

Bilancio Comunità Persona 1/2025

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 1 - 2025

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

DIREZIONE SCIENTIFICA

Aldo Carosi	Vanessa Manzetti
Elisa Cavasino	Guido Rivosecchi
Ines Ciolli	Giuseppe Verde
Giovanna Colombini	

DIREZIONE EDITORIALE

Laura d'Ambrosio	Francesco Sucameli	Giovanni Guida
------------------	--------------------	----------------

COMITATO SCIENTIFICO

Vincenzo Barba	Massimo Luciani
Monica Bergo	Nicola Lupo
Chiara Bergonzini	Simone Mezzacapo
Francesco Bilancia	Vittorio Occorsio
Gianluigi Bizioli	Simone Pajno
Guido Calabresi	Giuseppe Palmisano
Ignacio Calatyud Prats	Barbara Pezzini
Francesco Capalbo	Eugenio Picozza
Carlo Colapietro	Giovanna Pistorio
Barbara Cortese	Antonio Saitta
Giacomo D'Angelo	Maria Alessandra Sandulli
Marcello Degni	Gino Scaccia
Francesco Fimmanò	Vincenzo Sforza
Sergio Foà	Riccardo Ursi
Loredana Giani	
Valentina Giomi	

REDAZIONE

Patrizio I. D'Andrea	Francesca Carpita
Carla Di Martino	Emanuele Rosi Fratto Grippaudo

INDICE

Editoriale di Francesco Bilancia
p.5

DOTTRINA

Il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, oggi
di Guido Rivosecchi p. 15

Il giudizio di parificazione dallo Stato di diritto alla democrazia giurisdizionale
di Luca Longhi..... p. 42

La responsabilità finanziaria: analisi di un mito
di Elisa D'Alterio..... p. 53

La limitazione della giurisdizione della Corte dei conti, tra dubbi ermeneutici e problematiche (dis)applicazioni
di Giovanna Pistorio..... p. 77

Indici ISTAT e rapporto giuridico di rilevanza finanziaria: *Actio finium regundorum* tra giudice amministrativo e giudice contabile? (a margine di cass. SS.UU., n. 30220/2024)
di Sergio Foà e Antonio Chiarella p. 101

Nomofilachia e giudizio di parifica: si torna indietro di un ventennio. Osservazioni critiche sulla sentenza delle sezioni riunite della Corte dei conti n 34/2024
di Mario Pischeddap. 123

Il principio *consent or pay* e il problema costituzionale di pagare con i dati
di Elena di Carpegna Brivio..... p. 144

Una “sentenza monumento” sul regionalismo italiano (già obliata da camere distratte e ministri riottosi? (nota a Corte costituzionale, sent. n. 192 del 2024)
di Roberta Calvano..... p. 163

Contratti derivati, meritevolezza degli interessi ed <<effettività>> dell'operazione economica
di Gianluca Tarantino..... p. 175

L'*accounting standard overload* e lo *statement overload* nel contesto della pubblica amministrazione italiana
di Vincenzo Cordaro e Salvatore Cincimino.....p. 201

ATTUALITÀ

Tra Scilla e Cariddi: alcune considerazioni in merito all'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti.
di Matteo Celsa p. 229

Il “potere di *soft law*” della corte dei conti europea: anomalia o normalità nell'unione europea?
di Dario Pio Muccillo p. 249

STORIA DELLA DOTTRINA

Introduzione alla lettura di Giovanni Guida.....p.268

Capitolo II - Composizione della Corte dei Conti in "La Corte dei conti", Torino, Bocca, 1882, 160-164 *di Giovan Battista Ugo*

Titolo I “Istituzione e composizione della Corte e degli uffici da essa dipendenti” in “La Corte dei conti in Italia”, ed. aggiornata, Milano, Vallardi, 1925, 70-77

di Edoardo Vicario

DOTTRINA

**IL PRINCIPIO *CONSENT OR PAY* E IL PROBLEMA COSTITUZIONALE
DI PAGARE CON I DATI¹**

*di Elena di Carpegna Brivio
Ricercatrice di Diritto Pubblico
Università Milano Bicocca*

SOMMARIO

1. La personalità umana da diritto a *commodity*.
2. La centralità del consenso nel diritto europeo.
3. I primi tentativi di limitare il *Consent or Pay*.
4. L'applicazione del *Digital Markets Act* in relazione al *Consent or Pay*.
5. Per una costituzionalizzazione della società digitale

ABSTRACT

*Il paper analizza l'approccio dell'Unione Europea rispetto allo schema commerciale *Consent or Pay* con l'obiettivo di evidenziare come la digitalizzazione stia mettendo in crisi la valutazione ottimistica del mercato che è stata propria degli anni della globalizzazione. La tradizionale neutralità regolatoria delle istituzioni europee è stata progressivamente ripensata per cercare di arginare il potere privato di grandi corporations che, grazie alla capacità di trattare e riutilizzare dati personali, sono in grado di esercitare una notevole influenza sulla personalità umana. Il *Digital Markets Act*, in particolare, è stato interpretato dalla Commissione europea come uno strumento per arginare fenomeni di commercializzazione del consenso, aprendo però delle fratture all'interno del diritto europeo che mettono in evidenza la necessità di ragionare secondo il patrimonio concettuale proprio del diritto costituzionale.*

The consent or pay principle and the constitutional problem of paying with data

*The paper analyzes the European Union's approach to *Consent or Pay* to highlight how digitization is undermining the optimistic market assessment characteristic of the years of globalization. European Union has recently reconsidered its traditional regulatory neutrality to curb the private power of large corporations that dominate the processing of personal data. Primarily, the *Digital Markets Act* is emerging as a tool to restrict the commercialization of consent. The concerns raised by the recent decisions of the European Commission against *Consent or Pay* highlight, thus, the need to reconnect personal data treatment to the conceptual heritage proper of Constitutional Law.*

1. La personalità umana da diritto a *commodity*.

Nonostante il consenso non sia l'unica base giuridica che rende legittimo il trattamento dei dati personali, esso è divenuto nel tempo un principio di riferimento nella regolazione del mondo digitale².

A questa centralità ha contribuito l'Unione Europea che, soprattutto col GDPR³, ha utilizzato il consenso per cercare di definire un punto di equilibrio tra due esigenze, la protezione della

¹ Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco in base alla procedura pubblicata nel sito www.dirittoeconomi.it

² G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, 23 ss.; S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice privacy*, in *Europa e diritto privato*, 1/2004, 4 ss.; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

³ Regolamento 2016/679/UE (General Data Protection Regulation).

persona e gli interessi economici allo sfruttamento dei dati personali, che, di per sé, sono confliggenti⁴.

Nella fase attuale, però, sta emergendo come l'ampio uso del consenso nella società digitale abbia contribuito a disarticolare il complesso cammino giuridico che ha portato a considerare la protezione della persona come un nucleo intangibile⁵.

Il diritto pubblico è sempre stato «un linguaggio alternativo rispetto agli interessi»⁶ in quanto il suo significato non è la negoziazione di una composizione momentanea tra elementi che vengono considerati interscambiabili e avulsi dal loro contesto, ma è un procedimento di raffreddamento, e quindi anche di solidificazione, di entità giuridiche che devono essere considerate come uniche e infungibili⁷. Un tempo queste entità erano lo Stato e gli individui, poi, con l'avvento dello Stato sociale, il centro della scena è stato occupato da una personalità umana che si sviluppa nella dimensione comunitaria e rispetto alla quale gli interessi economici non possono essere messi sullo stesso piano.

È noto come il concetto giuridico di persona sia stato costruito dal costituzionalismo del secondo dopoguerra per superare il modello con cui lo Stato moderno aveva isolato il soggetto dai legami sociali che caratterizzano la sua esistenza⁸. È stata allora creata una struttura giuridica capace di radicare lo sviluppo della personalità all'interno della società in modo che l'esistenza umana potesse essere difesa da ogni tipo di potere, pubblico e privato⁹.

L'art. 2 della Costituzione italiana disegna precisamente l'immagine di un'integrazione organica che ha come suo centro la persona e che si irradia poi all'interno della società consentendo a libertà e diritti fondamentali di realizzarsi soprattutto nelle relazioni intersoggettive¹⁰.

L'impostazione costituzionale segna quindi un netto gradiente tra il valore della persona e le libertà economiche: la funzione sociale della proprietà privata e la subordinazione della libertà di iniziativa economica privata a vari fattori, tra cui l'utilità sociale e la dignità umana, sono state alcune delle disposizioni costituzionali che hanno sancito un mondo giuridico nuovo

⁴ F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 3 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale europeo e il regolamento UE sulla privacy*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2018, 43 ss.; R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, cit., 167 ss.

⁵ W. HOFFMANN-RIEM, *Artificial intelligence as a challenge for law and regulation*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020, 1 ss.; G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nella costruzione della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 359 ss.; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Aggiornamento V, 2010, in particolare 723.

⁶ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 35.

⁷ Z. BAUMAN, *Modernità e globalizzazione*, intervista di G. Battiston, Roma, 2009, 15.

⁸ U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 62, 63; E. TOSATO, *Rapporti fra persona, società intermedie e Stato*, in *Persona, società intermedie, Stato*, Milano, 1989, 226; A. AMATO, *Libertà (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974, vol. XXIV, 278, 279

⁹ RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 207 ss. Cfr. anche E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, in particolare 50 ss.; G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del «politico» e del «sociale» nell'Italia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie*, Bologna, 1981, 92.

¹⁰ Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 7 ss. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 45 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011.

in cui la società è ordinata da precisi valori meta-giuridici e l'apparato statale serve per dare garanzia ed effettività a quei valori¹¹.

Gli anni della globalizzazione, però, hanno di molto ristretto le capacità delle Costituzioni di agire sui rapporti economici, perché hanno avviato il radicamento di una *lex mercatoria* che prescinde dalle specificità di un singolo ordinamento avvalendosi del linguaggio, apparentemente universale, degli interessi economici¹². Questo linguaggio utilizza ampiamente il potere di astrazione del valore monetario e si avvale della tecnologia come strumento che consente di impostare le relazioni interpersonali prescindendo da qualsivoglia concetto di prossimità¹³.

Si tratta di un contesto in cui il discorso sui diritti trascolora facilmente in un diffuso meccanismo di rinvio alla volontà del soggetto e in cui l'idea del consenso viene caricata di una rilevanza che è inopportuna perché non tiene conto di come esso possa in realtà aprire agli interessi economici la via per una colonizzazione della personalità umana¹⁴.

Per questo motivo nel presente lavoro si intende analizzare l'intricata vicenda regolativa che ha riguardato il principio *Consent or Pay* per mettere in evidenza come, attorno ad essa, si sia consumata una profonda crisi d'identità del diritto europeo. L'UE è stata protagonista del radicamento sociale della globalizzazione, ma le valutazioni ottimistiche del mercato che, agli inizi, erano così nette hanno dovuto essere profondamente ripensate non appena è divenuto evidente che la rivoluzione digitale è animata da grandi corporations che, grazie alla capacità di trattare e riutilizzare dati personali, possono esercitare un potere, pervasivo e multiforme, sulla personalità umana¹⁵.

Nel momento in cui i *big data analytics* vengono impiegati per accrescere esponenzialmente l'efficacia di profilazioni e azioni di *microtargeting* si afferma nella società una tendenza a modellare l'esistenza umana e le sue prospettive attraverso un approccio statistico, inferenziale e probabilistico¹⁶.

La persona umana assume così le caratteristiche di una *commodity*, cioè di una materia prima che è rilevante per il suo valore di scambio, ma rispetto alla quale diviene sempre più difficile formulare considerazioni di natura oggettiva¹⁷.

¹¹ In proposito Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013; ID., *Virtù costituzionali*, Milano, 2017. Cfr. poi GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2007, 65 ss.; U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, 53 ss.; F. GALGANO, Art. 41, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982.

¹² M. RUOTOLO, *Il potere, tra pubblico e privato. Tracce per un dialogo tra civilisti e costituzionalisti*, in *Costituzionalismo.it*, 2024.

¹³ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 35 ss.; G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, in G. D'AMICO (diretto da), *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 266 ss.

¹⁴ F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 2001, 233 ss.; L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 2024, 15 ss.

¹⁵ F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contratto e impresa*, 2018, 190 ss.

¹⁶ Cfr. al riguardo M. SWAN, *The Quantified Self. Fundamental Disruption in Big Data Science and Biological Discovery*, in *Big Data*, 2013, 85 ss.; sui processi di quantificazione collegati alla società digitale E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring. Per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024; S. HÄNOLD, *Profiling and Automated Decision-Making: Legal Implications and Shortcomings*, in *Robotics, AI and the future of Law*, New York, 2018, 123 ss.

¹⁷ N. THOMAS (*Entangled objects*, Cambridge, 1991, 28) afferma che il termine *commodification* decostruisce «the essential notion that the identity of material things is fixed in their structure and form». Cfr. anche N. CASTREE, *Commodifying what nature?*, in *Progress in Human Geography*, 2003, 273. L'autore identifica sei passaggi che compongono il processo di *commodification*: privatization; alienability; individuation; abstraction; valuation; displacement. In proposito cfr. anche L. PELLIZZONI, *Commodifying the Planet? Beyond the economy of ecosystem services*, in *Stato e mercato*, 2021, 23 ss.; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit.

In questo senso i dati sono davvero «il nuovo petrolio»: per essere utilizzabili economicamente e produrre valore, essi devono essere sottoposti a un procedimento di raffinazione che implica la loro separazione dal soggetto e dal contesto in cui sono stati prodotti. Nel mondo digitale l'idea di persona come essere unico, infungibile, non replicabile viene quindi messa in discussione e, con essa, anche il lavoro che, faticosamente, il diritto aveva fatto per dare sostanza giuridica alla persona¹⁸.

Il modello *Consent or Pay* svolge un ruolo di rilievo perché rappresenta lo strumento attraverso cui molte piattaforme digitali hanno voluto adempiere alle regole europee offrendo ai propri utenti la possibilità di scegliere tra il consenso al trattamento dei loro dati personali e il pagamento di un corrispettivo perché questo trattamento non avvenga. Si tratta di un meccanismo che parifica, anche simbolicamente, i dati personali al denaro, rendendoli di fatto la “valuta” con cui paghiamo la nostra vita iperconnessa¹⁹.

Nelle prossime pagine verrà considerato come l'uso del *Consent or Pay* si sia ampiamente diffuso nel mercato dei dati. Il secondo paragrafo, in particolare, ripercorre il significato del consenso nel diritto europeo per evidenziare come, appena entrato in vigore il GDPR, una delle principali questioni interpretative abbia riguardato l'effettiva libertà del consenso, libertà che l'UE ha cercato di correlare alla possibilità di accedere ai servizi desiderati anche senza acconsentire al trattamento dei propri dati, ma che, di fatto, non ha impedito la proliferazione di schemi commerciali in cui i dati personali vengono posti alla base di rapporti sinallagmatici²⁰.

Il terzo paragrafo, allora, considera il cammino avviato da alcune autorità antitrust nazionali, in particolare l'italiana e la tedesca, che hanno utilizzato il diritto dei consumatori e il diritto della concorrenza per limitare le pratiche di commercializzazione del consenso. Inizialmente era stata qualificata come pubblicità ingannevole la presentazione di offerte che richiedevano l'autorizzazione al trattamento dei dati²¹. Successivamente, è stato compiuto un passo ulteriore, riconoscendo il carattere di pratica commerciale scorretta e aggressiva laddove piattaforme digitali chiedevano l'autorizzazione all'interoperabilità dei dati facendo intendere che l'assenza di consenso avrebbe potuto inficiare il corretto funzionamento dei servizi offerti.

Il quarto paragrafo, poi, rileva come la strada aperta dalle autorità nazionali abbia avviato un processo di maturazione all'interno delle istituzioni europee che, in pochi anni, hanno costruito regole ad hoc per i mercati digitali con l'intento di limitare il potere di alcune aziende private sui dati personali. Il *Digital Markets Act* (DMA), in particolare, ha cercato di garantire agli utenti un'effettiva libertà di scelta, imponendo ad alcune grandi piattaforme digitali di offrire un'alternativa equivalente agli utenti che non intendono prestare il consenso al trattamento dei propri dati²².

La parte finale del paragrafo, però, illustra le molte difficoltà a cui sono andate incontro le istituzioni europee nel momento in cui si sono dovute trovare ad applicare il principio dell'alternativa equivalente rispetto alle pratiche *Consent or Pay*. Nonostante la Commissione abbia tentato di affermare l'illiceità di questo schema a seguito dell'entrata in vigore del DMA, appare tutt'ora molto controverso che, ai sensi del diritto europeo, sia possibile imporre agli operatori digitali un divieto di far pagare per garantire una maggiore privacy agli utenti²³.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari-Roma, 1997, 135 ss.; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, Il Mulino, 2014, 337 ss.; M. Mursia, C. A. TROVATO, *The commodification of our digital identity: limits on monetizing personal data in the European context*, in *MediaLaws*, 2021, 165 ss.

¹⁹ S.A. ELVY, *Paying for privacy*, in *Columbia Law Review*, 6/2017, 1383 ss.

²⁰ Per una ricostruzione di questi schemi A. DE FRANCESCHI, *Vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2020.

²¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4 maggio 2020.

²² CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Causa C-2521, *Meta v. Bundeskartellamt*, 4 luglio 2023.

²³ In questo anche la Corte di Giustizia, nella sentenza citata *supra* (paragrafo 150), è stata molto esplicita, dal momento che ha stabilito che l'alternativa equivalente ben può essere il medesimo servizio reso a pagamento.

Il quinto paragrafo evidenzia quindi come la vicenda europea che ha accompagnato l'affermazione dello schema *Consent or Pay* sia oggi una significativa testimonianza di come sia estremamente difficile affrontare la protezione della persona negli ambienti digitali utilizzando i soli strumenti del libero mercato. Si tratta di un elemento che è evidente nella continua necessità di alzare i livelli di protezione e di ridimensionare gli approcci ottimistici. I vari punti di equilibrio che erano stati trovati e che erano stati presentati come approdi sicuri per traghettare la protezione della persona nella nuova società tecnologica, sono in realtà rapidamente saltati di fronte alla natura mutevole del potere che è proprio delle realtà digitali²⁴.

La proposta che viene avanzata nella parte finale del lavoro prevede di tornare utilizzare concetti propri del diritto costituzionale che, negli anni della globalizzazione, erano stati depotenziati sino a impedire di utilizzarli per farne degli strumenti generalizzati di protezione della persona. Emergerà allora una prospettiva in cui i dati, al di là della loro capacità di assumere un valore monetario, sono intrinsecamente collegati alla dignità e autonomia delle persone, circostanza che impone di condurre il discorso giuridico su di essi evitando innaturali ritagli tra ciò che è europeo e ciò che è nazionale e limitando, invece, i poteri privati che popolano il mondo digitale.

2. La centralità del consenso nel diritto europeo.

Nel mercato dei dati è molto difficile riuscire a dare unità prospettica alla posizione di un soggetto che è contemporaneamente utente di un servizio, interessato al trattamento dei dati personali e persona dotata di diritti costituzionalmente garantiti²⁵.

L'uso del consenso come strumento per recuperare l'autodeterminazione del singolo in processi che possono essere di sfruttamento o di mercificazione non è una novità. Già nel 1947, in uno dei processi secondari del processo di Norimberga, il c.d. "Processo ai dottori", era stato elaborato un codice, noto come Codice di Norimberga che, in dieci punti, aveva cercato di stabilire alcuni principi generali volti a impedire la totale obliterazione della dignità umana che si era consumata nelle sperimentazioni mediche che il nazismo aveva compiuto nei campi di concentramento.

È altamente significativo che il primo principio del codice stabilisse che «nella sperimentazione il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente essenziale»²⁶.

Proprio però il parallelo con la scienza medica ci fa immediatamente capire che, se il consenso è un elemento imprescindibile, esso non può essere certo l'unico baluardo a cui affidare un'efficace protezione della persona²⁷.

²⁴ Sulla natura di questo potere M. DURANTE, *Potere computazionale*, Milano, Meltemi, 2019.

²⁵ A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1991, 913 ss.; J.E. COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and Subject as Object*, in *Stanford Law Review*, 2000, 1373 ss. Cfr. Poi *Developments in the Law. The Law of Cyberspace*, in *Harvard Law Review*, 1999, 1574 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Do "Data Markets" Exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 1 ss.; G. RESTA, *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, Ivi, 2018, 145 ss.

²⁶ Il Codice di Norimberga fu redatto da alcuni giudici americani durante le udienze che hanno riguardato 23 medici nazisti accusati di aver condotto sperimentazioni su esseri umani nei campi di concentramento. Sull'individuazione, nel secondo dopoguerra, del consenso come elemento per la definizione di una scienza medica capace di rispettare i diritti e la dignità della persona cfr. F. Rescigno, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, 2022.

²⁷ P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, 81 ss.; S. NIGER, *Il "mito" del consenso alla luce del Codice in materia di protezione dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2005, 512.

Nella società digitale le possibilità di reificazione e sfruttamento sono aumentate esponenzialmente e sono particolarmente insidiose proprio perché non utilizzano la coercizione, quanto le tecniche di seduzione e tentazione tipiche del mercato²⁸.

Le pratiche commerciali che costruiscono il consenso al trattamento dei dati personali come un corrispettivo per la prestazione di beni e servizi, hanno in questo senso un ruolo di primo piano. La profilazione degli utenti che, online, cercano la soddisfazione dei propri bisogni di mercato è uno dei principali veicoli di rafforzamento dell'infosfera: ogni reazione, ogni commento, ogni ricerca, anche se apparentemente insignificante, rappresenta in realtà un piccolo pacchetto di informazioni che è estremamente prezioso per costruire un'offerta di beni e servizi che non solo sa catturare una domanda, ma può anche indurne una laddove ve ne siano i presupposti. Il comportamento umano che avviene nel mondo digitale, infatti, può facilmente essere provocato nel senso che esso può essere sottoposto, in modo sempre più puntuale, al modello statistico che ha le maggiori probabilità di produrre la reazione voluta²⁹.

In questo contesto non è più possibile concepire il soggetto come una sfera di autodeterminazione che agisce all'interno di relazioni sociali date, perché la riorganizzazione dei dati può arrivare a intromettersi nella dimensione più intima del Sé e il consenso al trattamento può proprio essere la porta attraverso cui far passare queste intromissioni e influenze³⁰.

Il desiderio di ottenere beni e servizi, in particolare, può attenuare significativamente la capacità del singolo di valutare, ponderare e valorizzare il trattamento dei suoi dati personali: azioni di micro-targeting, stimoli personalizzati e, in generale, incentivi e disincentivi, possono costruire percorsi di formazione delle scelte individuali da cui è molto difficile discostarsi³¹.

Nonostante questo, il consenso ha assunto, nel diritto europeo, una grande rilevanza. Si tratta di un cammino iniziato con le prime normative in materia di privacy degli anni Ottanta, ma che ha indubbiamente raggiunto il suo apice con il Regolamento 2016/679/UE sulla *General Data Protection Regulation* (GDPR) in cui il consenso dell'interessato figura come un punto di equilibrio attraverso il quale cercare di normalizzare il conflitto che intercorre tra la protezione giuridica della persona e gli interessi di sfruttamento economico dei dati personali³².

Il GDPR si è dimostrato capace di avere un grande impatto sia all'interno che all'esterno dell'Unione. Sul versante interno esso ha spinto il cittadino europeo a relazionarsi con la disciplina giuridica europea ad ogni accesso online quando, con il consenso ai cookies, il

²⁸ Z. BAUMAN, D. LYON, *Liquid Surveillance: A Conversation*, Cambridge-Malden, 2013, 56; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, in particolare 27; F. LA GIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, 2020, 89 ss.

²⁹ M. SCHWARTZ, *Property, privacy, and personal data*, in *Harvard Law Review*, 7/2004, 2056 ss.; V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, 2021; E. SIEGEL, *Predictive analytics. The power to predict who will click, buy, lie or die*, Hoboken, 2016.

³⁰ Z. BAUMAN, D. LYON, *Liquid Surveillance*, cit.; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Potere e Costituzione, Enciclopedia del diritto, I tematici*, V, Milano, 2023, 1008 ss.

³¹ E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring. Per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024 e ID., *Nudge e protezione costituzionale della persona nella società digitale*, in *Federalismi.it*, 2025.

³² Alcuni elementi essenziali della disciplina europea sulla *privacy* emergevano già nelle *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder flows of personal data* dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico del 1980. Sull'evoluzione della disciplina europea in materia di *privacy* cfr. C. BENNETT, *International privacy standards: can accountability be adequate?*, in *Privacy laws and business international*, 2010, 21 ss. Cfr. poi C. FARALLI, *La privacy dalle origini ad oggi. Profili storico-filosofici*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., 1 ss. Sulla logica di normalizzazione del conflitto propria del GDPR cfr. R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'Intelligenza Artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contratto e impresa*, n. 2, 2019, 885 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale europeo e il regolamento UE sulla privacy*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2018, 43 ss.

legislatore ha voluto alzare la soglia di attenzione rispetto all'immettere i propri dati personali in un mondo digitale che potrebbe raccogliarli, conservarli, riutilizzarli³³.

Sul versante esterno il successo del GDPR ha acquisito le sembianze di quello che, ormai, è comunemente noto come *Brussels effect*³⁴. La rilevanza del mercato europeo, infatti, ha spinto molte tech companies internazionali a elaborare un'unica privacy policy che potesse soddisfare i criteri del GDPR, contribuendo così a rendere la protezione europea dei dati un nuovo standard internazionale che si è esteso ben oltre i confini dell'Unione.

Queste rilevanti capacità innovative, però, non devono far perdere di vista che, nel GDPR, vi è un'azione di bilanciamento che, in realtà, è molto difficile da compiere. Nel regolamento non c'è l'affermazione di una netta intangibilità della persona, ma si cerca un equilibrio difficile, in cui, da un lato, si vuole far ricongiungere la persona fisica con i suoi dati personali, ma, dall'altro, si ammette esplicitamente che quella stessa personalità possa scomporsi in una serie di elementi informativi che possono essere legittimamente oggetto di attività di sfruttamento economico.

I Considerando del Regolamento danno effettivamente conto di questa duplice esigenza. Se il primo Considerando afferma che la protezione delle persone fisiche contro il trattamento dei loro dati personali è un diritto fondamentale, il quarto precisa che non si tratta di una prerogativa assoluta e che deve essere temperata con altri diritti fondamentali quali la libertà di iniziativa economica privata. Ne consegue un bilanciamento che tende a porre su un piano di tendenziale equiparazione la protezione della persona e gli interessi che compongono l'economia dei dati. Il Considerando 7 afferma anzi come il controllo dei dati da parte delle persone fisiche sia funzionale alla creazione di un «clima della fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il contesto europeo», fissando quindi l'equilibrio regolativo in un punto in cui non vi è una netta primazia del valore della persona umana, quanto piuttosto un innalzamento della libertà economica a libertà fondamentale.

La possibilità di difendere la persona dallo sfruttamento viene quindi a dipendere quasi integralmente dallo sviluppo della consapevolezza del soggetto e dall'effettiva libertà del consenso nel momento in cui si autorizza al trattamento dei dati³⁵.

L'art. 4 definisce 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».

A seguito dell'entrata in vigore del Regolamento, uno dei principali temi interpretativi è stata proprio l'effettiva libertà del consenso e, in particolare, la questione se possa essere considerato davvero libero un consenso che viene prestato nel momento in cui il soggetto vuole ottenere beni o servizi.

In ambito privatistico, infatti, si era già affermata l'idea che la libertà dovesse essere ritenuta assente ogni qual volta pressioni o condizioni di debolezza potevano avere l'effetto di indurre l'interessato a concedere l'autorizzazione³⁶.

In via generale l'UE ha dimostrato un'apertura rispetto a questa impostazione. Nel 2017 il Gruppo di lavoro sull'Articolo 29, l'organismo europeo che interpretava le questioni relative alla tutela dei dati personali prima dell'istituzione dello *European Data Protection Board*,

³³ R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'Intelligenza Artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contratto e impresa*, 2019, 885 ss.

³⁴ A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, New York, 2020.

³⁵ N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., 59 ss.

³⁶ G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997, 285.

aveva stabilito che il consenso può essere considerato libero solo se «l'interessato ha una scelta effettiva e il controllo sui propri dati»³⁷.

Un ruolo fondamentale nell'interpretazione del significato del consenso è stato svolto dal Considerando 43 del GDPR che ritiene non libero il consenso quando vi è «un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento». Situazioni di squilibrio, ad esempio, sono state riconosciute quanto a richiedere il trattamento è un'autorità pubblica oppure il datore di lavoro, perché vi è una condizione di soggezione/dipendenza che preclude per l'interessato la possibilità di valutare e rispondere liberamente. In simili casi l'Unione ha richiesto che il trattamento dei dati debba basarsi, in via preferenziale, su fondamenti giuridici diversi dal consenso³⁸.

L'interpretazione della libertà del consenso, però, si fa molto più sfumata nelle situazioni in cui l'interessato non è posto in una vera e propria condizione di soggezione, ma potrebbe subire una qualsiasi conseguenza negativa in caso di rifiuto del consenso. In realtà il GDPR contiene un elemento testualmente rilevante nel suo art. 7 che, all'ultimo paragrafo, stabilisce che nel valutare la libertà del consenso occorre considerare se l'autorizzazione al trattamento dei dati sia necessaria per l'esecuzione del contratto stesso³⁹.

Proprio attraverso questa interpretazione dell'art. 7 si è via via affermata nell'Unione l'idea che il consenso possa essere considerato libero solo se l'utente ha la possibilità di accedere al servizio desiderato anche senza acconsentire al trattamento dei propri dati, circostanza che, però, non ha fatto venire meno lo scambio di dati con beni o servizi, perché il consenso è stato interpretato come sostanzialmente libero anche quando all'interessato viene presentata un'alternativa equivalente che ben può essere, in particolare, il medesimo servizio reso a pagamento⁴⁰.

È in questo modo che, sotto la vigenza del GDPR si è assistito alla proliferazione dello schema *Consent or Pay*: numerosi prestatori di servizi digitali hanno voluto relazionarsi con i loro utenti utilizzando un sistema binario in cui o vi è una piena accettazione del trattamento, della profilazione e dell'interoperabilità dei dati, oppure si può godere di una maggiore riservatezza pagando un corrispettivo in danaro⁴¹.

In tempi più recenti, però, le istituzioni europee hanno cominciato a mettere in discussione questo assetto e hanno cominciato a ragionare analiticamente sulle conseguenze che comporta l'adozione di un simile schema commerciale da parte di grandi attori di mercato dotati di una concreta egemonia nel trattamento dei dati personali.

3. I primi tentativi di limitare il *Consent or Pay*.

Nonostante il GDPR abbia fatto guadagnare all'Europa una posizione di avanguardia nella regolazione del mondo digitale, esso ha in realtà segnato l'inizio di una profonda crisi d'identità del diritto europeo. Il diritto della concorrenza, fondato su una stretta neutralità regolatoria e macroeconomica del legislatore, è andato incontro a un disfaccimento che è divenuto sempre più evidente a mano a mano che l'economia digitale veniva a radicarsi nella società. La moltiplicazione di procedure per abuso di posizione dominante nei confronti di molte tech companies è stata soltanto il sintomo più evidente di una patologia che ha coinvolto la generalità

³⁷ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, adottate il 28 novembre 2017 come modificate e adottate da ultimo il 10 aprile 2018, 6.

³⁸ *Ivi*, 7.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ In proposito cfr. anche la pronuncia della Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 3, 2019, 530 ss.

⁴¹ F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 401-402. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali*, cit., 144.

delle normali regole antitrust, incapaci di operare correttamente rispetto ai grandi operatori della *digital economy*⁴².

Il mercato dei dati personali ha avuto un ruolo rilevante in questa crisi: non solo il valore economico assunto dai dati ha portato le aziende a competere aspramente per il loro trattamento, ma gli attori digitali con una forte *leadership* di mercato si sono dimostrati capaci di utilizzare l'ingente mole di dati personali a loro disposizione per elaborare un'offerta di beni e servizi che può consolidare e rafforzare il loro vantaggio competitivo⁴³.

È quindi del tutto naturale che la cattura del consenso dell'utente sia diventata un tema commerciale di rango primario, che può avere molte conseguenze sulla personalità dei soggetti⁴⁴.

Le prime istituzioni ad accorgersene sono state due autorità *antitrust* nazionali, l'AGCM italiana e la *Bundeskartellamt* tedesca, che, subito dopo l'entrata in vigore del GDPR, hanno cominciato a mettere in evidenza come la condivisione e interoperabilità dei dati personali potesse avere un impatto significativo sui diritti fondamentali. L'occasione è stata offerta dalla revisione operata dalla Commissione Europea sull'acquisizione di Whatsapp da parte di Facebook. Durante il procedimento era stato evidenziato che, attraverso l'acquisizione, Facebook avrebbe potuto raccogliere i dati degli utenti di WhatsApp per migliorare il funzionamento della propria piattaforma di *social networking*, acquisendo in questo modo un forte vantaggio competitivo. La fusione, però, era stata validata dalla Commissione Europea basandosi sulle rassicurazioni fornite da Facebook che aveva esplicitamente dichiarato di non poter tecnicamente sincronizzare gli account degli utenti per condividere i dati tra i diversi servizi⁴⁵.

Le autorità antitrust nazionali hanno comunque avviato dei procedimenti nei confronti di Facebook prestando una particolare attenzione a come il consenso veniva concretamente richiesto dalla piattaforma ai suoi utenti.

In Italia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ripreso alcune sue decisioni degli anni Duemila in cui aveva qualificato come pubblicità ingannevole la presentazione di un servizio come gratuito laddove, invece, veniva richiesto all'utente di concedere il consenso all'invio di e-mail pubblicitarie⁴⁶.

Rispetto alla fusione tra WhatsApp e Facebook l'AGCM ha sanzionato come pratica commerciale aggressiva la richiesta agli utenti di WhatsApp di concedere la condivisione dei dati con Facebook facendo supporre che il diniego del consenso influenzasse il corretto funzionamento dell'applicazione di messaggistica. Oggetto di contestazione specifica era stata la preselezione del consenso per la condivisione dei dati che impediva di considerare l'autorizzazione come una scelta attiva e consapevole, circostanza aggravata dalla totale genericità delle informazioni che venivano fornite all'atto della prestazione del consenso⁴⁷.

⁴² Ad una specifica crisi d'identità del diritto europeo collegata all'avvento della *digital economy* si riferisce M. BOTTA, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno, Centomila*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 500 ss.

⁴³ M. FRANK, E. LEWIS, *The European Commission's Challenge to Consent or Pay: Demystifying the Digital Markets Act*, in *World Competition*, 2024, 427 ss.; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali*, cit., 132.

⁴⁴ E. SIEGEL, *Predictive analytics. The power to predict who will click, buy, lie or die*, Wiley, Hoboken, 2016, 4.

⁴⁵ COMMISSIONE EUROPEA, Caso COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp (3 Ottobre 2014).

⁴⁶ AGCM, Provvedimenti 10276, 10277, 10278 e 10279 del 20 dicembre 2001. In proposito V. PAGANELLI, *Una "valutazione d'impatto" della privacy sulle Big Tech. Riflessioni a margine della sentenza n. 2632021 della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, 5 ss.

⁴⁷ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, n° 26597, *WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook*, 11 maggio 2017. In proposito G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 418 ss.

Contemporaneamente, anche la *Bundeskartellamt* tedesca ha sviluppato un'interpretazione combinata delle regole antitrust e della protezione dei dati personali che hanno guardato al GDPR come a uno strumento che poteva portare all'individuazione di inedite violazioni delle regole concorrenziali⁴⁸.

Secondo l'autorità tedesca, infatti, Facebook poteva sottoporre ai suoi utenti termini e condizioni di servizio non in linea con il GDPR grazie a una posizione dominante di mercato che spingeva gli utenti ad accettare in blocco la sua *privacy policy* pur di non perdere il godimento del servizio digitale. Di conseguenza, l'autorità tedesca ha riconosciuto l'integrazione di un abuso di posizione dominante e ha imposto l'introduzione di una serie di consensi specifici capaci di creare maggiori sfaccettature all'interno del servizio, permettendo così all'utente di ponderare e scegliere quali segmenti del trattamento dati accettare. In particolare, è stato richiesto che l'interoperabilità dei dati tra Facebook e WhatsApp fosse oggetto di un'autorizzazione *ad hoc* e che il diniego del consenso rispetto a questo specifico punto non potesse inficiare il corretto funzionamento dei diversi servizi⁴⁹.

La strada tracciata dalle due autorità nazionali ha cominciato a fare emergere delle intersezioni tra diritto antitrust, diritto dei consumatori e tutela della *privacy* che rendono evidente come, nella società digitale, sia necessario recuperare, anche attraverso i dati, il senso complessivo della personalità umana⁵⁰. Della questione si è occupata anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, a seguito del ricorso di Meta (ex Facebook) contro la decisione della *Bundeskartellamt*, ha stabilito alcuni punti fermi molto rilevanti, in particolare che non è sufficiente chiedere all'utente la concessione del consenso, ma che è anche necessario predisporre per gli utenti che non intendono prestare il loro consenso un'alternativa che sia concretamente equivalente e che, se anche meno personalizzata, non deve implicare una funzionalità deteriore⁵¹.

In questo modo la Corte di Giustizia ha affermato chiaramente che il diniego al consenso al trattamento dei dati non deve implicare la rinuncia totale al servizio digitale. Si tratta di un progresso di estrema importanza per continuare a garantire l'autonomia della persona nella società digitale: il profondo radicamento della digitalizzazione nella società implica ormai che sia sempre più difficile restare completamente al di fuori del mondo digitale. L'utilizzo delle nuove tecnologie ha un enorme impatto sulla quotidianità, sulla vita lavorativa e sulle relazioni sociali delle persone e, pertanto, impostare la richiesta di consenso come un "dentro o fuori" può voler dire non offrire all'utente una scelta reale, perché solo coloro che sono in grado di compiere una scelta di vita radicale valorizzeranno così tanto i loro dati personali da negare l'autorizzazione al trattamento⁵².

L'introduzione del principio dell'alternativa equivalente, invece, rappresenta una conquista rilevantissima perché consente all'utente di proteggere i suoi dati pur restando all'interno del mondo digitale e utilizzando gli strumenti digitali per sviluppare appieno la propria personalità.

⁴⁸ In proposito F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection. Riflessioni a margine della saga Facebook c. Bundeskartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali*, cit., 27 ss.

⁴⁹ BUNDESKARTELLAMT, B6-216, *Facebook*, 6 febbraio 2019. Sulla decisione S. FRANK, M. FRANK, *A "Facelift" to the Abuse of Dominance – The German Competition Perspective on Facebook*, in *Australian Journal of Competition Law*, 2020, 188 ss.

⁵⁰ G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 418 ss.; M. RHOEN, *Beyond consent: improving data protection through consumer protection law*, in *Internet Policy Review*, 5/2016.

⁵¹ CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Causa C-2521, *Meta v. Bundeskartellamt*, 4 luglio 2023, paragrafo 150.

⁵² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.

Il modello *Consent or Pay*, però, si presenta come una variabile intermedia che di fatto sfrutta l'impostazione mercatoria del diritto europeo per creare una condizione intermedia che mira a disincentivare il diniego al trattamento dei dati. La stessa Corte di Giustizia ha esplicitamente affermato che l'alternativa equivalente può essere offerta «se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo», ammettendo così apertamente la liceità del *Consent or Pay* nel diritto europeo, circostanza che si è poi rapidamente dimostrata capace di sovvertire alcuni degli intenti della normativa europea più recente.

4. L'applicazione del *Digital Markets Act* in relazione al *Consent or Pay*.

L'insieme di questioni emerse attorno al principio del consenso nelle decisioni delle autorità *antitrust* nazionali e nei ricorsi di Meta alla Corte di Giustizia hanno spinto le istituzioni europee a definire, nel 2019, una nuova e articolata strategia per la regolazione dell'economia digitale⁵³. In essa è stata trasfusa una nuova consapevolezza in cui il diritto della concorrenza europeo non è più un diritto settoriale ed è stato invece attratto in un orizzonte più ampio dove le regole di mercato vengono concepite a partire dall'efficace protezione dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Carta dei diritti dell'Unione e, soprattutto, dalle Costituzioni degli Stati membri⁵⁴.

La Direttiva UE 2019/770, come prima forma di attuazione della Strategia, si è occupata apertamente della questione del valore economico dei dati e dei rischi di mercificazione della personalità che sono connessi al loro trattamento⁵⁵. Il *Considerando* 24, in particolare, ha affermato che «la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce». Tuttavia, subito prima, il *Considerando* ammette esplicitamente che «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»⁵⁶.

Un approccio più restrittivo è stato adottato dal pacchetto di regolamenti (*Digital Services Act*, *Digital Markets Act*, *Data Act*, *Data Governance Act* e *AI Act*) che, in pochi anni, l'UE ha approvato per attuare la Strategia del 2019. Complessivamente questi regolamenti hanno riscritto le regole che si applicano agli attori digitali con l'obiettivo di limitare la raccolta e aggregazione di dati personali da parte di alcune grandi piattaforme digitali e, contemporaneamente, di predisporre obblighi e adempimenti che devono rendere il consenso dell'utente una manifestazione libera e non correlata alla preoccupazione di non poter usufruire di beni e servizi digitali⁵⁷.

⁵³ Questa legislazione si articola in un pacchetto di regolamenti che l'UE ha adottato a seguito della Comunicazione COM 118 (2021), *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade* con cui la commissione ha delineato la strategia europea per governare la società digitale dal punto di vista economico, legislativo e di governance. In proposito S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali*, cit., 137; cfr. anche A. MORETTI, *Il valore dei dati nell'European Data Strategy: sviluppo della persona, dinamiche di mercato e benessere sociale*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali*, cit., 93 ss.

⁵⁴ G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy: a Look from the Antitrust Perspective*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, 15 ss.; F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 11 ss.

⁵⁵ La Direttiva è relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

⁵⁶ In proposito G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018, 125 ss.

⁵⁷ Il *Digital Services Act* (Regolamento UE 2022065) ha aggiornato le regole sulla responsabilità delle piattaforme che forniscono servizi digitali; il *Digital Markets Act* (Regolamento UE) 2021925 ha definito regole di concorrenza specifiche per i mercati digitali, differenziandole dalle regole *antitrust* tradizionali; il *Data Governance Act* (Regolamento UE 202868) e il *Data Act* (Regulation (EU) 2022854) hanno formalizzato la strategia della

Si è trattato di un cambio di prospettiva quasi radicale se solo si pensa come la regolazione europea dei primi anni Duemila guardasse con un profondo ottimismo allo sviluppo del mercato digitale e agli attori che in esso si muovono: la direttiva CE/2000/31 in materia di *e-commerce* aveva avuto un ruolo di primo piano nel radicare la convinzione sociale che i prestatori di servizi digitali fossero dei semplici facilitatori neutrali di relazioni spontanee, che potevano trasformare la società solo in modo positivo, in quanto creatori di nuove e molteplici connessioni che avrebbero potenziato le possibilità di scelta e di realizzazione delle persone⁵⁸.

La nuova regolazione europea, invece, rende evidente come il legislatore abbia ormai preso coscienza di come il mondo digitale sia caratterizzato da veri e propri poteri privati che devono essere fronteggiati con un'azione giuridica di carattere complessivo, che va al di là delle vecchie dicotomie tra pubblico e privato e che deve essere in grado di proteggere la persona anche nel mondo digitale. Non è un caso, infatti, che nei nuovi regolamenti si susseguano espressioni (ad es. rischi sistemici⁵⁹, *gatekeepers*⁶⁰, rischi inaccettabili⁶¹) che denotano la pericolosità intrinseca degli ambienti digitali e la necessità di orientare la loro regolazione attraverso concetti tradizionalmente propri del costituzionalismo come la dignità dell'uomo e l'intangibilità dei diritti fondamentali⁶².

Il *Digital Markets Act* (DMA), in particolare, ha aperto una nuova stagione in cui l'articolo 102⁶³ del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea assume un significato inedito per alcune aziende digitali, i c.d. *gatekeepers*, che divengono destinatari di obblighi e divieti antitrust che si applicano preventivamente.

Ai sensi dell'art. 3 del DMA, infatti, i *gatekeepers* sono imprese che hanno un impatto significativo sul mercato interno, forniscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali e detengono una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisiscano siffatta posizione nel prossimo futuro.

L'obiettivo complessivo del Regolamento è mantenere un'apertura del mercato digitale e garantire condizioni più eque per gli utenti finali che devono conservare un effettivo diritto di scelta nella loro relazione diretta o indiretta con i servizi forniti dai *gatekeepers*. Le capacità di aggregazione ed elaborazione in massa dei dati personali consente infatti a questi soggetti di costruire veri e propri ecosistemi di servizi che di fatto tengono gli utenti in una bolla e possono creare rilevanti vantaggi competitivi utilizzando le informazioni di mercato provenienti dai *big data*⁶⁴.

Per arginare questo genere di egemonia l'art. 5 del DMA ha introdotto dei divieti di utilizzo a fini commerciali dei dati degli utenti. Ai sensi del secondo comma, in particolare, i *gatekeepers* devono chiedere esplicitamente il consenso degli utenti per combinare i loro dati personali tra i diversi servizi che compongono l'offerta del singolo attore commerciale. Inoltre,

Commissione Europea sui dati, strategia che ha come obiettivo principale il rafforzamento del ruolo europeo nella creazione e gestione di grandi banche dati; l'*AI Act* (Regolamento UE 2021689), infine, ha cercato di affrontare il complesso mondo dell'intelligenza artificiale con un approccio basato sul rischio che prevede obblighi differenziati e seconda della pericolosità delle singole tecnologie.

⁵⁸ In proposito C. PINELLI, *I diritti nelle piattaforme dall'entusiasmo alla diffidenza*, in C. Pinelli, U. Ruffolo, *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 3 ss.

⁵⁹ Questo termine ricorre più volte nel *Digital Services Act*.

⁶⁰ I *gatekeepers* sono il tratto caratteristico del *Digital Markets Act*.

⁶¹ I rischi inaccettabili sono il livello più grave di classificazione del rischio dell'*AI Act*.

⁶² E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring*, Torino, 2024.

⁶³ L'art. 102 del TFUE è l'articolo che vieta alle imprese in posizione dominante di mercato di abusare della loro posizione per escludere potenziali concorrenti dal mercato.

⁶⁴ In proposito cfr. il *Considerando* 36. Cfr. anche A.C. WITT, *The Digital Markets Act – Regulating the Wild West*, in *Common Market Law Review*, 60/2023, 625 ss.

se l'utente si rifiuta di prestare il consenso, i gestori sono obbligati a dare accesso a un'alternativa che, anche se meno personalizzata, deve essere equivalente⁶⁵.

Il DMA ha quindi provveduto a codificare gli elementi che erano emersi nelle pronunce delle autorità *antitrust* nazionali e nella decisione della Corte di Giustizia, confermando come il percorso imboccato allora abbia delineato due elementi di importantissimo progresso: la necessità di un consenso specifico all'interoperabilità dei dati e l'offerta di un'alternativa equivalente per chi nega il proprio consenso divengono, con il DMA, il prerequisito minimo per una società dei dati rispettosa del significato della personalità umana.

Oltre a questo, però, il Regolamento introduce anche alcuni requisiti speciali per considerare valido il consenso. Il *Considerando 37* stabilisce, ad esempio, che l'esperienza degli utenti che non concedono il consenso non dovrebbe essere peggiore, anche se è del tutto pacifico che possa risultare meno personalizzata dato che non è modellata attraverso la profilazione.

Allo stesso modo viene anche chiarito come non prestare il consenso non dovrebbe essere più complicato di prestare il consenso e che il *gatekeeper* dovrebbe assumere numerose attenzioni di carattere informativo capaci di portare a presentare all'utente una soluzione intuitiva per prestare, modificare o revocare il consenso in maniera esplicita, chiara e semplice e a rendere edotto l'utente di come il mancato consenso potrebbe portare a un'offerta meno personalizzata ma non a un deterioramento della funzionalità di base della piattaforma. Infine, se il consenso non può essere prestato direttamente al servizio di piattaforma di base del *gatekeeper*, gli utenti finali dovrebbero poter prestare il proprio consenso tramite ciascun servizio di terzi che si avvale di tale servizio di piattaforma di base.

La direzione indicata dal DMA sul consenso al trattamento dei dati personali appare complessivamente chiara: l'obiettivo del regolamento è preservare a favore degli utenti una libertà di scelta che deve abbracciare non solo il servizio nel suo complesso, ma anche la possibilità di modulare all'interno del servizio prescelto il livello di condivisione dei dati e di profilazione a cui si è sottoposti.

Di conseguenza, il punto fondamentale su cui ha cercato di agire il regolatore europeo è stata la restituzione al soggetto di una maggiore autonomia: in un contesto in cui le interferenze algoritmiche possono essere continue e capillari, non ci si può più affidare a forme di consenso generico, ma occorre garantire che le scelte individuali possano inserirsi in percorsi che non siano in alcun modo eterodeterminati.

Se tutti questi elementi mettono a sistema l'evoluzione che ha subito il consenso dall'entrata in vigore del GDPR, essi però mettono in evidenza anche alcune contraddizioni insite nel diritto europeo.

Da un lato le regole contenute nella nuova normativa hanno spinto le *Big tech* a venire allo scoperto sul significato reale dell'economia dei dati personali. Se soltanto nel 2017 Facebook aveva potuto dichiarare, davanti all'autorità *antitrust* italiana, che i dati non hanno alcun valore economico⁶⁶, con l'attuazione del DMA non è più stato possibile negare il carattere strutturale

⁶⁵ Questo il testo integrale dell'art. 5, comma 2, del DMA: «Il gatekeeper: a) non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del gatekeeper; b) non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal gatekeeper o con dati personali provenienti da servizi di terzi; c) non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal gatekeeper, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e d) non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del gatekeeper al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso ai sensi dell'articolo 4, punto 11), e dell'articolo 7 del regolamento (UE) 2016/679.»

⁶⁶ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, n° 26597, *WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook*, 11 maggio 2017, paragrafo 53.

che il trattamento dei dati personali ha nello sviluppo dei prodotti digitali. I sei *gatekeepers*⁶⁷ che sono stati individuati dopo l'entrata in vigore del DMA hanno affermato che l'adempimento delle nuove prescrizioni avrebbe potuto avere per loro un impatto ampiamente negativo, fino ad ammettere esplicitamente che, se molti utenti avessero scelto di non prestare il consenso alla condivisione e alla profilazione dei loro dati, i loro modelli di *business* avrebbero potuto essere compromessi nei loro stessi presupposti esistenziali⁶⁸.

Dall'altro lato, però, è emerso anche come gli attori digitali possano cercare di sfruttare la tradizionale neutralità del regolatore europeo rispetto agli interessi di mercato per evitare che gli utenti esercitino in massa l'*opt out* dalla profilazione e dall'interoperabilità dei dati. I *gatekeepers* hanno adottato strategie diverse per adeguarsi al DMA e quella di Meta (ex Facebook), in particolare, è stata considerata dalla Commissione Europea come potenzialmente idonea a vanificare alcuni degli intenti più rilevanti del regolamento.

La *privacy policy* introdotta da Meta, infatti, è stata costruita attraverso la presentazione all'utente di due diverse offerte alternative tra di loro: la prima che veniva sottoscritta con un costo mensile e prevedeva servizi privi di pubblicità e nessuno scambio di dati tra i diversi servizi del gruppo; la seconda invece che non prevedeva un corrispettivo in denaro ma implicava l'interoperabilità dei dati e l'esposizione dell'utente a forme di *advertising* mirato.

Si è trattato di uno schema di *Consent or Pay* che ha portato la Commissione ad aprire un'indagine immediata affermando che il sistema binario costruito per il consenso, da un lato, non appariva idoneo a offrire una reale alternativa per gli utenti e, dall'altro, vanificava l'obiettivo generale di prevenire l'accumulo di dati da parte dei *gatekeepers*⁶⁹. Ad avviso della Commissione il modello di Meta non avrebbe portato gli utenti verso l'*opt out*, ma avrebbe di fatto indotto a prestare il consenso pur di non pagare un corrispettivo in denaro per un servizio che, fino a quel momento, non era stato a pagamento⁷⁰. In questo modo allora veniva meno uno degli obiettivi sottesi al DMA e cioè una maggiore apertura del mercato stimolata dal rafforzamento della libertà di scelta degli utenti che, non condividendo i loro dati, avrebbero determinato, dal basso, un'offerta di servizi digitali basati sulla *privacy by design*. Il *Pay or Consent* di Meta, invece, aveva lo specifico obiettivo di mantenere sostanzialmente inalterata la situazione precedente al DMA, con gli utenti di fatto portati a concedere il trattamento dei loro dati.

La Commissione ha di conseguenza pubblicamente affermato che l'alternativa equivalente obbligatoria ai sensi dell'art. 5 del DMA doveva essere interpretata come un'alternativa che, contemporaneamente, doveva essere non a pagamento e con un minore impiego di dati personali⁷¹.

Meta ha cercato di mediare rispetto alle affermazioni della Commissione rivedendo la propria *privacy policy* nel novembre del 2024 e introducendo un'ulteriore opzione basata sul minore utilizzo di dati e senza la necessità di un corrispettivo.

Nonostante ciò, il 23 aprile 2025 la Commissione ha deciso di irrogare a Meta una sanzione di 200 milioni di Euro per il periodo da marzo e novembre 2024, in cui il modello strettamente binario di *Consent or Pay* è stato sottoposto agli utenti sostenendo che agli utenti non era stata

⁶⁷ Nel Settembre del 2023 l'UE ha individuato sei *gatekeepers* Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft.

⁶⁸ Questo è quanto è stato dichiarato esplicitamente da ByteDance, l'azienda che detiene TikTok, secondo quanto riportato nella Sentenza del Tribunale di primo grado UE 17/07/2024 Bytedance/ Commissione, Causa T-1077/23.

⁶⁹ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicato stampa del 25 marzo 2024, n. 1689: «The Commission is concerned that the binary choice imposed by Meta's "Consent or Pay" model may not provide a real alternative in case users do not consent, thereby not achieving the objective of preventing the accumulation of personal data by gatekeepers».

⁷⁰ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicato stampa del 1° luglio 2024, *La Commissione invia a Meta i risultati preliminari dell'indagine del suo modello "Consent or Pay" per violazione del Digital Markets Act*.

⁷¹ Discorso del Vice-Presidente esecutivo della Commissione Europea Vestager e del Commissario Breton sull'apertura di indagini per mancata compliance rispetto al Digital Markets Act, 25 marzo 2024.

davvero offerta un'alternativa equivalente. La Commissione ha sostenuto che agli utenti non è stata offerta una scelta specifica per un servizio equivalente a quello personalizzato, ma con un minore utilizzo di dati personali e, inoltre, agli utenti non veniva consentito di valutare liberamente se concedere o meno l'interoperabilità dei dati⁷².

Quest'ultima decisione della Commissione appare essere un passo significativo per una netta restrizione del *Consent or Pay*, fino a far prefigurare quasi un'illegittimità generale del modello.

Una simile direzione, rilevante nei termini di un'efficace protezione della persona, apre però anche una frattura nel diritto europeo che può essere carica di conseguenze. Immediatamente dopo la decisione del 23 aprile, infatti, Meta ha dichiarato che, con questa decisione, la Commissione europea ha scelto di intromettersi nelle scelte di *business* delle aziende digitali e che cercherà di difendere le proprie ragioni in tutte le sedi opportune.

Se, quindi, la battaglia legale si preannuncia lunga, è però rilevante cominciare ad analizzare quali problemi emergono nell'impostazione scelta dalla Commissione. La via tracciata, infatti, si preannuncia impervia: il DMA non fornisce alcuna indicazione circa i criteri che consentono di considerare integrata l'equivalenza tra servizi. Gli unici indici testuali sono il *Considerando* 36, in cui si afferma che l'utilizzo del servizio da parte dell'utente finale non dovrebbe essere subordinato al consenso al trattamento dei dati, e il *Considerando* 37 che specifica che «l'alternativa meno personalizzata non dovrebbe essere differente o di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il proprio consenso»⁷³. Questi due elementi, però, non solo sono inseriti nella parte dei *Considerando*, ma soprattutto interpretano integralmente la questione dell'equivalenza del servizio come una questione strettamente *funzionale*, mentre non accennano affatto alla necessità di ridurre l'accumulo di dati personali da parte dei *gatekeepers*⁷⁴.

Anche lo *European Data Protection Board*, nella sua Opinione 8/2024, ha esplicitamente sottolineato che la legislazione europea non impone alle grandi piattaforme l'obbligo di fornire esclusivamente servizi gratuiti⁷⁵.

A seguito del DMA la correttezza (*fairness*) del trattamento dei dati è divenuta la questione interpretativa maggiormente rilevante e ha imposto soprattutto di assicurare che il trattamento corrisponda alle ragionevoli aspettative degli interessati. L'EDPB parla esplicitamente di gratuità dei servizi affermando che essa potrebbe contribuire al rafforzamento della libertà di scelta e dell'autonomia, ma evidenzia anche come nel diritto europeo non ci siano appigli normativi che possano dare profondità all'idea di un obbligo di fornire servizi gratuiti⁷⁶. Non bisogna infatti dimenticare che l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è sempre stato interpretato come il pieno diritto di chi conduce un'attività economica di fissare liberamente il prezzo per la propria attività di impresa, circostanza che, inevitabilmente, porta a escludere che il legislatore europeo possa imporre una gratuità dei servizi⁷⁷.

Di conseguenza, nonostante la strada percorsa dalla Commissione sembri indicare una direzione in cui i servizi digitali devono poter essere gratuiti e privi di trattamento dei dati personali, la via giuridica per raggiungere un simile risultato difficilmente può essere basata

⁷² Cfr. Comunicato stampa della Commissione europea del 23 aprile 2025.

⁷³ M. FRANK, E. LEWIS, *The European Commission's Challenge to Consent or Pay*, cit., 439 ss.

⁷⁴ L'unico vero appiglio normativo è semmai dato dal sesto comma dell'art. 13 che impone ai *gatekeepers* di non degradare le condizioni o la qualità dei loro servizi per gli utenti che non vogliono concedere l'autorizzazione al trattamento dei dati, ma è davvero difficile sostenere che un servizio a pagamento è un servizio di minore qualità. In proposito D. ZIMMER, J.F. GÖHSL, *Enforcement of the Digital Markets Act*, in *Verfassungsblog.de*.

⁷⁵ EDPB, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms 1 (17 Apr. 2024).

⁷⁶ EDPB, Opinion 08/2024, cit., paragrafi 60 e 76.

⁷⁷ In questo anche la Corte di Giustizia, nella sentenza citata *supra* (paragrafo 150), è stata molto esplicita, dal momento che ha stabilito che l'alternativa equivalente ben può essere il medesimo servizio reso a pagamento.

sugli stilemi che sono stati propri della globalizzazione e richiede invece di recuperare uno strumentario ed un mondo concettuale che è proprio della costituzionalizzazione.

5. Per una costituzionalizzazione della società digitale.

La protezione dei dati personali si è atteggiata, nel diritto europeo, come un diritto composito che, da un lato, cerca di spingere i privati a concedere i propri dati, ma, dall'altro, prova ad affermare il diritto alla *privacy* anche nel mondo digitale⁷⁸.

Questa struttura giuridica è stata introdotta dal legislatore europeo per riuscire a governare le complesse interazioni tra diritto dell'Unione e diritti nazionali, ma si è poi articolata in ulteriori variazioni e gradazioni che, oggi, hanno contribuito a far smarrire il senso di certezza giuridica che deve accompagnare la protezione della persona. Il diritto europeo, infatti, non ha affrontato le conseguenze che il trattamento dei dati può avere sulla personalità dell'interessato come una questione di protezione da ogni tipo di interferenza, ma ha preferito tentare un'operazione di normalizzazione del trattamento dei dati dove il consenso rappresenta il principale baluardo a difesa del soggetto⁷⁹.

Questa scelta ha implicato che il nucleo più forte della difesa giuridica della persona non sia stato innalzato a livello eurounitario e sia rimasto, invece, prevalentemente nel raggio di azione degli Stati nazionali e delle rispettive Costituzioni. Si tratta di una condizione carica di rilevanti conseguenze: il linguaggio giuridico degli Stati membri non è quello degli interessi economici perché non si basa su una negoziazione tra posizioni diverse per trovare un equilibrio comune, ma presuppone che ci siano degli elementi giuridici, i diritti fondamentali innanzitutto, che devono essere difesi da "argomenti" che si declinano secondo le specificità organizzative del singolo ordinamento⁸⁰.

Contribuendo alla normalizzazione dello sfruttamento economico dei dati personali, invece, il diritto europeo ha accentuato l'affermazione dell'idea, già propria della globalizzazione, che gli interessi economici siano un fenomeno universale, che difficilmente riesce a dialogare con i diritti in quanto non ne condivide la semantica, perché ad essere privilegiati sono gli strumenti e le tecniche di carattere privatistico. Se quindi i diritti fondamentali restano imprigionati nella relazione tra governanti e governati e nell'eteronomia che è propria del principio di legalità, i rapporti economici operano attraverso l'autonomia e la libertà di negoziare⁸¹.

Il consenso, apparentemente, sembra risolvere tutte le contraddizioni perché rinviando all'autodeterminazione del singolo la definizione delle variabili geometrie tra diritto individuale e mercato, ha dato l'impressione di poter dissolvere le preoccupazioni del legislatore che riguardano la protezione della persona. Si tratta, però, di una soluzione in ampia misura illusoria perché, come si è visto, le tecnologie digitali si basano su tecniche comportamentali applicate su larga scala ed elaborate a partire da profili statistici che disperdono completamente il significato della singola personalità⁸².

Le evoluzioni del diritto europeo attorno all'uso del consenso allora appaiono essere una dimostrazione evidente di come gli argini costruiti per contenere le ingerenze delle tecnologie digitali sulla personalità umana avessero un'efficacia limitata. L'introduzione, a seguito della

⁷⁸ F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 401-402. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali*, cit., 144.

⁷⁹ F. PIRAINO, *Il regolamento generale*, cit., 377.

⁸⁰ M. RUOTOLO, *Il potere, tra pubblico e privato*, cit., 49. Sulla connessione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992; G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986.

⁸¹ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (diretto da), *Enciclopedia del diritto, I tematici*, V, *Potere e Costituzione*, 2023, 1009. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 35.

⁸² Cfr. in proposito quanto sosteneva, già nel 1973 S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., 45.

Strategia digitale del 2019, di nuovi strumenti che hanno voluto imporre restrizioni nella raccolta e aggregazione di dati personali da parte di alcune grandi piattaforme digitali dimostra ampiamente la presa di coscienza da parte dell'Unione di come il consenso sia un elemento che, seppur necessario, non può essere di per sé solo sufficiente a garantire il rispetto della personalità del soggetto. Il *Digital Markets Act* ha stabilito numerosi obblighi a carico di alcune *tech companies* per decostruire forme di egemonia privata nel trattamento dei dati personali. L'evoluzione del diritto europeo in materia di *Consent or Pay* ha però permesso di rilevare anche le difficoltà che emergono quando si cerca di arginare le capacità strutturanti delle tecnologie digitali riproducendo l'idea che l'unico compito del regolatore sia mantenere l'apertura del mercato e il funzionamento della concorrenza⁸³.

Nella società digitale non è più sufficiente creare le condizioni che consentono al singolo di liberarsi per compiere delle scelte, ma è necessario fronteggiare un potere che è capace di intromettersi nel progetto riflessivo del sé. L'azione giuridica, quindi, non può essere concepita come una protezione esterna di un io sovrano, ma deve restituire al soggetto la possibilità di seguire un percorso di formazione della personalità che sia liberamente definito e che non sia abbandonato alle logiche di eterodeterminazione ampiamente diffuse in ambito commerciale⁸⁴.

Non si tratta di un obiettivo di facile realizzazione, perché richiede l'abbandono di assunti creati agli albori dello Stato di diritto quando, per proteggere la persona dal potere dello Stato, si era pensato di tracciare una linea di demarcazione tra lo Stato e la politica come unici luoghi del potere e il mercato e la società civile come campo di realizzazione delle libertà⁸⁵.

Nella società contemporanea quella mentalità giuridica non è in grado di cogliere l'intreccio di potere e libertà che caratterizza in concreto la dimensione sociale del soggetto. I diritti di autonomia, infatti, non sono semplici *facultates agendi*, ma contengono anche *potestates agendi* che li rendono a tutti gli effetti dei poteri, nel senso che implicano la potestà di autodeterminarsi per produrre effetti nella sfera giuridica propria e altrui⁸⁶.

Dietro l'apparente eguaglianza dei consensi, allora, può celarsi facilmente una reale disparità di potere che privilegia la posizione del più forte e questo tipo di assoggettamento può essere contrastato soltanto da un diritto costituzionale allargato al contenimento di qualunque potere, pubblico e privato⁸⁷.

L'ordine economico è un'istituzione di diritto pubblico e come tale non può essere condotto ad esiti contrari alla salvaguardia delle libertà civili e del processo democratico⁸⁸. La relazione tra diritto e società che è descritta dalla Costituzione italiana apre a una visione integrale della costituzionalizzazione dove i valori di carattere normativo permeano qualunque tipo di rapporto sociale⁸⁹.

L'art. 2 sulla tutela della persona anche nel rapporto con le formazioni sociali, l'art. 3 con l'affermazione della pari dignità sociale, la rimozione delle diseguaglianze da parte dello Stato e la proclamazione di una diffusa solidarietà politica, economica e sociale, l'art. 13 con la tutela

⁸³ Il diritto dell'operatore di mercato di fissare il prezzo del proprio servizio è stato ricondotto, anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Ad esempio, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Caso C-437/04, EC v. Belgium, 22 Marzo 2007.

⁸⁴ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari-Roma, 1997, 135 ss.

⁸⁵ L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, 11 ss.; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1010: l'a. parla apertamente di «invisibilità del potere nel diritto privato liberale».

⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, cit., 15 ss.

⁸⁷ S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, 1973, ora, Napoli, 2018, 47. Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Diritto del lavoro*, 1954, 73 ss.

⁸⁸ In proposito G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1020 che sul punto riprende F. BÖHM, *Das Problem der Privaten Macht*, 1960.

⁸⁹ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., 85 ss.

della libertà e incolumità della persona, l'art. 15 sulla segretezza delle comunicazioni sono tutti elementi costituzionalmente protetti e implicati dal trattamento dei dati personali. La visione costituzionale della protezione della persona, allora, non descrive un mondo di ciò che «deve essere» contrapposto a quello di ciò che «è», ma prescrive una visione democratica di carattere integrale che sottopone a forme di controllo anche l'autonomia privata proprio perché, in essa, possono esserci forme di potere⁹⁰.

La protezione dei dati come diritto fondamentale richiede quindi una strategia giuridica che sappia inseguire il significato della personalità umana attraverso i flussi di rete che ormai determinano la fisionomia dell'esistenza digitale. Se i diritti non vengono più esercitati all'interno della relazione tra singolo e potere pubblico, ma sono esposti a tante manipolazioni e rielaborazioni quanti sono gli interessi economici, allora ragionare di diritti fondamentali presuppone la capacità di sviluppare un processo giuridico in cui il diritto serve soprattutto come fattore di riequilibrio e di rimozione delle diseguaglianze⁹¹.

È difficile ragionare in questi termini senza parlare apertamente di Costituzione e di diritto costituzionale e questo spiega le molte difficoltà incontrate dal sistema europeo. Lo spostamento di potere dallo Stato al mercato ha aperto per il diritto europeo una grave frattura perché non è più stato sufficiente fare affidamento sull'interazione tra i principi iscritti nei Trattati e le regole di diritto privato prodotte attraverso regolamenti e direttive e il regolatore pubblico non ha più potuto essere ragionevolmente concepito come un semplice mediatore di forme di autoregolazione privata⁹².

Eppure, la Carta di Nizza contiene al suo interno elementi che sono un punto di partenza rilevante per costruire un nesso indissolubile tra la persona e le informazioni che la riguardano: il capitolo I, che orienta l'intera Carta al valore della dignità umana, l'art. 7, che impone il rispetto della vita privata e familiare e l'articolo 8, che stabilisce il diritto alla protezione dei dati personali, promettono qualcosa che va molto al di là della semplice tutela della *privacy* e che ha le sembianze di una difesa integrale della società delle libertà dalla «società della sorveglianza, della classificazione e della selezione sociale»⁹³.

È illusorio pensare che una simile difesa possa realizzarsi senza una disciplina rigorosa che sappia discernere tra elementi di libertà ed elementi di potere all'interno dei rapporti economici. È altrettanto illusorio ritenere che diritto europeo e diritto nazionale possano davvero proteggere la persona nel mondo digitale operando su livelli diversi con un mondo del mercato governato da regole europee e un mondo costituzionale governato da regole nazionali.

La convergenza che, a seguito dell'applicazione del GDPR, si è resa sempre più necessaria tra diritto dei consumatori, diritto antitrust, Carta dei diritti fondamentali e diritti costituzionali nazionali rende evidente come le linee di demarcazione che il diritto ha costruito e stratificato nei decenni siano del tutto fittizie. Quando ad essere implicato è il libero svolgimento della persona umana occorre liberarsi da schemi predefiniti che esasperano l'idea di una tutela atomizzata per riuscire a svolgere concretamente tutte le potenzialità implicite nel diritto⁹⁴.

⁹⁰ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963, 6; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 151.

⁹¹ Q. CAMERLENGO, *Per un'interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *Federalismi.it*, 12022.

⁹² G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1024; cfr. anche H.W. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law* Oxford, 2014; F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2004, 205 ss.

⁹³ S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*, discorso conclusivo della 26° Conferenza Internazionale sulla Privacy e sulla Protezione dei Dati Personali a Wroclaw, 16 settembre 2004.

⁹⁴ In proposito cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione e poteri impliciti: spunti di riflessione*, in *Rivista AIC*, 2025; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 712 ss.

E questa prospettiva si realizza soltanto attraverso un'organizzazione, di carattere costituzionale, che sia capace di estrarre dal complesso delle norme di vari livelli le regole di convivenza e di azione che la società digitale ormai ricerca⁹⁵.

⁹⁵ Per questo genere di prospettiva cfr. G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 917 ss.; A. SPADARO, *Potere globale*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., 724 ss.