. 1029-1125; DALLA MASSARA, T.: "Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo", *Rivista di diritto civile*, 2007, vol. 2, n. 2, pp. 123-154; da ultimo, in generale, *Io.: La vendita di beni mobili*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

77 MOSCATI, E.: "La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità", *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 2, pp. 346-386; BARENGHI, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina", *cit.*, pp. 817-819.

Con riguardo invece ai profili di sovrapposizione tra la disciplina del difetto di conformità ed i contratti di cessione di dati personali, si nota in primis che la regola generale riconosce al consumatore la possibilità di recedere soltanto nel caso di difetto di conformità di non lieve entità, gravando l'operatore economico del relativo onere probatorio. Tale limitazione è prevista soltanto se il contenuto o il servizio digitale è stato fornito dietro pagamento di un prezzo, mentre non trova applicazione nella diversa ipotesi di cessione dei dati personali, dal momento che in questa seconda eventualità il consumatore non potrebbe giovare del rimedio della riduzione del prezzo, come chiarito dal Considerando 67.

Ma l'aspetto più rilevante circa l'interferenza tra la tutela del consumatore e la protezione dei dati personali attiene all'impatto che la seconda possa avere sugli artt. 6-9 della direttiva: ci si domanda cioè se le violazioni del GDPR costituiscano un difetto di conformità idoneo a consentire l'esercizio dei rimedi ex art. 14<sup>78</sup>. Sul punto, si dà atto di un'evidente distonia tra l'ambito dei Considerando della direttiva ed il suo apparato normativo: mentre nel corpo degli articoli manca qualsiasi riferimento ad eventuali obblighi in capo al titolare per garantire la conformità del contenuto o del servizio digitale anche alle prescrizioni del GDPR, il Considerando 48<sup>79</sup> è chiaro nell'affermare che la mancata conformità a tali obblighi integra un difetto di conformità agli effetti della direttiva. Al suo interno sono indicate anche le fattispecie concrete in cui può verificarsi un tale difetto di conformità: in primis, se l'operatore economico ha assunto uno specifico obbligo contrattuale mediante apposite clausole che esplicitamente prevedano un requisito di sicurezza tra quelli di conformità, tale impegno determina l'insorgenza di un requisito soggettivo di conformità ex art. 7.

Il problema potrebbe porsi in caso di mancata espressa assunzione di responsabilità da parte dell'operatore economico; ma anche per questa ipotesi il Considerando 48 prevede una soluzione, con riguardo alla ratio dei requisiti oggettivi di conformità ex art. 8, introdotti appositamente allo scopo di contrastare standard qualitativi eccessivamente carenti. Sarà necessario valutare se il contenuto o il servizio digitale sia "adeguato agli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato" (art. 8 par. 1 lett. a)) e sia "delle quantità" nonché presenti "la qualità e le caratteristiche di prestazione (...) che si ritrovano abitualmente nei

78 ADDANTE, A.: "La circolazione negoziale", cit., pp. 924-925: "Il punto è di notevole interesse poiché apre alla possibilità di una concreta incorporazione della data protection nelle maglie dei rimedi contrattuali, non soltanto per singole e specifiche ipotesi, bensì anche con riguardo ai principi fondamentali che informano l'intera impalcatura del GDPR".

79 Considerando 48 della direttiva (UE) 2019/770: "È altresì possibile considerare, in funzione delle circostanze del caso, che gli elementi che determinano un difetto di conformità rispetto ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679 (...) costituiscano un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi di cui alla presente direttiva. (...) Qualora gli elementi che determinano la non conformità ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679 costituiscano anche un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi come previsti dalla presente direttiva, il consumatore dovrebbe avere diritto ad avvalersi dei rimedi per difetto di conformità previsti dalla presente direttiva (...)".

contenuti digitali o nei servizi digitali dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi” (art. 8 par. 1 lett. b)). In questa sede sono richiamati il diritto dell’Unione europea e nazionale, le norme tecniche e i codici di condotta quali standard medi di sicurezza dei dati, da garantire indipendentemente dall’inserimento degli stessi nelle clausole contrattuali.

Come già detto, nel corpus normativo della direttiva manca qualsiasi richiamo a tali vizi di conformità, a differenza del citato considerando; cionondimeno, a sostegno della tesi della qualificazione del rispetto delle prescrizioni di cui al GDPR quale requisito di conformità contrattuale possono essere addotte diverse ragioni di carattere testuale e sistematico.

In primis, la direttiva contiene importanti richiami al GDPR: l’art. 3 par. 8, in attuazione del Considerando 37, prevede l’applicazione del diritto dell’Unione in materia di dati personali nell’ambito dei contratti di fornitura oltre alla sua prevalenza in caso di conflitto. Altro dato normativo importante è l’art. 16 par. 2, che impone all’operatore economico il rispetto degli obblighi di cui al GDPR nel caso in cui il contratto venga risolto: come correttamente è stato dedotto<sup>80</sup>, sarebbe contraddittorio prevedere la vincolatività del GDPR solo al momento della risoluzione del contratto e non durante la fase esecutiva, in relazione al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura.

Più in generale, l’art. 129 del codice del consumo, che rappresenta la base normativa del diritto civile italiano della disciplina dei difetti e delle garanzie di conformità, prevede al comma 2 lett. c), quale presunzione di conformità, quella secondo cui i beni “presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene”: ai fini della sussistenza di un tale vizio di conformità, rileverebbero anche le irregolarità giuridiche<sup>81</sup>, cioè le difformità tra le caratteristiche del bene e quelle imposte da norme imperative di carattere pubblicistico, come quelle contenute nel GDPR. Ancora, all’obiezione per cui la direttiva si riferisca alla conformità del prodotto al “contratto” (e non alla legge), può agevolmente replicarsi sia in punto di inderogabilità delle prescrizioni in materia di protezione

80 CAMARDI, C.: “Prime osservazioni”, cit., p. 517: “(...) sicché sembrerebbe ancora una volta contraddittorio che il GDPR sia vincolante (soltanto) al momento della risoluzione del contratto e non con riguardo al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura quando questa comporta il trattamento dei dati personali”.

81 ZACCARIA, A., DE CRISTOFARO, G.: *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis-1519-nonies del codice civile*, Cedam, Padova, 2002, p. 40; VECCHI, P.V.: “Sub art. 1519-ter, 2° comma”, in AA.VV.: *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo: artt. 1519 bis-1519 nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24* (a cura di L. GAROFALO), Cedam, Padova, 2003, pp. 155-165, vede nella disciplina una conferma dell’inattualità delle azioni edilizie. Secondo l’A. nella nuova figura della conformità rientrerebbero non soltanto tutti i vizi materiali della cosa, ivi compreso il caso dell’aliud pro alio, ma anche i casi di irregolarità giuridiche, che non meriterebbero più particolarismi di disciplina.

dati, sia con riguardo all'operatività del principio di integrazione del contratto ex art. 1374 c.c.

Il percorso argomentativo sinora tracciato conferma la tesi per cui gli obblighi imposti dal GDPR al titolare del trattamento assumono il ruolo di requisiti di conformità, che il consumatore ha il diritto di pretendere secondo le modalità di cui agli artt. 6-9 della direttiva; la mancanza degli stessi gli consente l'esercizio dei rimedi (manutentivi e caducatori) previsti per in caso di difetto di conformità, mentre rimane altresì impregiudicata l'ordinaria azione per il risarcimento del danno.

## V. IL DATO PERSONALE TRA VISIONE PERSONALISTICA E NEGOZIALE.

Al fine di attribuire una collocazione sistematica alla direttiva in esame in relazione al suo oggetto, è necessario estendere la prospettiva di analisi dei dati personali, anche in relazione alle diverse ricostruzioni del fenomeno della loro negoziabilità.

Secondo il primo e più tradizionale orientamento<sup>82</sup>, la mercificazione dei dati personali è un fenomeno rischioso e da arginare. I dati personali rappresentano un'estrinsecazione della personalità individuale e, di conseguenza, il diritto alla loro protezione è considerato fondamentale, assoluto, indisponibile ed imprescrittibile. Solo l'interessato ha il controllo sulle proprie informazioni, con conseguente esclusione di ogni possibilità di commercializzazione. Tale rigorosa lettura discende dalla collocazione del diritto alla protezione dei dati personali all'interno del tutela della riservatezza, ricavabile dalla lettura in chiave sistematica degli articoli 8 della CEDU, 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché 16 del TFUE. In tale contesto, fortemente influenzato dalle convinzioni etico-morali improntate sulla sacralità del soggetto e sulla sua non monetizzabilità, non stupisce che "si siano ritenute le categorie del negozio giuridico e dei diritti della personalità se non antitetiche almeno scarsamente comunicanti fra loro<sup>83</sup>".

A conferma di questa consolidata tendenza, ancora difficile da scardinare, sta la ritenuta fungibilità dei termini "privacy" e "protezione dei dati personali", sebbene la portata di questa seconda espressione sia ben più ampia, coinvolgendo il trattamento dei dati personali profili ulteriori rispetto alla sola riservatezza<sup>84</sup>. La

82 ALPA, G.: «L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione», *Contratto e impresa*, 2017, n. 3, pp. 723-727, spec. p. 727, dove evidenzia che "non è (...) accettabile l'idea che la persona eserciti un diritto di proprietà sui propri dati e ne possa disporre liberamente"; RODOTÀ, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica di diritto privato*, 1997, n. 4, p. 583.

83 ZENO ZENCOVICH, V.: "Profili negoziali degli attributi della personalità", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1993, n. 2, p. 545 ss.

84 La protezione dei dati personali costituisce lo sviluppo della tutela della privacy (cd. right to be alone), allo scopo di assicurare il costante controllo da parte del titolare dei dati in ogni operazione di acquisizione e

lettura tradizionale del fenomeno ha invece dato quasi esclusivo rilievo alla sola attività di controllo dell'interessato sulla propria sfera personale, secondo quello che è stato definito come il "protagonismo dell'interessato"<sup>85</sup>.

Nonostante la correttezza dei precedenti rilievi, ci si è progressivamente resi conto di come la commercializzazione dei dati sia ormai una realtà diffusa, e che la tutela del dato personale non possa rimanere ancorata alla sola normativa inerente i rapporti di status, con il rischio altrimenti di trascurare le riflessioni relative all'utilizzo dei dati per finalità commerciali e di non prestare sufficiente attenzione alle inevitabili ricadute sul diritto delle obbligazioni e dei contratti.

L'opposta tendenza, orientata alla consapevolezza dell'esistenza di un mercato dei dati personali, oltre ad essere sostenuta in dottrina, è confortata da alcuni indici normativi contenuti nel GDPR, che mostra, nella sua struttura di sistema, di tenere in adeguata considerazione anche le istanze patrimoniali potenzialmente confliggenti con la tutela della privacy.

Il Regolamento chiarisce, sin dal suo esordio, come il diritto alla protezione dei dati personali non costituisca una prerogativa assoluta, ma necessiti di essere letto alla luce della sua "funzione sociale"<sup>86</sup>, nell'ottica di un contemperamento con altri diritti e libertà fondamentali riconosciuti e tutelati a livello europeo, nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>87</sup>.

Nel preambolo, il Considerando n. 6 sottolinea come la tecnologia abbia trasformato l'economia e le relazioni sociali e come dovrebbe agevolare la libera circolazione dei dati personali, garantendone al tempo stesso un elevato livello di protezione; ciò, allo scopo, enunciato dal successivo Considerando n. 10, di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e di rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Chiara sul punto è anche la formulazione dell'art. 1 par. 3, secondo cui "la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per

---

trattamento dei medesimi. RODOTÀ, S.: "Persona, riservatezza, identità", cit., pp. 588-589; PARDOLESI, R.: "Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. PARDOLESI), Giuffrè, Milano, 2003, p. 1 ss; RESTA, G.: "Il diritto alla protezione dei dati personali", in AA.VV.: *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, (a cura di F. CARDARELLI, S. SICA e V. ZENO ZENCOVICH), Giuffrè, Milano, 2004, p. 19 ss; AA.VV.: *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele* (a cura di A.M. GAMBINO e A. STAZI), Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

85 RODOTÀ, S.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO e V. ZENO ZENCOVICH), Giuffrè, Milano, 1998, p. 295.

86 Si vedano le riflessioni di RICCI, A.: "Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2017, n. 2, pp. 586-612, spec. pp. 596-597.

87 Considerando 4 del Regolamento (UE) 2016/679: "Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità".

motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali<sup>88</sup>”.

Lo scopo del GDPR non è quello di far prevalere la logica economica su quella della tutela dei diritti umani<sup>89</sup>, ma di affiancare all’approccio morale quello negoziale, anche al fine pratico di fornire un adeguato e completo apparato rimediabile all’utente il quale, prima ancora di essere consumatore ex art. 2 n. 1) della direttiva 2011/83, è soggetto debole e meritevole di protezione giuridica, in quanto interessato al trattamento dati<sup>90</sup>. Com’è stato autorevolmente osservato “la disciplina del fenomeno del trattamento dei dati nella prospettiva del diritto civile è - e sarà e non potrà che essere - sempre caratterizzata da una ineliminabile intersezione dei piani e delle logiche dei diritti assoluti con le situazioni giuridiche dei rapporti obbligatori<sup>91</sup>”.

La commercializzazione dei dati personali non è dunque vietata, ma subordinata a condizioni più o meno stringenti a seconda del caso concreto, ai fini della realizzazione di una commerciabilità dinamicamente limitata (“dynamically limited alienability rule<sup>92</sup>”) dipendente da una valutazione caso per caso del corretto trattamento dei dati personali.

## VI. CONCLUSIONI: LA RILEVANZA SISTEMATICA DELLA DIRETTIVA.

Al di là delle dichiarazioni di principio e pur non escludendo espressamente l’ipotesi di una cessione di dati personali, il Regolamento privacy non indica alcuna disciplina specifica applicabile ai risvolti negoziali scaturenti dalle attività di trattamento. Occorre dunque interrogarsi sulla possibilità di affidare il bilanciamento<sup>93</sup> tra tali opposte esigenze anche agli strumenti dell’autonomia

88 Cfr. D’ACQUISTO, G., PIZZETTI, F.: “Regolamentazione dell’economia dei dati e protezione dei dati personali”, *Analisi giuridica dell’economia*, 2019, n. 1, pp. 89-108, spec. p. 90, secondo i quali il GDPR non è soltanto una “regolazione a tutela di un diritto fondamentale”, ma costituisce il “baricentro intorno al quale costruire un’economia dei dati dell’Unione”.

89 BRAVO, F.: *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, Cedam, Padova, 2018, p. 12 afferma, con riguardo al nuovo testo del GDPR rispetto alla Direttiva del 1995, che uno degli aspetti innovativi sembra dato proprio dall’approccio volto ad enfatizzare maggiormente la dimensione della libera circolazione rispetto a quello teso ad esaltare la dimensione della tutela della persona rispetto al trattamento dei dati personali.

90 THOBANI, S.: “Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente”, *Rivista di diritto dei media*, 2019, n. 3, pp. 131-147. All’interno del saggio, l’autrice confronta due piani normativi, cioè le norme a tutela dei consumatori, da un lato, e quelle in materia di protezione dei dati personali, dall’altro, e come queste affrontino la questione della legittimità del mercato dei dati personali, giungendo alla conclusione che mentre le prime si limitano a indicare come tale scambio debba essere attuato, sono le seconde a stabilire i criteri per verificarne la legittimità sostanziale.

91 RICCIUTO, V.: “La patrimonializzazione”, cit., p. 702.

92 JANECEK, V., MALGIERI, G.: “Commerce in data and the dynamically limited alienability rule”, *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 7-8.

93 Sul punto, vid. PIRAINO, F.: “Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato”, *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, 2, pp. 369-409. Vid. anche PIZZETTI, F.: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 12 ss.

contrattuale, e su quali siano i caratteri e gli elementi dei relativi modelli negoziali. Proprio sotto tale profilo la direttiva UE 2019/770 assume una notevole importanza sistematica, giacché costituisce il primo espresso riconoscimento formale del processo di commercializzazione dei dati personali, per il tramite della tipizzazione della fattispecie negoziale di scambio tra contenuti o servizi digitali e dati personali.

La direttiva inoltre riconferma la “doppia anima” che caratterizza il GDPR<sup>94</sup>, ponendosi in un’ottica di specialità e di continuità con il predetto regolamento. Come si è precedentemente sottolineato infatti, il testo normativo conserva un margine di ambivalenza quanto al rapporto tra disciplina negoziale e tutela della privacy. Essa si mostra consapevole del fatto che la logica di mercato ha da tempo coinvolto fattispecie aventi ad oggetto vari diritti della personalità, e a questo processo di “commodification” non sono rimasti estranei i dati personali<sup>95</sup>. Di contro tuttavia, anche grazie alle pur generiche dichiarazioni di principio che statuiscono la prevalenza del GDPR in caso di conflitto, si mostra restia nell’abbandonare l’approccio morale che contraddistingue la tutela dei dati personali, manifestazione di diritti inviolabili ed espressione della tutela della persona in quanto tale. Sintomatico di questo duplice animo è il problema del doppio consenso e del collegamento tra i due momenti negoziali, di cui si è detto sopra.

In conclusione, la direttiva oggetto della presente disamina si rivela uno strumento in grado di garantire la coesistenza tra la logica economica e la tutela dei diritti umani, riconciliando i due aspetti dello stesso fenomeno in un’ottica di reciproca integrazione, anche ai fini dell’implementazione del sistema di tutele<sup>96</sup>. Sul punto, essa fornisce una base normativa sufficiente ad incanalare l’autonomia privata all’interno di un sistema di regole condivise. Il testo sarà presto integrato dalle disposizioni di attuazione dei singoli Stati membri, che chiariranno, nel rispetto del principio di armonizzazione massima, le lacune e le incertezze interpretative a cui il testo europeo ha cui comunque dato adito: sarebbe stato infatti opportuno un maggiore coordinamento tra i diversi settori normativi che vengono in rilievo,

94 Sul rapporto tra libertà economiche e il diritto alla protezione dei dati personali *vid.* POLLICINO, O., BASSINI, M.: “Bridge is Down, Data Truck Can’t Get Through... A Critical View of the Schrems Judgment in the Context of European Constitutionalism”, in AA.VV., *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence 2016* (a cura di G. ZICCARDI CAPALDO), Oceana, Oxford, 2017, p. 254, i quali sottolineano la dimensione assolutizzante che, perlomeno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha assunto il secondo rispetto alle prime. *Vid.* anche ZORZI GALGANO, N.: “Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy”, in AA.VV., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. ZORZI GALGANO), Cedam, Padova, 2019, p. 35 ss.; D’IPPOLITO, G.: “Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale”, *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2020, n. 3, pp. 635-674.

95 RESTA, G.: “Contratto e limiti della personalità” in AA.VV., *Trattato del contratto* (a cura di V. ROPPO), VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 10; *Id.*, *Dignità, persone, cit.*, p. 34.

96 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, v. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 510 osserva come “la protezione del consumatore non sempre si realizza mediante la tutela del consumo: talvolta il soggetto è tutelato in quanto cittadino, talvolta in quanto persona (...). Il consumatore non è uno status, ma una posizione contrattuale da individuare e accertare di volta in volta (...)”.

aspetto su cui l'articolato della direttiva si mostra invece carente. L'attuazione di tale disciplina è tanto necessaria quanto complessa, in ragione della dimensione costituzionale<sup>97</sup> del diritto alla tutela dei dati personali e della rapidità evolutiva<sup>98</sup> che caratterizza il mondo digitale, in cui tali dati inevitabilmente sono immersi.

---

97 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2015, p. 237 ss; CALIFANO, L.: "Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile", in AA.VV.: *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale* (a cura di L. CALIFANO e C. COLAPIETRO), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 47 ss.

98 ADDANTE, A.: "La circolazione negoziale", cit., p. 896; POLETTI, D.: "Vere sfide e falsi miti del GDPR", in *Nuovo diritto civile*, 2019, n. 2, pp. 43-57.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele* (a cura di A.M. GAMBINO e A. STAZI), Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

ADDANTE, A.: "La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali", *Giustizia civile*, 2020, n. 4, pp. 889-931, spec. pp. 908 ss.

ADDIS, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", nel seminario tenutosi presso l'Università di Roma "La Sapienza", il 21 giugno 2019, pp. 1 ss.

ALPA, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 825 ss.

ALPA, G.: "L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione", *Contratto e impresa*, 2017, n. 3, pp. 723 ss.

AURICCHIO, A.: voce "Autorizzazione", *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 502 ss.

BARBA, A.: "Le modalità del trattamento", in AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (a cura di V. CUFFARO e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 180 ss.

BARENGHI, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 806 ss.

BASUNTI, C.: "La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 860 ss.

BERTELLI, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Europa e diritto privato*, 2019, n. 4, pp. 953 ss.

BIANCA, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 60, n. 2, pp. 252 ss.

BILOTTA, F.: "Consenso e condizioni generali di contratto", in AA.VV.: *Il trattamento dei dati personali* (a cura di V. CUFFARO e V. RICCIUTO), II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 87 ss.

BOZZI, L.: "La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali", in AA.VV.: *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere nel diritto europeo della vendita* (a cura di A. ADDANTE), Giuffrè, Milano, 2016, pp. 128 ss.

BOZZI, L.: "Le proposte di direttiva sui contratti di vendita "on line" e sulla fornitura di contenuti digitali e la disciplina delle obbligazioni restitutorie - un tentativo (riuscito?) di bilanciamento dei contrapposti interessi", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, vol. 4, n. 1, pp. 603 ss.

BRAVO, F.: "Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali", in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2017, pp. 101 ss.

BRAVO, F.: *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Padova, 2018, pp. 12 ss.

BRAVO, F.: "Lo 'scambio di dati personali' nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto", *Contratto e impresa*, 2019, n. 1, pp. 34 ss.

CABAZZI, R.: "Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"", *Rivista di diritto dei media*, 2020, n. 2, pp. 316 ss.

CAGGIA, F.: "Libertà ed espressione del consenso", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 249 ss.

CALIFANO, L.: "Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile", in AA.VV.: *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale* (a cura di L. CALIFANO e C. COLAPIETRO), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 47 ss.

CALISAI, F.: "I diritti dell'interessato", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 327 ss.

CAMARDI C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giustizia civile*, 2019, n. 3, pp. 499-523, spec. p. 503 ss.

CAMARDI, C.: "Le regole speciali dettate per i "beni con elementi digitali" e la nozione di difetto di conformità nella dir. 2019/770/UE sui contratti per la fornitura

di contenuti e servizi digitali”, intervento al seminario *L'armonizzazione (quasi) completa delle discipline nazionali dei contratti di compravendita mobiliare*, tenutosi presso l'Università di Ferrara il 30 maggio 2019, pp. 1 ss.

CIAN, G.: voce “Pagamento”, *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XIII, Utet, Torino, 1995, pp. 234 ss.

D'ACQUISTO, G., PIZZETTI, F.: “Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali”, *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, n. 1, pp. 89 ss.

DALLA MASSARA, T.: *La vendita di beni mobili*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

DALLA MASSARA, T.: “Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo”, *Rivista di diritto civile*, 2007, vol. 2, n. 2, pp. 123 ss.

DE CUPIS, A.: “I diritti della personalità”, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 1982, pp. 93 ss.

DE FRANCESCHI, A.: “Il “pagamento” mediante dati personali”, in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 1381 ss.

DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 79 ss.

DI MAJO, A.: “Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176”, in AA.VV.: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. GALGANO), Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, pp. 121 ss.

DI MAJO, A.: “Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo”, *Europa e diritto privato*, 2002, n. 1, pp. 1 ss.

D'IPPOLITO, G.: “Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale”, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, n. 3, pp. 635 ss.

EL SABI, S.: “La Corte di Giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei cookie”, *Giustiziacivile.com*, 19.02.2020.

EL SABI, S.: “Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il 'digital consumer' nel Mercato Unico Digitale”, *giustiziacivile.com*, 2021, n. 4, pp. 1 ss.

FALCIAI, L.: "Il consenso dell'interessato come condizione per l'offerta di un servizio: la sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018", *Cyberspazio e Diritto*, 2018, n. 3, pp. 421 ss.

FERRANTE, E.: "Thirty Years of CISG: International Sales, 'Italian Style'", *The Italian Law Journal*, 2019, n. 1, pp. 87 ss.

FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 27 ss.

JANECEK, V., MALGIERI, G.: "Commerce in data and the dynamically limited alienability rule", *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 7 ss.

KIM, N. S., JEREMY TELMAN, D. A.: "Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent", *Missouri Law Review*, 2015, vol. 80, pp. 723 ss.

KREMER, S.: "Should I Pokémon Or Go?", *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2016, n. 9, pp. 303 ss.

LANGHANKE, C., SCHMIDT KESSEL, M.: "Consumer data as consideration", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, n. 13, pp. 218 ss.

LO SURDO, C.: "Il ruolo dell'obbligo di informativa", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. PARDOLESI), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 699 ss.

LUCIFREDI, R.: voce "Atti complessi", *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Utet, Torino, 1957, pp. 1503 ss.

MANES, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 93 ss.

MASTROIANNI, R.: "L'attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente", *Contratto e impresa. Europa*, 2018, n. 1, pp. 99-114.

MAZZAMUTO, S.: "Il principio del consenso e il potere della revoca", in AA.VV.: *Libera circolazione e protezione dei dati personali* (a cura di R. PANETTA), I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 993 ss.

MAZZAMUTO, S.: "Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2004, n. 4, pp. 1029 ss.

MESSINETTI, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica del diritto privato*, 1998, n. 3, pp. 339 ss.

MESSINETTI, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica di diritto privato*, 1998, n. 2, pp. 339 ss.

METZGER, A.: "Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?" disponibile su [www.jipitec.eu/issues](http://www.jipitec.eu/issues), pp.1 ss.

MIGLIARESE, F.: voce "Atto complesso", *Enciclopedia giuridica*, IV, Treccani, Roma, 1988, pp. 339 ss.

MIRABELLI, G.: "Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, n. 2, pp. 313 ss.

MOSCATI, E.: "La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità", *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 2, pp. 346 ss.

NARCISO, M.: "Gratuitous Digital Content Contracts in EU Consumer Law", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, n. 5, pp. 198 ss

NAVONE, G.: "Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014* (a cura di G. D'AMICO), Cedam, Padova, 2015, pp. 147 ss.

NICOLUSSI, A.: voce "Autonomia privata e diritti della persona", *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 133 ss.

OPPO, G.: "Sul consenso dell'interessato", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO e V. ZENO ZENCOVICH), Giuffrè, Milano, 1999, p. 123 ss.

PAGLIANTINI, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata nella dir. UE 2019/771", *Giurisprudenza italiana*, 2020, n. 1, pp. 217 ss.

PAGLIANTINI, S.: "L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)", in AA.VV.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole* (a cura di G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI), G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 61 ss.

PARDOLESI, R.: "Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. PARDOLESI), Giuffrè, Milano, 2003, p. 1 ss

PATTI, S.: "Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, 1999, vol. 4, n. 2, pp. 455 ss.

PERLINGIERI, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rassegna di diritto civile*, 1990, n. 3, pp. 330 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, v. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 510 ss.

PIRAINO, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritto dell'interessato", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, 2, pp. 369 ss.

PIZZETTI, F.: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 12 ss.

POLETTI, D.: "Vere sfide e falsi miti del GDPR", *Nuovo diritto civile*, 2019, n. 2, pp. 43-57.

POLLICINO, O., BASSINI, M.: "Bridge is Down, Data Truck Can't Get Through... A Critical View of the Schrems Judgment in the Context of European Constitutionalism", in AA.VV.: *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence 2016* (a cura di G. ZICCARDI CAPALDO), Oceana, Oxford, 2017, pp. 254 ss.

QUARTA, A.: "La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale", *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 1013 ss.

RESCIGNO, P.: "L'abuso del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 1, n. 1, pp. 205 ss.

RESTA, G., ZENO ZENCOVICH, V.: "Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, n. 2, pp. 411 ss.

RESTA, G.: "Contratto e limiti della personalità" in AA.VV.: *Trattato del contratto* (a cura di V. ROPPO), VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 10 ss.

RESTA, G.: "Diritti della personalità e autonomia contrattuale", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (a cura di R. SACCO), I, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 548 ss.

RESTA, G.: "Il diritto alla protezione dei dati personali", in AA.VV.: *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, (a cura di F. CARDARELLI, S. SICA e V. ZENO ZENCOVICH), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 19 ss.

RESTA, G.: "Revoca del consenso e interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299 ss.

RESTA, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 339.

RESTA, G.: *Dignità, persone, mercati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 93 ss.

RESTA, G.: "Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299 ss.

RHOEN, M.: "Big data and Consumer Participation in Privacy Contracts: Deciding who Decides on Privacy", *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, vol. 31 n. 80, pp. 51-71, spec. p. 53 ss.

RICCI, A.: "Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2017, n. 2, pp. 586 ss.

RICCIUTO V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, n. 4-5, pp. 689 ss.

RICCIUTO, V.: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, 2020, n. 3, pp. 642 ss.

RICCIUTO, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA.VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. PICCOZZA e V. RICCIUTO), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 357 ss.

RODOTÀ, S.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO e V. ZENO ZENCOVICH), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 295 ss.

RODOTÀ, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica di diritto privato*, 1997, n. 4, pp. 583 ss.

RODOTÀ, S.: "Protezione dei dati personali e circolazione delle informazioni", *Rivista critica di diritto privato*, 1984, n. 4, pp. 762 ss.

RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2015, pp. 237 ss.

RUMI, T.: "Eccezioni al diritto di recesso (Art. 59 codice del consumo)", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. 21/2014* (a cura di G. D'AMICO), Cedam, Padova, 2015, pp. 263 ss.

SENIGAGLIA, R.: "La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 760 ss.

SICA, S.: "Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica", *Rivista di diritto civile*, 2001, vol. 6, n. 2, pp. 621 ss.

SOLOVE, D.J.: "Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *Harvard Law Review*, 2013, vol. 126, n. 7, pp. 1080 ss.

SPINDLER, H., NINK, J.: "Sub 28 BDSG", in AA.VV.: *Recht der Elektronischen Medien: Kommentar* (a cura di H. SPINDLER e F. SCHUSTER), 3, C. H. Beck, Monaco, 2015, pp. 150 ss.

THOBANI, S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 46 ss.

THOBANI, S.: "Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente", *Rivista di diritto dei media*, 2019, n. 3, pp. 131 ss.

THOBANI, S.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Europa e diritto privato*, 2016, n. 2, pp. 513 ss.

THOBANI, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 52 ss.

VECCHI, P.V.: "Sub art. 151.9-ter, 2° comma", in AA.VV.: *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo: artt. 1519 bis-1519 nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24* (a cura di L. GAROFALO), Cedam, Padova, 2003, pp. 155 ss.

VIGENTINI, A.: "Newsletter" pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato", *La rivista di diritto dei media*, 2018, n. 3, pp. 1 ss.

WENDEHORST, C.: "Consumer contracts and the Internet of things", in AA.VV.: *Digital revolution: Challenges for contract law in practice* (a cura di R. SCHULZE e J. STAUDENMAYER), Nomos, Oxford-Baden Baden, 2016, pp. 193 ss.

ZACCARIA, A., DE CRISTOFARO, G.: *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis-1519-nonies del codice civile*, Cedam, Padova, 2002, pp. 40 ss.

ZANOVELLO, F.: "Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, vol. 12, n. 1, pp. 1778 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Do "Data markets" Exist?", *Medialaw*, 2019, n. 3, pp. 1 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Profili negoziali degli attributi della personalità", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1993, n. 2, p. 545 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)", *Rivista critica di diritto privato*, 1999, n. 3, pp. 485 ss.

ZORZI GALGANO, N.: "Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy", in AA.VV., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. ZORZI GALGANO), Cedam, Padova, 2019, p. 35 ss.

