

Cookie e tutela dei dati personali tra protezione dei diritti della persona e tutela del consumatore

LAURA VALLE

Associate Professor of Private Law at the Free University of Bolzano

Abstract

I cookie sono utilizzati in maniera generalizzata dagli operatori che gestiscono siti internet, sia con finalità sia di tipo tecnico e funzionale ma anche con finalità di analisi delle visite che ricevono sui loro siti internet e per finalità di marketing e di profilazione degli utenti. Si riscontra oggi un uso piuttosto aggressivo di questo strumento da parte degli operatori e una diffusa mancanza di rispetto della disciplina normativa data per il trattamento dei dati personali degli utenti. Recentemente si sono avute più importanti decisioni giurisprudenziali e delle autorità garanti dei dati personali in materia, che hanno chiarito alcuni profili fondamentali delle regole normative applicabili all'uso dei cookies. Sono intervenute anche diverse linee guida da parte delle autorità nazionali di protezione dei dati personali e anche ad opera dell'Editorial Data Protection Board (EDPB). Nonostante le une e le altre rappresentino degli importanti punti di riferimento, alcune riflessioni e qualche indice in via di emersione suggeriscono di attendersi per il prossimo futuro possibili evoluzioni.

Keywords: cookie - privacy - data protection - dati personali.

Summary: Introduzione. – 1. Il quadro normativo del trattamento dei dati personali relativo all'utilizzo dei *cookie* e la trasposizione della disciplina normativa in segni grafici. – 2. Le pratiche adottate dagli operatori nell'utilizzazione dei *cookie*. – 3. Interpretazioni recenti della disciplina del trattamento dei dati personali in relazione all'uso dei *cookie*. Azioni e rimedi per il mancato rispetto dei diritti dell'interessato. – 4. Recenti decisioni sull'impiego dei *cookie* ed evoluzione delle pratiche diffuse sul mercato. – 5. Uso dei *cookie* e disciplina di tutela del consumatore. 6. Uso dei *cookie* e tutela dei diritti fondamentali della persona diversi dal diritto alla protezione dei dati personali. – Conclusioni.

Introduzione.

Nella navigazione quotidiana su internet si sperimenta il ricorso generalizzato da parte degli operatori che gestiscono siti¹ *online* all'utilizzo dei *cookie*, ossia di «file di piccole dimensioni che un *web server* immette nei computer e nei dispositivi durante la navigazione» e che come dei marcatori elettronici consentono di riconoscere i dispositivi utilizzati per la navigazione e, come conseguenza, la persona dell'utente². I *cookie* vengono impiegati per

¹ Si utilizza un linguaggio colloquiale, seguendo il linguaggio del d.lgs. n. 70/2003 si adotterebbe invece l'espressione di «fornitori di servizi della società dell'informazione».

² «La ragione originaria dell'adozione del sistema dei *cookie*, introdotti per la prima volta dal *browser* Netscape a metà degli anni Novanta, era di natura commerciale» in quanto senza di essi non era possibile identificare un utente durante la navigazione. Così che prima della loro introduzione all'uso non era possibile ad esempio selezionare un prodotto da acquistare in un sito di *e-commerce* per poi ritrovarlo nel carrello in quanto la rete non consentiva di seguire un singolo utente durante la navigazione e di identificarlo come il medesimo utente che aveva selezionato il prodotto e che accedeva al carrello per procedere all'acquisto nella pagina successiva. «Grazie al sistema di tracciamento tramite *cookies* è stato possibile realizzare una serie di funzioni durante la navigazione, frutto della memorizzazione delle azioni e delle preferenze dell'utente (ad esempio, le impostazioni di visualizzazione o la lingua preferita)». In via generale va tenuto presente che - come si vedrà qui di seguito nel testo - i *cookie* sono uno degli strumenti più efficaci per identificare gli utenti e hanno contribuito in modo

raccogliere (trattare³) numerosi dati personali⁴ degli utenti, che vanno dagli identificativi personali, ai dati sulla loro localizzazione⁵, sulle loro preferenze di navigazione e di acquisto, solo per citarne alcuni. I dati personali dell'utente vengono trattati dagli operatori per più finalità: dal rendere possibile la medesima navigazione sul sito, alla profilazione delle abitudini di navigazione dell'utente.

I *cookie* più diffusamente impiegati vengono classificati e denominati, per la serie di dati che raccolgono e per gli scopi per cui tali dati vengono raccolti, come *cookie* necessari, funzionali, analitici, di profilazione. I *cookie* necessari trattano i dati dell'utente che sono necessari allo scopo di rendere possibile in senso tecnico la navigazione sul sito, i *cookie* funzionali trattano dati diretti a consentire l'utilizzazione di determinate funzionalità del sito e la loro memorizzazione come ad esempio la lingua utilizzata dall'utente per la navigazione, i *cookie* analitici sono diretti ad analizzare i dati di navigazione degli utenti, i *cookie* di profilazione a trarre informazioni sulle preferenze degli utenti e vengono solitamente utilizzati dalle imprese per ricerche di mercato e per finalità di *marketing*⁶. Ricorre poi quasi sempre nella raccolta dei dati personali degli utenti attraverso i *cookie* la cessione di tali dati a soggetti terzi⁷, che si qualifica come un ulteriore trattamento dei dati⁸. Se in alcuni casi si

determinante a favorire la possibilità di monitorare e tracciare chi naviga in rete. SMORTO, in QUARTA e SMORTO, *Diritto privato e dei mercati digitali*, Milano, Le Monnier Università, 2020, p. 55.

³ Il Reg. 2016/679 all'art. 4 n. 2 definisce il "trattamento" dei dati personali come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione». Nel caso dell'impiego di *cookie* i dati personali vengono sottoposti a più tipologie di trattamento, anche in linea con i diversi dati trattati e con lo scopo per il quale vengono trattati.

⁴ La definizione di "dato personale" si trova all'art. 4 n. 1 del Reg. 2016/679 secondo la quale è dato personale «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile; si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

⁵ C.d. geolocalizzazione, cioè la posizione geografica in cui si trova una determinata persona o un determinato oggetto nel mondo reale.

⁶ Segnala l'Allegato 1 alla Consultazione sulle "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento" del nostro Garante della *privacy* del novembre 2020, p. 4 – su cui si dirà più ampiamente più avanti - che la classificazione dei *cookie*, in base alla *ratio* della disciplina normativa e alle esigenze di tutela della persona, si basa in definitiva su due macrocategorie: i *cookie* tecnici, utilizzati al solo fine di «effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente a erogare tale servizio» (art. 122, comma 1° cod. *privacy*); e i *cookie* di profilazione, utilizzati per ricondurre a determinati soggetti specifiche azioni o schemi comportamentali ricorrenti in modo da poter loro inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dall'utente nel corso della navigazione in rete. Tale intervento del Garante indica una certa propensione a fare rientrare i *cookie* analitici tra i *cookie* tecnici, purché sia preclusa la possibilità di pervenire, mediante il loro utilizzo, all'individuazione dell'interessato (c.d. *single out*), ciò che equivale ad impedire l'impiego di *cookie* analitici che siano identificatori diretti ed univoci. Tuttavia, si riferisce che ad oggi non esiste un sistema universalmente accettato che consenta univocamente di distinguere i *cookie* tecnici, dai *cookie* analitici e dai *cookie* di profilazione, se non basandosi sulle indicazioni rese dal titolare della *privacy policy* (pp. 11-12). Questa linea è stata confermata nel Provvedimento definitivo adottato dal Garante il 10 giugno 2021 (n. 231) – su cui *infra*, par. 3 - che ha classificato tra i *cookie* tecnici i *cookie* analitici anonimizzati. Più severa nel richiedere il consenso rispetto ai *cookie* analitici la *Data Protection Commission* irlandese nella *Guidance Note: Cookies and other tracking technologies*, aprile 2020, pp. 7-8.

⁷ Si distinguono infatti i *first party cookie* dai *third parties cookie*, su tali due serie di *cookie* si può v. Cfr. ROSSI CHAUVENET e STEFANINI, *Internet e privacy: il recepimento in Italia della direttiva sulla cookie law*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, pp. 1810.

⁸ Si v. *supra*, nota 3, la definizione di trattamento dei dati data dall'art. 4 del Reg. 2016/679.

tratta di soggetti terzi che gestiscono il trattamento dei dati per conto dell'impresa loro cliente fornendole dei servizi, tantissime volte la cessione dei dati a soggetti terzi è finalizzata al loro utilizzo per scopi pubblicitari che consistono nell'indirizzare all'utente presso il quale sono stati raccolti i dati personali messaggi pubblicitari in linea con i suoi interessi⁹. I *cookie* si dividono poi in due macrocategorie in ragione della durata della loro permanenza nella memoria del computer dell'utente, a seconda che si autoeliminino al momento della chiusura del *browser* e si tratti quindi di *cookie* «di sessione», oppure permangano nella memoria del computer per più tempo e si dicano perciò «persistenti»¹⁰.

Da tempo il trattamento dei dati personali e quindi anche il trattamento dei dati attraverso i *cookie* è regolato dalla legge, prima dalla dir. 95/46 Ue, attuata nel nostro Paese con la l.n. 675/96 che è stata poi assorbita nel codice della privacy del 2003, e successivamente dal Reg. 2016/679 Ue (detto anche GDPR, acronimo di *General Data Protection Regulation*) che ha abrogato la precedente direttiva. Una disciplina più specifica è quella contenuta nella dir. 2009/136 Ue¹¹ che ha portato ad una modifica dell'art. 5.3 della dir. 2002/58 e quindi dell'art. 122 cod. privacy con riguardo all'«archiviazione di informazioni» e all'«accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente». Sull'utilizzo dei *cookie* sono intervenuti anche più pareri del *Working Group Art. 29*¹²: il parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale *online*, il parere 4/2012 sull'esenzione dal consenso per l'uso dei *cookie*, e il documento di lavoro 2/2013 che fornisce una guida per il consenso all'uso dei *cookie*¹³. Successivamente si è occupato di *cookie* il nostro Garante della *privacy* con un suo Provvedimento del 2014¹⁴, che è tornato sulla materia di recente avendo aperto una Consultazione nel novembre 2020 che si chiusa con l'adozione

⁹ Il tracciamento degli utenti durante la navigazione in rete consente la creazione di profili che vengono successivamente utilizzati per fornire agli utenti contenuti pubblicitari rispondenti ai loro interessi secondo il fenomeno della pubblicità comportamentale *online*. Cfr. ROSSI CHAUVENET e STEFANINI, *Internet e privacy: il recepimento in Italia della direttiva sulla cookie law*, cit., p. 1808.

¹⁰ ROSSI CHAUVENET e STEFANINI, *op. cit.*, p. 1809.

¹¹ Che ha modificato la dir. 2002/58 sulla riservatezza nelle comunicazioni elettroniche, c.d. dir. e-privacy (la dir. 2009/136 modificava anche la dir. 2002/22 e la dir. 2006/2004). Tale dir. è attualmente oggetto di un processo di revisione con la Proposta per un Reg. relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche adottata il 10 gennaio 2017.

¹² Il *Data Protection Working Party* era stato costituito in base all'art. 29 della dir. 95/46 Ue ed era composto da un rappresentante delle Autorità di controllo di ciascun Stato membro, da un rappresentante dell'*European Data Protection Supervisor* e da un rappresentante della Commissione europea. HIJMANS, *The European Data Protection Supervisor: The Institutions of the EC Controlled by an Independent Authority*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1313. Al *Working Party Art. 29* è succeduto l'*Editorial Data Protection Board* (EDPB) – costituito in base al Reg. 2016/679 - che è un comitato centralizzato a livello europeo deputato al coordinamento delle azioni delle autorità di sorveglianza attraverso meccanismi vincolanti. Si tratta di un organo indipendente con la propria personalità giuridica il cui ruolo primario risiede nel contribuire ad un'applicazione coerente del Regolamento per la protezione dei dati personali in tutta l'Unione europea, nel fare da referente consultivo per la Commissione sul livello di protezione offerto da Stati terzi od organizzazioni internazionali, e nel promuovere la cooperazione tra le autorità nazionali. V. a riguardo IPPOLITI MARTINI, *Comitato europeo per la protezione dei dati*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, dir. da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 552 ss.

¹³ Cui si può aggiungere anche il Parere 9/2014 sull'applicazione della dir. 2002/58 al *device fingerprinting* come metodo per evitare il ricorso ai *cookie* con il conseguente preventivo consenso dell'interessato, ma ottenere comunque la possibilità di trattare dati dell'interessato. Tale parere avverte che «il *device fingerprinting* ("identificazione dei dispositivi") presenta gravi problemi connessi alla protezione dei dati per le persone. Ad esempio, vari servizi *online* hanno proposto il *device fingerprinting* in alternativa ai *cookie* HTTP allo scopo di fornire dati analitici o di effettuare un *tracking* senza dover richiedere il consenso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3». «Il messaggio chiave del presente parere è che l'articolo 5, paragrafo 3 della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche è applicabile al *device fingerprinting*».

¹⁴ V. a riguardo *infra*, note 17, 18.

delle Linee guida sui *cookie* e altri strumenti di tracciamento del giugno 2021, di cui si dirà più avanti al paragrafo 3.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo 2 le pratiche di impiego dei *cookie* attualmente in uso da parte degli operatori risultano diffusamente non in linea con la disciplina giuridica del trattamento dei dati personali. Persiste il mancato rispetto di profili di regolazione del trattamento dei dati personali richiesti dalla legge, in primo luogo con riguardo all'acquisizione del consenso dell'interessato al trattamento dei dati quando sia necessario (art. 7, Reg. 2016/679)¹⁵, che deve essere fornito in base ad una informativa trasparente (art. 13, Reg. 2016/679). Per altro verso si vedono impiegate da parte degli operatori pratiche di utilizzo dei *cookie* sempre più aggressive nei confronti degli utenti di internet. Il trattamento dei dati dell'utente in molti casi pare avere il ruolo di una sorta di lasciapassare o di prezzo per l'accesso al sito, e gli operatori si mostrano molto legati a pratiche che consentano loro, eventualmente anche senza il rispetto della disciplina normativa, di attingere ai dati personali di coloro che raggiungono e visitano i loro siti internet¹⁶.

L'utilizzo di *cookie* da parte degli operatori che gestiscono siti internet può peraltro trovarsi in contrasto non soltanto con la disciplina del trattamento dei dati personali ma anche con altre discipline giuridiche, come quelle di tutela del consumatore, per il caso di utenti di internet che siano consumatori, in primo luogo con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole vessatorie. Ed anche con la tutela di alcuni diritti fondamentali della persona ulteriori rispetto al diritto sui propri dati personali, ad esempio il diritto all'informazione e il diritto alla libera manifestazione del pensiero. Questi profili saranno esaminati nei prossimi paragrafi 5 e 6.

1. Il quadro normativo del trattamento dei dati personali relativo all'utilizzo dei *cookie* e la trasposizione della disciplina normativa in segni grafici.

Per lungo tempo l'utilizzo dei *cookie* da parte degli operatori in internet non è stato segnalato con il ricorso a segni apparenti sul sito, cosicché gli utenti di internet non avevano di fatto, nel concreto, nemmeno modo di manifestare o negare il loro consenso all'utilizzo di questi ultimi. A meno che non facessero ricorso alla possibilità di bloccare l'operatività dei *cookie* attraverso un'impostazione del *browser* di ricerca da loro utilizzato che li escludesse (anche se si può supporre che questa fosse una possibilità accessibile nei fatti solo agli utenti meno inesperti).

Informazioni grafiche che avvertono l'utente che il sito internet fa ricorso ai *cookie* per trattare i suoi dati personali hanno cominciato ad apparire sui siti internet solo successivamente alla dir. 2009/136 Ue, dopo il parere del 2010 e il documento di lavoro del 2013 dati a livello europeo dal *Working Group Art. 29*, ed in particolare per il nostro Paese successivamente al Provvedimento del Garante della *privacy* del 2014¹⁷ che ha introdotto espresse indicazioni sulla grafica da impiegare per gli avvisi sull'utilizzo dei *cookie* da parte

¹⁵ Presupposti alternativi al trattamento dei dati personali rispetto al consenso sono l'adempimento contrattuale o normativo, l'interesse pubblico, la tutela degli interessi vitali e il legittimo interesse. V. *infra*, nota 55.

¹⁶ L'invito a dare il consenso all'utilizzo dei *cookie* è a volte accompagnato da informazioni del tipo che la raccolta dei dati svolge la funzione di offrire all'utente una migliore esperienza sul sito visitato.

Già nel 2010 il *Working Party Art. 29* nel suo parere 2/2010, del 22 giugno 2010, WP 171, p. 4, rilevava «il crescente ricorso alla pubblicità comportamentale, che si basa sull'impiego di marcatori ("*cookie*") e di altri dispositivi analoghi, e il suo alto livello di intrusione sulla vita privata».

¹⁷ Provvedimento del Garante della *privacy*, 8 maggio 2014, "Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei *cookie*". Seguito dalle FAQ "Informativa e consenso per l'uso dei *cookie*" del 3 novembre 2014 e dai "Chiarimenti in merito all'attuazione della normativa in materia di *cookie*" del 5 giugno 2015.

degli operatori su internet¹⁸.

A chiarire che l'utilizzazione dei *cookie* è sottoposta alla disciplina del trattamento dei dati personali e al preventivo consenso al trattamento dei dati – all'epoca contenuta nella dir. 95/46 – aveva contribuito la dir. 2009/136 del 25 novembre 2009, che aveva all'epoca rivisto sotto tale profilo la dir. 2002/58, nota come *e-Privacy Directive*¹⁹, introducendo al suo art. 5.3 la previsione secondo la quale la memorizzazione di informazioni o l'accesso ad informazioni già memorizzate sul supporto di un utente è consentito soltanto a condizione che questi abbia dato il suo consenso. Sull'utilizzo dei *cookie* è di interesse anche il considerando 66 della dir. 2009/136 che fa riferimento alla circostanza che «il consenso dell'utente al trattamento può essere espresso mediante l'uso delle opportune impostazioni di un motore di ricerca o di un'altra applicazione, qualora ciò si riveli tecnicamente fattibile ed efficace, conformemente alle pertinenti disposizioni della dir. 95/46». Considerando che tuttavia si è ritenuto non possa di per sé far ritenere che le impostazioni del *browser* siano una sufficiente espressione del consenso al trattamento dei dati a mezzo dei *cookie*²⁰. Nel suo parere 1/2009 del 10 febbraio 2009 il *Working Group Art. 29 (WG)* aveva rilevato l'inadeguatezza dell'approccio della dir. 2002/58 - che la dir. 2009/163 aveva poi modificato - a garantire il rispetto del diritto dell'utente sui propri dati personali come previsto dalla dir. 95/46 all'art. 2 lett. b. Il WG si era espresso nel senso che «le impostazioni predefinite di molti programmi di navigazione non consentono all'utente di essere informato circa i tentativi di memorizzazione o di accesso alla sua apparecchiatura terminale. Le impostazioni predefinite dei programmi di navigazione (...) non possono (...) essere un mezzo per l'utente di manifestare la propria volontà libera, specifica e informata, come richiesto dall'art. 2, lettera b), della direttiva sulla tutela dei dati. Per quanto riguarda i *cookie* il gruppo è del parere che

¹⁸ Nel Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali dell'8 maggio 2014 cit. *supra*, nota prec., viene indicato come i *cookie* devono essere segnalati all'utenza da parte dei siti internet in aggiunta alla regolazione generale di cui all'art. 122 cod. privacy (introdotta in attuazione della dir. 2009/136 dal d.lgs. n. 69 del 2012).

Per la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali attraverso *cookie*, non necessario per i c.d. *cookie* tecnici (ossia, si deve intendere, quelli necessari, ma v. ora il Provvedimento n. 231 del 2021 su cui *infra*, par. 3), il Garante ha indicato che dev'essere evidente sul sito, non appena lo si raggiunga, un'informativa sintetica (secondo la previsione dell'art. 122, 1° co. che rinvia all'art. 13, 3° co. dell'allora cod. privacy) cui si deve aggiungere un'informativa estesa di secondo livello che deve contenere tutti gli elementi previsti dall'art. 13 cod. privacy, illustrando nel dettaglio le finalità del trattamento dei dati per quegli utenti che decidano di voler accedere ad informazioni di livello più approfondito sulla tutela dei dati. All'interno di tale informativa dev'essere inserito anche il *link* aggiornato alle informative e ai moduli di consenso delle terze parti con le quali il titolare ha stipulato accordi per l'installazione di *cookie* tramite il proprio sito. Qualora il titolare abbia contatti indiretti con le terze parti dovrà inserire i *link* ai siti dei soggetti che fanno da intermediari tra lui e le stesse terzi parti. Tale tecnica di informativa dell'utenza e di acquisizione del consenso trova ragione nel contemperamento delle ragioni di tutela dei dati dell'utente con le attività di significato economico che sono sorte con la navigazione *online*.

¹⁹ POLINI, *Privacy e protezione dei dati personali nell'ordinamento europeo e italiano*, in *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, a cura di Maglio, Polini, Tili, Rimini, Maggioli, 2017, p. 45, «la direttiva (...) 95/46/CE ha fissato i principi generali della normativa in materia di dati personali per consentire la libera circolazione dei dati personali nel territorio europeo mentre le direttive (...) 2002/58/CE e 2009/136/UE relative al “trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche” hanno introdotto alcune precisazioni specifiche rispetto alla direttiva 95/46 che riguardano la raccolta di dati personali effettuata *on line* e in particolare l'utilizzo dei *cookie*».

²⁰ Cfr. ROSSI CHAUVENET e STEFANINI, *Internet e privacy: il recepimento in Italia della direttiva sulla cookie law*, cit., pp. 1813-1815. Che richiamano sul punto MANTELERO, *Observatory on ITC Law: new rules and technical solutions concerning cookies and other device to profile internet users*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 811, che esclude appunto che il considerando 66 della dir. 2009/136 costituisca una base legislativa sufficientemente forte per affermare che le impostazioni dei *browser* degli utenti siano una valida forma per la manifestazione del consenso a ricevere *cookie* da parte degli interessati.

chi si avvale di questi dispositivi debba informarne l'utente nella dichiarazione sulla riservatezza e non far affidamento alle impostazioni (predefinite) dei programmi di navigazione. Peraltro la formulazione prescelta non si limita ai *cookie* ma include qualsiasi tecnologia atta ad individuare il comportamento dell'utente del programma di navigazione».

La dir. 2009/136 si era inserita nel quadro di riforma europeo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica segnando nella regolazione dei *cookie* l'importante passaggio da un approccio "*opt-out*", in base al quale doveva essere garantita all'utente la possibilità di rifiutare l'installazione dei *cookie*, ad un approccio "*opt-in*" che impone invece di ottenere il consenso dell'utente per qualsiasi utilizzo non strettamente connesso con il servizio reso²¹. Ha infatti espressamente imposto in capo ai fornitori di servizi internet, come si è sopra visto, l'obbligo per i titolari (o i responsabili) del trattamento dei dati personali di ottenere il previo consenso informato dell'utente per l'archiviazione di informazioni o l'accesso delle informazioni già archiviate nel suo terminale²².

Nel 2010 il *Working Group Art. 29* aveva successivamente fissato l'attenzione sull'utilizzazione dei *cookie* come pratica di pubblicità comportamentale che, nonostante i benefici sotto il profilo commerciale - affermava il WG -, non poteva essere impiegata a spese della protezione del diritto individuale al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali dell'utente di internet²³. Il parere aveva rilevato che nell'utilizzo dei *cookie* diretti al monitoraggio del comportamento *online* degli utenti allo scopo di fornire pubblicità mirata - che può avere una portata di rilievo sotto il profilo temporale soltanto nell'immediato, oppure prolungata - fosse importante il rispetto della dir. 95/46 quale disciplina del trattamento dei dati personali. Aveva affermato inoltre che attenzione massima dovesse essere dedicata al profilo della trasparenza, di particolare rilievo per assicurare che il consenso venisse prestato efficacemente.

Il *Working Document 2/2013* del *Working Group Art. 29* sul consenso all'uso dei *cookie* si era soffermato sulle modalità pratiche cui far ricorso da parte degli operatori per ottenere il consenso al loro utilizzo in linea con la disciplina del trattamento dei dati personali data a livello europeo (che nel 2013 era ancora la dir. 95/46). Ed in particolare sui requisiti dell'informativa specifica, sulla necessità di acquisire il consenso prima dell'inizio del trattamento, sulla scelta attiva da parte dell'interessato, sulla libertà del consenso. Requisiti questi che, come si vedrà più avanti, al par. 4, sono stati riaffermati anche in tempi successivi e recenti da decisioni della Corte di giustizia Ue rispetto alle pratiche utilizzate dagli operatori. Importante è anche il parere 3/2013 del *Working Group Art. 29* che si è soffermato sulla limitazione dello scopo per il trattamento dei dati personali, requisito che contribuisce alla trasparenza, alla certezza legale e alla prevedibilità, ed è diretto a proteggere l'interessato fissando i limiti entro i quali i responsabili possono trattare i dati. Il concetto di limitazione dello scopo è costituito da due concetti principali: i dati personali devono essere raccolti per scopi specifici, espliciti e legittimi (specificazione di scopo) e non possono essere trattati in modo incompatibile con tali scopi (uso compatibile).

La regolazione del consenso al trattamento dei dati personali, preceduto dall'informativa,

²¹ ROSSI CHAUVENET e STEFANINI, *op. cit.*, p. 1814.

²² Ed inoltre per i titolari (o i responsabili) del trattamento di attuare le adeguate misure di protezione contro possibili perdite o diffusioni incontrollate dei dati e, per il caso di violazioni dei dati personali, di informare tempestivamente le autorità di vigilanza e gli utenti, oltre all'obbligo di adottare misure appropriate per garantire che le comunicazioni indesiderate a scopo di *marketing* siano permesse solo a fronte del consenso degli utenti interessati.

²³ *Article 29 Data Protection Working Party*, WP 171, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*, 22 giugno 2010.

è ora contenuta nel Reg. 2016/679²⁴, e relativamente a tale disciplina e alle sue applicazioni rispetto ai *cookie* sono intervenuti più pareri delle Autorità garanti, compreso lo *European Data Protection Board* (che è succeduto nelle funzioni del *Working Group Art. 29*), e pronunce giurisprudenziali che ne hanno chiarito la portata.

Il Reg. 2016/679 definisce il consenso al trattamento dei dati personali ai suoi artt. 4.11, 6.1 lett. *a*, 7 e nel considerando 32. In linea con l'art. 4 il consenso è una manifestazione di volontà libera, specifica, informata (l'informativa che deve precedere il consenso è regolata dall'art. 13) ed inequivocabile dell'interessato. L'art. 6 del Reg. 2016/679 prevede che il consenso al trattamento debba essere dato per una o più finalità specifiche. Il considerando 32 afferma che il consenso deve essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata ed inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, e che se il consenso abbia più finalità dovrebbe essere prestato per ognuna di queste. Più in generale il considerando 7 afferma che è opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che le riguardano²⁵. Tali previsioni normative sono di fondamentale importanza per la regolazione dell'utilizzo dei *cookie* e per indicare i requisiti che devono accompagnare il consenso al trattamento dei dati personali operato attraverso i *cookie*.

Il trattamento dei dati personali attraverso l'impiego di *cookie* va quindi evidenziato all'utente di internet con indicazioni grafiche dirette ad acquisire il suo consenso attraverso modalità che siano allo stesso tempo trasparenti per l'utente (art. 5.1 lett. *a* e art. 12 Reg. 2016/679 su informazioni, comunicazioni e modalità trasparenti per l'esercizio dei diritti dell'interessato, e anche art. 2, lett. *e* cod. consumo sul diritto dei consumatori alla trasparenza nei rapporti contrattuali²⁶) e sintetiche, in modo tale da poter essere visualizzate al raggiungimento di un determinato sito internet. Tali indicazioni grafiche consistono in *banner* che appaiono sulla pagina del sito internet raggiunta dall'utente e contengono un'informativa di primo livello accompagnata da una informativa più dettagliata, detta di secondo livello, di solito raggiungibile attraverso un *link*²⁷, che completa gli elementi che la legge (ora la

²⁴ «In capo al titolare del trattamento sono posti obblighi di trasparenza più stringenti rispetto alla precedente normativa. I principi di trattamento corretto e trasparente implicano che l'interessato sia informato dell'esistenza del trattamento e delle sue finalità», POLINI, *op. cit.*, p. 47.

In via generale il Reg. 2016/679 introduce per il consenso come presupposto per il trattamento dei dati personali dei requisiti e delle specificazioni di maggiore precisione rispetto alla normativa precedente. La definizione di consenso è più dettagliata attraverso la previsione dell'art. 7 e di diversi considerando che ne descrivono in maniera pratica ed analitica le condizioni di validità e le regole relative all'onere probatorio, mentre l'art. 8 viene specificamente dedicato al consenso dei minori ai servizi della società dell'informazione. La dir. 95/46 aveva introdotto il consenso tra i presupposti per il trattamento dei dati personali, e il consenso aveva poi trovato una menzione nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si riferisce che successivamente si era via via assistito ad uno snaturamento del consenso attraverso una raccolta di dati personali sempre più intensa, cui andava di pari passo la diffusione di un modo di intendere il consenso, una volta che esso si fosse ottenuto, con qualsiasi modalità, come presupposto giustificativo in maniera generalizzata di qualsiasi trattamento dei dati personali. A tale snaturamento del consenso avevano cercato di far fronte le autorità di protezione dei dati precisando i requisiti del consenso richiesti dalla direttiva e dalle legislazioni nazionali. Tali interventi hanno appunto poi trovato una collocazione nel successivo Reg. 2016/679. M.C. MENEGHETTI, *Consenso bis: la Corte di Giustizia torna sui requisiti di un valido consenso privacy*, in *Medialaws.it*, n. 1/2021, 11 aprile 2021.

²⁵ PIZZETTI, *Il futuro dell'Europa si regge sui dati*, consultato *online*, rileva che tale considerando si connette all'art. 20 del Reg. 2016/679 sulla portabilità dei dati ma e che il controllo della persona sui propri dati è un'espressione che può anche essere interpretata in modo estensivo con riferimento ai dati prodotti da una persona anche solo accedendo a servizi *online*.

²⁶ Come si vedrà più avanti nel testo anche il *Working Group Art. 29* aveva posto l'accento sull'importanza del rispetto della trasparenza.

²⁷ Questo per non aggravare la chiarezza sotto il profilo grafico e dello spazio occupato sul sito dalle informazioni che devono essere date per acquisire un consenso il più possibile consapevole da parte dell'utente.

previsione dell'art. 13 Reg. 2016/679²⁸) richiede per l'informativa che deve precedere il consenso dell'interessato²⁹. Questi elementi grafici erano già stati indicati esplicitamente dal citato Provvedimento del Garante della *privacy* del 2014. Si abbia presente che la versione dell'art. 122 del cod. *privacy*, successiva al 2018 (quando si è avuto l'adattamento della disciplina italiana al Reg. 2016/679) e attualmente in vigore, ha indicato il ricorso ad una informativa abbreviata³⁰. Nell'Allegato 1 alla Consultazione sulle "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento" del novembre 2020 si è indicato che sempre all'interno dell'area dedicata al consenso all'uso dei *cookie* dovrebbero trovare collocazione due ulteriori comandi idonei a garantire il diritto di ripensamento e di revoca del consenso agli utenti che, avendo già effettuato una specifica scelta al momento del primo accesso al sito *web* intendano successivamente optare per una scelta diversa³¹. Le Linee guida del Garante del giugno 2021 prevedono che nel *banner* utilizzato ai fini dell'acquisizione del consenso sia inserito un *link* ad un'area nella quale poter scegliere, tra l'altro, di revocare il consenso già espresso (Allegato I alle Linee guida, sezione Informativa e consenso, lett. f).

Oltre al principio di trasparenza, già citato sopra, altro principio di rilievo generale nel Regolamento, e applicabile perciò anche nelle pratiche utilizzo dei *cookie*, è il principio di minimizzazione nel trattamento dei dati.

Quanto alle novità più recenti, il testo della Proposta del nuovo Regolamento UE sulla *e-privacy* (del 2017) come approvato nel febbraio 2021 dal Consiglio dell'Unione Europea (e ora soggetto all'approvazione del Parlamento UE) interviene sulla regolazione dei *cookie* prevedendo, al fine di ovviare a quella che viene definita come *cookie fatigue*, l'indicazione (ma non l'obbligo) per gli operatori di prevedere delle impostazioni di *default* che consentano agli utenti finali di gestire il consenso ai *cookie* in maniera agevole e trasparente, facendo delle scelte in merito all'archiviazione e all'accesso ai dati memorizzati, attraverso l'impostazione e la modifica di *whitelist* per categorie di *cookie* accettate o meno³². Questo prospettato intervento pare si presti a contrassegnare di novità le pratiche relative all'impiego dei *cookie*, assieme al progressivo allontanamento dall'impiego dei *cookie* di terze parti preannunciato dai motori di ricerca (su cui ci si soffermerà nel par. delle conclusioni).

2. Le pratiche adottate dagli operatori nell'utilizzazione dei *cookie*.

Se certo non manca il ricorso a pratiche che si attengono alle prescrizioni normative con l'acquisizione del consenso specifico, attivo ed inequivoco dell'interessato all'impiego di *cookie* (con l'indicazione di quali dati personali saranno trattati e per quali scopi) preceduto dall'informativa³³, molti operatori ricorrono all'utilizzo di *cookie* attraverso pratiche che con

²⁸ Il consenso al trattamento dei dati personali dev'essere dato in base appunto ad un'informativa specifica comprensiva dell'indicazione degli scopi per i quali i dati sono trattati, della base giuridica del trattamento, dei destinatari o le eventuali categorie dei destinatari cui i dati sono destinati, del periodo di conservazione dei dati, tra le indicazioni principali (art. 13 Reg. 2016/679).

²⁹ Ed in base alla quale egli esprime il suo consenso al trattamento dei dati personali.

³⁰ La norma prevede ora che – ad eccezione dei c.d. *cookie* tecnici - «l'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate».

³¹ V. "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento" del nostro Garante della *privacy* del novembre 2020, p. 10.

³² Viene da osservare che tali possibili impostazioni di *default* dovranno comunque essere sostanzialmente differenti dai *browser setting* impiegati nel passato, esclusi dall'ammissibilità quanto all'impiego per la manifestazione del consenso ai *cookie* anche nella più recente versione delle *Guidelines* del CNIL francese dell'ottobre 2020.

³³ Altro punto in senso logico è poi se l'osservanza delle prescrizioni normative sia nella sostanza sufficientemente protettiva dell'utente/interessato.

esse non si allineano. E, anzi, come si diceva sopra, negli ultimi tempi si riscontrano comportamenti degli operatori diretti al trattamento e alla raccolta dei dati personali attraverso i *cookie* sempre più aggressivi nei confronti degli utenti³⁴.

Alcuni esempi delle pratiche di diffuso impiego da parte degli operatori si possono ricondurre alle seguenti tipologie:

- pratiche che impiegano un *banner* che fa avviso dell'utilizzo di *cookie*, ed eventualmente contiene un *link* alle condizioni di trattamento dei dati, ma non richiede all'utente un consenso espresso (attivo) rispetto all'uso dei *cookie*;

QUESTO SITO USA I COOKIE!

Lo facciamo per mostrarti i nostri prodotti e servizi e per poterti offrire la migliore esperienza possibile. Se sei d'accordo con questo, prosegui pure e buona navigazione!

[Scopri di più](#)OK

- pratiche che richiedono all'interessato un consenso generale/generico relativo all'uso di più *cookie* in maniera congiunta come quelli necessari, funzionali, analitici, previa informativa cui si accede tramite *link*;

Questo sito utilizza i propri cookie per migliorare la tua esperienza di navigazione e terze parti per inviarti messaggi promozionali in linea con le tue preferenze. Per ulteriori informazioni e per modificare le impostazioni dei cookie, fare clic su "ulteriori informazioni".

Se si fa clic sul pulsante "OK" o se si continua a navigare, si accetta l'uso dei cookie - [ulteriori informazioni](#) ok

- pratiche che richiedono all'interessato, previa informativa, il consenso all'utilizzo di determinati *cookie* attraverso caselle già pre-spuntate, che l'utente può deselezionare se intende negare il consenso alla raccolta, o che a volte non possono nemmeno essere deselezionate;

- pratiche che richiedono il consenso all'interessato con la formulazione dell'informativa con cui i dati personali sono raccolti e per quali scopi in modo poco chiaro, quanto al testo e/o alla grafica impiegata;

- impiego di avvertenze preliminari al trattamento dei dati mediante *cookie* dal significato ingannevole, quali ad esempio espressioni secondo le quali "l'operatore ha massima cura dei dati personali dell'utente" e per questo procede al trattamento dei dati dell'utente, che vengono raccolti per vari scopi, usualmente anche di profilazione;

La vostra privacy è per noi molto importante

Noi e i nostri partner conserviamo e/o accediamo alle informazioni su un dispositivo, come gli ID univoci nei cookie per il trattamento dei dati personali. È possibile accettare o gestire le vostre scelte cliccando qui sotto, compreso il vostro diritto di opporvi in caso di utilizzo di interessi legittimi, o in qualsiasi momento nella pagina della privacy policy. Queste scelte verranno segnalate ai nostri partner e non influenzeranno i dati di navigazione. [Cookie policy](#)

Noi e i nostri partner trattiamo i dati per fornire:

Utilizzare dati di geolocalizzazione precisi. Scansione attiva delle caratteristiche del dispositivo ai fini dell'identificazione. Archiviare e/o accedere a informazioni su un dispositivo. Annunci e contenuti

³⁴ Anche ad esempio attraverso il trattamento dei dati personali tramite *application (App)*, in *Il Sole24 ore*, 14 dicembre 2020.

personalizzati, valutazione degli annunci e del contenuto, osservazioni del pubblico e sviluppo di prodotti. Elenco dei partner (fornitori)

- ricorso a *banner* per la richiesta del consenso al trattamento dei dati personali che occupano fisicamente buona parte della pagina *web*, provocando il fastidio dell'utente che così tende a dare il consenso prima possibile per superare la sensazione di fastidio, e sollecitando l'impressione dell'utente di non poter procedere nella navigazione se non accordi il suo consenso all'utilizzazione dei *cookie*;

- pratiche di "falso consenso" come saranno descritte più avanti, al paragrafo 4;

- ricorso da parte degli operatori al proprio legittimo interesse al trattamento dei dati personali impiegando caselle preselezionate che devono essere deselezionate dall'utente/interessato (o a volte caselle da selezionare da parte dell'utente) per negare all'operatore la raccolta dei dati in base al proprio legittimo interesse (o per accordare il consenso alla raccolta in base al legittimo interesse) (il legittimo interesse trova base nel considerando 47 del Reg. 2016/679 e nell'art. 6.1 lett. f).

Altra pratica in uso da parte dagli operatori di internet su cui va portata l'attenzione è quella del ricorso ai c.d. *cookie wall*. Si devono infatti distinguere i casi nei quali, in mancanza di consenso alla raccolta dei dati per alcune finalità, la navigazione è comunque consentita, da quelli in cui viene impedito l'accesso ai contenuti del sito, o ad alcuni contenuti del sito. Tale ultima pratica che impedisce l'accesso al sito nel caso del mancato consenso al trattamento dei suoi dati personali da parte dell'utente viene appunto definita con l'espressione di *cookie wall*, e la sua legittimità alla luce del GDPR è discussa³⁵.

Altre pratiche impiegate dagli operatori che gestiscono siti internet osservano invece effettivamente l'obbligo di richiedere il consenso specifico, attivo ed univoco dell'interessato per ogni singola tipologia di *cookie*. Il consenso dev'essere come si è visto sopra preceduto dall'informativa, sintetica e poi più dettagliata, cui si accede in via separata³⁶, in linea con le previsioni generali che regolano normativamente il trattamento dei dati personali e con le indicazioni che ha dato il Garante nel Provvedimento del 2014 che si è sopra citato. Non si può comunque non osservare come l'utilizzo dei *cookie* da parte degli operatori, anche nel caso in cui rispetti le prescrizioni previste dalla legge, metta comunque nel concreto gli utenti regolarmente e mediamente in una situazione di soggezione, dato che si tratta di pratiche che

³⁵ Le *Guidelines* adottate dal CNIL nel luglio 2019 reputavano tale pratica contraria al GDPR riprendendo l'opinione dello *European Data Protection Board* (EDPB). Successivamente una sentenza del Consiglio di Stato francese del giugno 2020 ha contestato la validità dell'opinione espressa in merito dal CNIL in ragione del fatto che un divieto di fare ricorso ai *cookie wall* non si potrebbe far derivare dalla previsione generale del GDPR secondo la quale il consenso deve essere dato liberamente né dal – non vincolante – parere dello EDPB in quest'ultimo senso. La nuova versione delle *Guidelines* sui *cookie* del CNIL è stata pubblicata il 1° ottobre 2020 ed è entrata in vigore ad aprile 2021. Quanto ai *cookie wall* le Linee guida prevedono che la legittimità del ricorso ai *cookie wall* sarà valutata caso per caso; ad ogni modo gli operatori devono chiaramente informare gli utenti sulle conseguenze dell'accettazione o del rifiuto dei *cookie*, ovvero gli utenti devono essere informati della impossibilità di avere accesso al servizio qualora rifiutino i *cookie*. Si esprime in merito ai *cookie wall* anche l'Allegato 1 alla Consultazione sulle "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento" del nostro Garante della *privacy* del novembre 2020, p. 7, cit. *supra*, nota 6, affermando che tale meccanismo non consente di qualificare il consenso quale conforme al Regolamento e in particolare al suo art. 4.11, e quindi è da ritenersi illecito salva l'ipotesi, da verificare caso per caso, in cui il titolare del sito offra all'interessato la possibilità di accedere ad un contenuto o un servizio equivalenti senza prestare il proprio consenso all'installazione e all'uso di *cookie*. Questa prospettiva è stata confermata dalle Linee guida adottate dal Garante nel giugno 2021 a conclusione della Consultazione, come si vedrà *infra*, nel testo, al par. 3.

³⁶ Pena, attraverso l'impiego di una informativa di primo livello molto dettagliata, il risultato non di informare meglio l'interessato, ma di essere in definitiva poco trasparenti, e confondere l'utente con un eccesso di informazioni.

difficilmente sono pienamente comprese se non da utenti davvero esperti³⁷.

Quanto all'utilizzazione dei *cookie* su internet è probabilmente calzante a descrivere la posizione dell'utente l'espressione di "vulnerabilità strutturale dell'individuo", che è stata impiegata all'osservazione delle pratiche di trattamento dei dati personali nella società contemporanea³⁸. Tale posizione di soggezione diventa naturalmente ancor più grave nel caso di persone che sono di regola ancor più vulnerabili, come ad esempio i minori di età (considerando 38 e 58 Reg. 2016/679).

Per quanto concerne l'utente di internet che sia consumatore, ne mette in rilievo la posizione di vulnerabilità il rapporto del marzo del 2021 del *Bureau Européen des Unions des Consommateurs* (BEUC) dal titolo "EU Consumer Protection 2.0 – Structural asymmetries in digital consumer market" che evidenzia come sia necessario introdurre modifiche al diritto europeo dei consumatori per tutelare i consumatori digitali.

Forse, eventualmente, solo l'adozione di una grafica molto chiara, semplice, ed imposta in via uniforme potrebbe temperare la situazione di soggezione dell'individuo/interessato. A tal proposito potrebbe essere di grande utilità lo sviluppo e la diffusione del ricorso alle tecniche di *legal design* sulle quali si sta in effetti lavorando e che promettono sviluppi per il prossimo futuro³⁹. Al proposito anche il Garante per la protezione dei dati personali nell'Allegato 1 alla Consultazione sulle "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento" del novembre 2020 sottolinea l'importanza di una «riflessione sulla necessità dell'adozione di una codifica standardizzata relativa alla tipologia dei comandi, dei colori e delle funzioni da implementare all'interno dei siti *web* per conseguire la più ampia uniformità, a tutto vantaggio della trasparenza, della chiarezza e dunque anche della migliore conformità alle regole»⁴⁰.

In linea più generale, a proposito dell'utilizzo dei *cookie* potrebbero rivelarsi calzanti i dibattiti sul requisito fondante della disciplina europea del trattamento dei dati personali, ossia sul consenso dell'interessato quale presupposto per il trattamento dei dati personali. In effetti il presupposto del consenso, in astratto certo imprescindibile e protettivo della volontà dell'interessato rispetto al trattamento dei suoi dati personali, spesso può non sostanzarsi in un elemento efficace a proteggere la posizione della persona interessata, considerato anche che nei fatti potrebbe non sempre trattarsi di un consenso davvero consapevole⁴¹. Non si

³⁷ Si potrebbe prospettare un parallelismo con la regolazione dei rapporti sui mercati finanziari rispetto alla quale pure la regolazione del consenso sulla base delle informazioni fornite è suscettibile di mettere in difficoltà l'investitore. Rileva PERRONE, *Servizi d'investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2019, p. 3 s., che a seguito degli scandali di inizio secolo e della crisi finanziaria globale è emersa la consapevolezza dell'«insufficienza di una disciplina di mera trasparenza, che può "persino legittimare pratiche perniciose" a detrimento di chi pur sarebbe diretta a proteggere».

³⁸ Espressione utilizzata ed individuata dal prof. Pasquale Stanzone Presidente dell'Autorità garante per il trattamento dei dati personali nella sua relazione al Workshop Protech del 16 ottobre 2020. Si veda STANZIONE, *Data Protection and Vulnerability*, in *EJPLT*, 2, 2020, p. 9 ss.

³⁹ Negli ultimi anni c'è stato uno sviluppo sensibile dell'attenzione e dello studio del *legal design*. V. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come rimedio ex ante*, in *Dir. inf. inform.*, 2020, p. 303-312; AULINO, *Legal design and A.I. in support of legislative drafting during crisis*, in *EJPLT*, 1, 2020, pp. 173-176; AULINO, *La comprensione effettiva dei testi giuridici da parte del consumatore. Scienze comportamentali e legal design*, in *Manuale di Diritto e tutela del consumatore*, in *Strumenti per la didattica di diritto civile*, a cura di L. Gatt, in corso di pubblicazione.

⁴⁰ V. "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento", cit., p. 10.

⁴¹ GATT, MONTANARI, CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale*, in *Pol. dir.*, 2017, pp. 350-351, dove si mettono in rilievo «i limiti del consenso preventivo sia perché reso inconsapevolmente sia perché - anche quando è reso consapevolmente - non si traduce in un effettivo impedimento alla dannosità del trattamento per la persona dell'utente. Al contrario, la prestazione del consenso potrebbe avere un effetto distorsivo perché esso viene prestato senza che l'utente abbia cognizione degli strumenti di tutela *ex post* ed anzi sulla base della convinzione che la sola concessione del consenso elimini a

deve sottostimare la circostanza che gli utenti di internet, a certe condizioni e di fronte all'offerta di servizi apparentemente gratuiti, sono comunque portati a cedere propri dati personali. Per cui, rispetto a comportamenti degli operatori ampiamente diffusi, tendenzialmente prevaricatori della posizione degli utenti, a volte anche in maniera subdola, paiono poter essere efficaci soltanto divieti e/o prescrizioni di risarcimento dei danni⁴².

3. Interpretazioni recenti della disciplina del trattamento dei dati personali in relazione all'uso dei *cookie*, azioni e rimedi per il mancato rispetto dei diritti dell'interessato.

I principi e i caratteri del consenso al trattamento dei dati personali - quindi anche quello relativo all'uso dei *cookie* - sono stati chiariti dalle *Guidelines* n. 5/2020 dell'*European Data Protection Board* (EDBP)⁴³ del 4 maggio 2020 sul consenso nel Reg. 2016/679⁴⁴ che hanno

priori la possibilità stessa di una lesione». «La sperimentazione condotta e le analisi giuridico-comportamentali dei dati raccolti evidenziano (...) l'inefficienza di una tutela *ex ante* che si sostanzia in un divieto di trattamento dei dati (sicuramente di quelli non-sensibili) e fanno propendere per l'ideazione di uno speciale statuto di circolazione (regolamentazione del trattamento) quantomeno per dati non sensibili, in un'ottica finale di elaborazione di un rimedio privatistico risarcitorio/restitutorio in funzione di deterrenza ai trattamenti dannosi per l'utente (vale a dire, di un'effettiva ed efficiente tutela *ex post*)». Gli studi condotti (e si rinvia al proposito a BEN-SHAHAR e CHILTON, *Simplification of Privacy Disclosures: An Experimental Test*, in *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Research Paper* n. 737, 2016) «rivelano che, in modo più o meno consapevole, l'informativa non è letta e pertanto il consenso prestato non è consapevolmente fornito». «Il riscontro atteggiamento verso la lettura o consultazione dell'informativa *privacy* nonché il più generale collegamento con le singole attività cui il trattamento afferisce può indurre a considerare come il miglioramento delle modalità di redazione e della chiarezza dell'informativa, che pure rappresenta un costante obiettivo delle politiche comunitarie e nazionali anche attraverso le autorità di controllo, ragionevolmente non sia destinata a produrre significativi cambiamenti nel grado di consapevolezza degli utenti» (pp. 348-349).

⁴² MANTELERO, *Regulating big data. The Guidelines of the Council of Europe in the Context of the European data protection framework*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, pp. 584-602, mette in rilievo che nel contesto completamente nuovo venutosi a creare nell'ultimo decennio «data are abundant, in some cases excessive and redundant, information is constantly reused, analytics are able to extract predictive information from data sets and algorithms are increasingly becoming part of decision making processes. All of these changes undermine the foundational idea that data subjects' self-determination is expressed through their meaningful consent to data processing, because data subjects are not able to cope with the complexity, and often obscurity, of today's information uses. The big data paradigm also undermines the very notion of "specified purpose", in terms of the scope of data processing which should be known and defined at the moment of data collection». «The data subject's consent, when required, becomes an easy way to legitimise any sort of data processing and further re-use information». L'impostazione del Reg. 2016/679 non si distacca da quella della dir. 95/46, risalente agli anni '90, anche in ragione del successo a livello internazionale incontrato da questo modello ma, mette in evidenza l'a., «the technology scenario of the '90 is far from removed from our daily experience. At that time, data were still collected and processed for a limited range of purposes (e.g. loyalty programs) and the level of complexity of data analysis was still understandable by users. Today, powerful analytics make it possible to extract unpredicted inferences from large amounts of data, which are extensively collected for generic purposes and processed in a manner that is often obscure and usually unintelligible. This necessarily raises the question of whether the data protection paradigm as defined in Directive 95/46/EC - and confirmed in Regulation (EU) 2016/679 - is still adequate to address the challenges of this new scenario». Di fronte all'affermazione dei c.d. *big data* per le tecnologie di attuale diffusione come la *Internet of Things* e l'intelligenza artificiale è essenziale la disponibilità di grandi quantità di dati personali e per tali raccolte la strada più praticabile è quella del trattamento di dati in modo anonimizzato, e in tali casi il consenso non costituisce da premessa al trattamento. Più che le diffuse tecniche di anonimizzazione si stanno diffondendo, allo scopo di scindere i dati personali dagli elementi di realtà che li legano alla persona fisica da cui provengono, tecniche di *machine learning* per la realizzazione di dati sintetici.

⁴³ Questo organismo è succeduto al *Working Group Art. 29* come si è visto *supra*, a nota 12.

⁴⁴ Queste Linee Guida rivedono una delle prime *Guidelines* date in precedenza dal *WP Art. 29* nell'aprile 2018 per porre rimedio alle divergenze sull'interpretazione di cosa costituisca consenso con speciale riguardo ai *cookie* e alle altre tecnologie di tracciamento.

approfondito l'interpretazione delle nozioni di consenso informato, consenso libero, consenso attivo (e manifestato in maniera inequivocabile), consenso specifico e per il singolo scopo, trasparenza. Lo *European Data Protection Board* (EDPB) ha specificato tra l'altro che non sono consentite caselle preselezionate nei *banner* dedicati alla manifestazione del consenso all'utilizzo dei *cookie*; che la continuazione della navigazione su un sito internet non può equivalere alla manifestazione di un consenso attivo ed espresso, quindi non può significare consenso al trattamento dei dati personali; che il consenso all'utilizzo dei *cookie* nel caso di impiego *cookie wall* non è un consenso valido in quanto si fa dipendere l'accesso al sito dall'accettazione dei *cookie* cosicché il consenso non si può reputare dato liberamente⁴⁵. Le Linee Guida prevedono anche che se un operatore ha come pubblico di riferimento un pubblico di minori deve adeguare le pratiche al suo pubblico.

Recentemente sono state pubblicate sul tema le *Guidelines* adottate dall'Autorità garante francese (CNIL) nel luglio 2019, poi riviste in una nuova versione pubblicata il 1° ottobre 2020 che è entrata in vigore ad aprile 2021, e le *Guidance Note: Cookies and other tracking technologies* dell'aprile 2020 della *Data Protection Commission* irlandese che costituiscono un punto di riferimento per la ricostruzione in termini concreti della disciplina da applicare alle pratiche di impiego dei *cookie*. Nel novembre 2020 il nostro Garante per la protezione dei dati personali ha aperto una Consultazione sul documento "Linee guida sull'utilizzo dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento" per valutare le pratiche in uso relative ai *cookie* e a tali altri strumenti⁴⁶. La consultazione si è chiusa con l'adozione delle "Linee guida sui *cookie* e altri strumenti di tracciamento" del giugno 2021 (Provvedimento n. 231 del 10 giugno 2021) che fa da aggiornamento alle precedenti Linee guida del 2014. Tali Linee guida recentemente pubblicate precisano che nel rispetto del Regolamento 2016/679 UE l'informativa agli utenti dovrà specificare anche gli eventuali altri soggetti destinatari dei dati personali e i tempi di conservazione delle informazioni. È confermato che solo per i *cookie* tecnici è necessaria la sola informativa – senza l'espressione di un esplicito consenso – e si raccomanda che i *cookie analytics*, usati per valutare l'efficacia di un servizio, siano utilizzati solo a scopi statistici (e in tal caso sono trattati come *cookie* tecnici). Il Garante afferma che dovrà essere offerta agli utenti la possibilità di proseguire la navigazione anche senza essere in alcun modo tracciati. Il *cookie wall* deve ritenersi illegittimo salva l'ipotesi «da verificare caso per caso, nella quale il titolare del sito consenta comunque agli utenti l'accesso a contenuti o servizi equivalenti senza richiesta di consenso all'uso dei *cookie* o di altri tracciatori». Inoltre, la scelta dell'utente relativa ai *cookie* dovrà essere registrata e non più sollecitata, a meno che non mutino significativamente le condizioni del trattamento, sia impossibile sapere se un *cookie* sia già stato memorizzato nel dispositivo, siano trascorsi almeno 6 mesi. Ritiene infatti il Garante che la ripresentazione del *banner* per la richiesta del consenso agli utenti ad ogni nuovo accesso sia una misura ridondante ed invasiva, che non trova ragione negli obblighi di legge. Resta in ogni caso fermo il diritto degli utenti di revocare in qualsiasi momento il consenso precedentemente prestato. Con questo Provvedimento il Garante si è inoltre espresso esplicitamente contro l'uso dell'interesse legittimo come fondamento per l'uso dei *cookie* e di altri strumenti di tracciamento. Fermo restando che viene ribadito che il consenso debba essere dato in modo "granulare", desta qualche perplessità la previsione di un comando (contenuto nel *banner*) per accettare «tutti i *cookie* o altre tecniche di tracciamento», fermo il rinvio ad altra area nella quale poter scegliere in modo analitico le funzionalità. Il Garante auspica che si arrivi presto ad una codifica universalmente accettata dei *cookie* che consenta di distinguere in maniera oggettiva i *cookie* tecnici da quelli analitici o da quelli di profilazione.

⁴⁵ Infatti, la mancanza di opzioni impedisce che il consenso si possa dire dato liberamente. Sui *cookie wall* si v. più ampiamente *supra*, nota 35.

⁴⁶ Si veda a riguardo l'avviso datato 26 novembre 2020 sul sito del Garante.

E assegna ai titolari dei siti 6 mesi di tempo per adeguarsi ai principi delle nuove Linee guida.

Quanto alle azioni per le violazioni delle regole sul trattamento dei dati personali sono certo importanti le azioni individuali ma probabilmente ancora di più quelle collettive dato che il singolo interessato potrebbe non procedere a far valere i suoi diritti in giudizio. Accanto a queste ultime è di rilievo il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali attraverso la procedura d'urgenza di cui all'art. 66 del Reg. 2016/679 che prevede che, in circostanze eccezionali, qualora ritenga che urga intervenire per proteggere i diritti e le libertà degli interessati, un'autorità di controllo può adottare immediatamente misure provvisorie intese a produrre effetti giuridici nel proprio territorio.

Il Reg. 2016/679 si occupa delle sanzioni per il mancato rispetto della disciplina di protezione dei dati personali agli artt. 77 ss. prevedendo che se l'interessato ritenga che il trattamento che lo riguarda violi il Regolamento ha innanzitutto il diritto di proporre reclamo davanti ad un'autorità di controllo nello Stato membro in cui risiede abitualmente (oppure in cui lavora, oppure in cui si è verificata la presunta violazione)⁴⁷. E tanto, fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o giurisdizionale. L'art. 79 prevede che ogni interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora ritenga che i diritti di cui gode a norma del Regolamento siano stati violati a seguito di un trattamento dei suoi dati personali.

L'interessato ha inoltre il diritto di dare mandato a proporre il reclamo per suo conto e di chiedere per suo conto il risarcimento del danno di cui all'art. 82 ad un organismo o ad un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali. L'art. 82 prevede che chiunque subisca un danno «materiale o immateriale» causato da una violazione del Regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento.

Sono previste inoltre sanzioni amministrative pecuniarie che ogni autorità amministrativa di controllo può infliggere a titolari e responsabili che violino varie disposizioni del Regolamento. La violazione è reputata più grave, e di conseguenza più grave è la sanzione, quando siano violati i principi base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso (di cui agli artt. 5, 6, 7 e 9) e i diritti degli interessati a norma degli articoli da 12 a 22 (compreso tra gli altri quindi l'articolo che regola l'informativa). In tali casi più gravi la sanzione amministrativa pecuniaria arriva fino a 20.000.000 di euro o, per le imprese, fino al 4% del fatturato annuo mondiale dell'esercizio precedente, se superiore. Altrettanto è previsto per il caso di inosservanza di un ordine da parte dell'autorità di controllo (di cui all'art. 58, par. 2). In ogni caso, le sanzioni pecuniarie irrogate devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Il 21 maggio 2021 è entrata in vigore anche la nuova disciplina della *class action* disciplinata al codice di procedura civile agli artt. 840 *bis* ss. che va a sostituire, con norme aventi ambito di applicazione più generale, e non riservate ai soli consumatori, le precedenti norme sull'azione di classe date dal codice del consumo agli artt. 140 *bis* ss., che sono stati abrogati. La nuova azione di classe offre la possibilità di tutelare i diritti individuali omogenei sia attraverso un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro - i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei diritti in questione - oppure su azione di ciascun componente della classe. L'azione è diretta nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della sua responsabilità, e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

4. Recenti decisioni sull'impiego dei *cookie* ed evoluzione delle pratiche diffuse sul mercato.

⁴⁷ Contro tale reclamo è possibile il ricorso giurisdizionale, fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale (art. 78).

Sull'applicazione della disciplina del trattamento dei dati personali alle pratiche di impiego dei *cookie* sono intervenute anche importanti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e di autorità nazionali che si sono occupate di casi aventi ad oggetto pratiche di utilizzo dei *cookie* non in linea con il Regolamento 2016/679.

Nel caso *Planet 49* la Corte di giustizia ha affermato che l'unica forma di consenso valido per il trattamento dei dati dell'utente è il consenso espresso, cioè il consenso dato in maniera attiva - ad esempio dato selezionando una casella - e in maniera specifica. Ciò da cui discende che, salvo che per i *cookie* strettamente necessari, è vietata la preselezione delle caselle per esprimere il consenso all'utilizzazione dei *cookie*. L'operatore è inoltre tenuto ad informare gli utilizzatori/interessati quanto alla durata della permanenza dei *cookie* sul suo sito internet, dato che anche questo profilo costituisce una specifica modalità di trattamento dei dati personali. È tenuto anche ad informarli se soggetti terzi hanno o meno accesso ai dati dell'utilizzatore (interessato), ciò che si qualifica come un'ulteriore modalità di trattamento dei dati personali⁴⁸. A tale decisione ha fatto seguito in Germania la sentenza del BGH del maggio 2020 che ribadisce la necessità del consenso attivo per i *cookie* non funzionali⁴⁹.

Altra applicazione piuttosto recente concerne un caso spagnolo relativo all'impresa Vueling su cui è intervenuta una pronuncia dell'Autorità garante per la *privacy* spagnola. Rispetto alla pratica secondo cui la Vueling informava gli utenti che il consenso all'operatività dei *cookie* era da esprimersi tramite il *browser* utilizzato dall'utente, il Garante spagnolo ha rilevato tale procedura non consentiva all'interessato di esprimere un consenso specifico per singole tipologie di *cookie*. L'operatore è stato quindi sanzionato per la pratica di non aver fornito la possibilità di rifiutare i *cookie* in quanto la possibilità di disabilitazione era data attraverso configurazione del *browser*. Ed inoltre per le ulteriori pratiche della richiesta del consenso in blocco per tutti i *cookie*, mancando a riguardo un consenso realmente informato, e della previsione del consenso implicito con la prosecuzione della navigazione sul sito. La Vueling è stata sanzionata con una sanzione di 30.000 euro (poi ridotta a 18.000)⁵⁰.

Più casi giunti davanti all'autorità garante francese (Vanity Fair, Allocine.fr, eCommerce Cdiscount) sono stati posti in questione per una pratica denominata sotto l'espressione di "falso consenso". Tale pratica prevedeva l'utilizzo di un servizio di *standard* informatici per la gestione dei *cookie* che andava a trasformare un consenso negato dall'utente in un consenso manifestato⁵¹.

Nel marzo 2020 l'Autorità garante francese (CNIL) ha sanzionato il motore di ricerca Google (Google LLC e Google Ireland) con una sanzione pecuniaria di 100 milioni di euro in quanto non forniva agli utenti alcuna informazione quanto alla presenza di *cookie* né segnalava la possibilità di rifiutarli⁵². L'ammontare della sanzione era giustificato dalla gravità della triplice violazione dell'art. 82 della legge francese sulla protezione dei dati personali, dal

⁴⁸ Corte giust. Ue, 1° ottobre 2019, C-673/17, *Bundesverband der Verbrauchszentrale und Verbraucherverbände – Verbrauchszentrale Bundesverband eV c. Planet49*.

⁴⁹ BGH, 28 maggio 2020, case no. I ZR 7/16, *Planet 49*. Come si può indirettamente rilevare rimane in parte non ben definito sin dove si estenda l'ambito dei *cookie* cui dare la qualifica di *cookie* tecnici, per i quali non sarebbe necessario il consenso dell'interessato. Se la categoria ricomprenda solo quelli strettamente necessari per la navigazione, secondo l'interpretazione più restrittiva, o se la categoria sia da intendersi in modo un po' più ampio. E in tal senso anche il Provvedimento n. 231 del 10 giugno 2021 del nostro Garante della *privacy* che ha ricompreso in questa categoria i *cookie* analitici di rilievo statistico. V. a tale riguardo *supra*, par. 3.

⁵⁰ Autorità garante *privacy* Spagna, Resolución R/00499/2019, 10 ottobre 2019, *Vueling*.

⁵¹ CNIL, casi C-20/19, C-21/19, C-22/19.

⁵² L'Autorità aveva rilevato che quando un utente arrivava su google.fr i *cookie* venivano depositati automaticamente sul suo computer senza alcuna azione da parte sua e che molti di questi *cookie* erano usati a scopi pubblicitari. Nella pagina raggiunta l'utente trovava sul *banner* informativo la scritta "Promemoria sulla *privacy* di Google", i "pulsanti" intitolati "Ricordamelo dopo", e "Visualizza ora", che tuttavia non aggiungevano informazioni utili ad illustrare l'uso dei *cookie*. V. rif. cit. alla nota seg.

numero degli interessati coinvolti, ossia quasi cinquanta milioni di utenti, e dai notevoli profitti che le due società avevano tratto dai ricavi pubblicitari generati indirettamente dai dati raccolti dai *cookie* traccianti. Nel settembre 2020 l’Autorità dava atto che a seguito di un aggiornamento da parte di Google non venivano più rilasciati automaticamente *cookie* pubblicitari appena l’utente arrivava sulla pagina di Google, tuttavia il nuovo *banner* informativo non risultava soddisfacente in quanto non permetteva ancora di comprendere le finalità di utilizzazione dei *cookie*, né permetteva di rifiutarli⁵³. Nel contempo, la stessa Autorità ha sanzionato anche Amazon (Amazon Europe Core) con una sanzione pecuniaria di 35 milioni di euro per un comportamento analogo – ossia per mancata richiesta del consenso dell’interessato - rispetto all’uso dei *cookie*. Le informazioni fornite da Amazon non erano né chiare né complete: il *banner* informativo prevedeva che “Utilizzando questo sito si accetta il nostro uso dei *cookie* per offrire e migliorare i nostri servizi” cui era accluso un pulsante “Per saperne di più”. La descrizione generica del *banner* sugli scopi di tutti i *cookie* non era sufficiente a dare la possibilità all’utente di comprendere che i *cookie* avevano lo scopo principale di far visualizzare pubblicità personalizzata e tale *banner* non indicava all’utente il diritto di rifiutare i *cookie* e i mezzi disponibili a tale scopo. Come per il caso precedente la sanzione veniva giustificata in base all’art. 82 della legge francese, alla circostanza che la personalizzazione degli annunci resa possibile grazie ai *cookie* aumentava notevolmente la visibilità dei prodotti, e che gli interessati coinvolti erano milioni di persone. Ancora, sempre allo stesso modo del caso precedente il nuovo *banner* informativo non consentiva agli utenti di comprendere che i *cookie* venivano usati principalmente a scopi pubblicitari e che fosse possibile rifiutare i *cookie*⁵⁴.

Di recente si sono registrate pratiche di trattamento dei dati personali attraverso i *cookie* che gli operatori fondano non sul consenso dell’utente/interessato ma sul legittimo interesse dell’operatore. In questi casi l’operatore utilizza previsioni che si traggono dal considerando 47 e dall’art. 6.1 lett. f del Reg. 2016/679 per giustificare il trattamento di dati personali in base al suo legittimo interesse⁵⁵, cosicché se l’utente non deseleziona la casella del *banner* preimpostata sulla sussistenza di un legittimo interesse dell’operatore – o se, secondo una diversa pratica, acconsente al trattamento in base al legittimo interesse - il trattamento dei dati avviene in base a quest’ultimo⁵⁶. Su tali pratiche fondate sul legittimo interesse si è espresso da ultimo in senso negativo il Provvedimento del Garante della privacy n. 231 del giugno 2021, come si è visto sopra al paragrafo 3.

5. Uso dei *cookie* e disciplina di tutela del consumatore.

Nei casi in cui l’utente del sito internet sia un consumatore, alle pratiche che gli operatori adottano per l’uso dei *cookie* al fine del trattamento dei dati personali degli utenti/interessati risultano applicabili, oltre alla disciplina del trattamento dei dati personali, anche le discipline di tutela del consumatore.

⁵³ Le informazioni su questo caso sono tratte da www.privacy.it, *Cookie traccianti, dal CNIL sanzioni multimilionarie a Google ed Amazon*, 10 dicembre 2020.

⁵⁴ Le informazioni su questo caso sono tratte da www.privacy.it, *Cookie traccianti, dal CNIL sanzioni multimilionarie a Google ed Amazon*, cit.

⁵⁵ Ricorda ad es. M.C. MENEGHETTI, *Consenso bis: la Corte di Giustizia torna sui requisiti di un valido consenso privacy*, cit., che il legittimo interesse è uno dei cinque presupposti alternativi al consenso per il trattamento dei dati personali (gli altri sono adempimento contrattuale o normativo, interesse pubblico, tutela degli interessi vitali).

⁵⁶ Nel concreto a volte accade che gli operatori inseriscano nel *banner* una casella, da selezionare da parte dell’utente, per l’espressione del consenso al trattamento dei dati personali per la singola tipologia di *cookie*, ed un’altra casella per la stessa tipologia di *cookie* già preselezionata a significare il legittimo interesse dell’operatore a trattare i dati personali dell’utente. Tali pratiche vengono poste in essere anche, per esempio, per *cookie* di profilazione.

Si pensi alla disciplina delle clausole vessatorie con particolare riguardo alle clausole dell'informativa, sindacabili rispetto al canone della trasparenza sia quanto al loro contenuto e alla loro formulazione letterale che quanto al loro aspetto grafico⁵⁷. La comprensibilità e la chiarezza della formulazione dell'informativa che accompagna la richiesta del consenso all'interessato è sicuramente un profilo critico alla luce di tale disciplina. Anche a questo riguardo potrebbero prestarsi ad essere di utilità gli sviluppi e le applicazioni di *legal design* di cui si è detto sopra. Per i rapporti tra la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore di cui alla dir. 93/13 e la disciplina del trattamento dei dati personali è di interesse il considerando 42 del Reg. 2016/679 che richiama la dir. 93/13 nel senso che «in conformità della dir. 93/13 (...) è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e che non contenga clausole abusive». Considerando che peraltro non opera distinzioni tra utenti/interessati consumatori e non consumatori, e quindi parrebbe suggerire anche un ampliamento del controllo di trasparenza al di là dei contratti del consumatore⁵⁸.

Ai testi e alle grafiche utilizzate dall'operatore è applicabile inoltre la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, quali pratiche adottate dall'operatore nel contesto della propria attività commerciale che possono indurre il consumatore ad adottare un comportamento economico che non avrebbe altrimenti adottato (art. 20 c.cons.). Nella gran parte dei casi, infatti, le pratiche di trattamento dei dati personali adottate dagli operatori hanno una portata di tipo economico, obiettivi e ricadute economicamente valutabili (in modo diretto per la propria attività economica, e attraverso la cessione dei dati a terzi a volte indiretto), e in questa prospettiva si rivolgono al consumatore influenzandone i comportamenti. Anche il comportamento del consumatore assume peraltro in sé una portata economicamente valutabile in quanto sui siti che il consumatore raggiunge, e che trattano i suoi dati personali, questi acquista, assume informazioni utili all'acquisto o informazioni che possono avere diretto o indiretto valore economico.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette può venire in considerazione sotto diversi profili. Come si è visto sopra, al paragrafo 2, si trovano impiegate pratiche di richiesta del consenso precedute da un'informativa sul trattamento dei dati personali e i suoi scopi formulate in modo poco chiaro quanto al testo impiegato e/o alla grafica impiegata. Si trovano inoltre impiegate avvertenze preliminari al trattamento dei dati attraverso i *cookie* dal significato ingannevole, come ad esempio espressioni secondo le quali "l'operatore ha massima cura dei dati personali dell'utente", e per questo motivo procede al trattamento di dati dell'utente, che poi vengono raccolti a vari scopi, anche di profilazione. Questi sono appunto messaggi ingannevoli per l'utente di internet che potrebbe essere indotto ad un comportamento avente una portata economica diverso da quello che avrebbe altrimenti assunto, secondo la definizione impiegata dalla disciplina delle pratiche commerciali

⁵⁷ La c.d. *privacy policy* dell'operatore, preceduta dalla relativa informativa, si compone di determinazioni che regolano il trattamento dei dati personali che si prestano ad essere qualificate come clausole contrattuali. LOOS e LUZAK, *Wanted: A Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2015-01 (ora in *Journ. Cons. Policy*, 2015), p. 5. La natura contrattuale delle condizioni delle *privacy policy* è chiara nelle impostazioni in cui, nello studio dei rapporti con i consumatori, l'intera area della regolazione della *privacy* viene sussunta nella disciplina dei contratti del consumatore, BEN-SHAHAR e STRAHILEVITZ, *Contracting over Privacy: Introduction*, in 45 *Journal of Legal Studies* S1, 2016, p. 51 ss. Con le dir. 2019/770 e dir. 2019/771 UE questo è emerso in maniera espressa.

⁵⁸ Tanto richiama anche la questione se le determinazioni dell'informativa possano essere qualificate come clausole contrattuali nel senso che il rapporto tra l'utente e il gestore del sito sia da ritenersi un rapporto di natura contrattuale avente ad oggetto se non altro utilità come le informazioni che l'utente assume dal sito internet.

scorrette. Si trova poi da parte degli operatori il ricorso a *banner* per la richiesta del consenso al trattamento dei dati personali che occupano fisicamente buona parte della pagina *web*, sollecitando il fastidio dell'utente, e l'impressione di non poter procedere nella navigazione se non accordi il consenso all'utilizzazione dei *cookie*. In questo caso la pratica commerciale scorretta pare potersi qualificare come una pratica di natura aggressiva (art. 24 c.cons.).

In via più generale, come hanno affermato provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato e pronunce giurisprudenziali deve essere chiaro per l'utente/interessato – quando questo corrisponda al caso, quindi soprattutto per i *cookie* analitici e di profilazione – se e quando i dati vengono trattati dagli operatori per finalità commerciali, diversamente l'interessato non è in grado di dare un consenso consapevole al trattamento dei suoi dati. Le pratiche di trattamento dei dati personali che non rivelino fin dall'inizio all'utente le proprie finalità e l'impiego dei dati a scopo commerciale, contrariamente a quanto realizzato dall'operatore, sono state sanzionate come pratiche commerciali scorrette⁵⁹.

6. Uso dei *cookie* e tutela dei diritti fondamentali della persona diversi dal diritto alla protezione dei dati personali.

Altro aspetto da prendere in considerazione relativamente alle pratiche di trattamento dei dati personali attraverso i *cookie* è che queste potrebbero importare la lesione di diritti fondamentali come quelli all'informazione e all'educazione. Si pensi ai casi in cui il consenso dell'utente venga richiesto nei fatti in maniera obbligata per accedere a contenuti che non sarebbero disponibili altrove, come può accadere per i siti internet istituzionali, di organizzazioni di carattere pubblico o anche privato quando su questi siti si trovano informazioni non disponibili o non disponibili facilmente altrove. Questo quando il mancato consenso ai *cookie* impedisca la navigazione sul sito (*cookie wall*)⁶⁰, oppure quando vengano impiegate caselle preselezionate in maniera obbligata e l'utente decida di non procedere nella navigazione per non consentire il trattamento dei propri dati personali.

Si pensi inoltre alle pratiche di “falso consenso” di cui si è detto sopra, al paragrafo 4, nelle quali si potrebbe intravedere, oltre alla lesione del diritto sui propri dati personali, la violazione della libera manifestazione del pensiero.

A ben riflettere, ad ogni modo, parrebbe che anche la richiesta di dati a mezzo di *cookie* impiegata di fatto quale “chiave di accesso” pure ad un sito meramente privato, con informazioni reperibili altrove, come attraverso l'impiego di pratiche di *cookie wall*, potrebbe essere lesivo di diritti dell'utente potenziale del sito internet, come il diritto all'informazione⁶¹. Questo in quanto se in tale caso si può pensare legittimo vietare o rendere più elaborato l'accesso ad un sito che non contenga informazioni di rilievo che non sarebbero disponibili altrove, tutto ciò parrebbe potersi realizzare in maniera più riconoscibile e quindi più rispettosa dei diritti della persona soltanto in maniera che sia chiaramente riconoscibile per l'utente, ad esempio chiedendo la registrazione al sito per ottenere l'accesso. Con il trattamento dei suoi dati attraverso i *cookie* l'utente potrebbe invece non percepire in maniera chiara che l'accesso al sito e alle informazioni che qui si trovano richiede in sostanza come corrispettivo la cessione dei suoi dati personali.

Conclusioni.

⁵⁹ Si veda la decisione della nostra Autorità garante per la concorrenza e il mercato del 2018 relativa alle pratiche impiegate da Facebook e la successiva pronuncia di Tar Lazio, 20 gennaio 2020.

⁶⁰ V. a riguardo *supra*, par. 2, e qui indicazioni sui *cookie wall*, a nota 35.

⁶¹ Tanto dipende anche dal ruolo che si riconosca a internet e alla navigazione sui siti internet, su cui ci si soffermerà *infra*, nel paragrafo successivo.

Ci si può soffermare a meditare su quali siano le possibili strade praticabili di fronte ad un uso dei *cookie* che in ogni caso, come si è visto sopra nel paragrafo 2, pure quando sia osservante delle prescrizioni di tutela dei dati personali (ciò che si è visto non corrisponde alle pratiche mediamente diffuse sul mercato) e delle altre discipline che possono essere interessate, crea per l'utente una situazione con a quale regolarmente ha difficoltà a misurarsi.

Date le problematiche che si riscontrano rispetto alla tutela dei dati personali degli interessati – e ci si riferisce all'utilizzo di *banner* con informativa di primo e secondo livello con informazioni non sempre facilmente comprensibili dagli utenti, a meno che non si tratti di utenti particolarmente esperti e/o sensibili al fenomeno –, parrebbe necessario riflettere su una regolazione dei *cookie* che per il futuro riveda la piena legittimità quanto meno dei *cookie* di profilazione utilizzati dalle imprese a scopo di *marketing* e allo scopo di successiva cessione ai terzi di dati personali (insidiosi in quanto l'utente non riesce a seguire il percorso dei dati). Le pratiche di utilizzo di tali *cookie* pongono l'accesso e la navigazione sui siti internet in qualche modo come consentita dietro il corrispettivo dell'acquisizione dei dati personali degli utenti, ciò che non costituisce un problema in sé e per sé, ma quando si rifletta sulle funzioni che si riconoscano al mezzo internet nella realtà contemporanea, come si farà qui più avanti.

L'impostazione della Proposta del nuovo Regolamento *e-privacy* sopra citata non pare molto di supporto ad introdurre novità nella regolazione dell'utilizzo dei *cookie*. Piuttosto mette in luce le difficoltà strutturali sopra enunciate, anche se limitatamente agli utenti che siano anche consumatori, il Documento del BEUC “*EU Consumer Protection 2.0 – Structural asymmetries in digital consumer market*” di cui si è detto sopra nel paragrafo 2.

Quanto alla funzione che assume internet nella nostra società, ci si deve soffermare a riflettere se vi si riconosca una esclusiva funzione di mercato o una funzione di *media* informativo, e a volte anche educativo degli utenti e dei cittadini. Nelle riflessioni sull'accesso ad internet si è giunti diffusamente alla conclusione, appunto, che oggi l'accesso ad internet ha una funzione informativa, di realizzazione del diritto del cittadino all'informazione, ed anzi tante volte anche una funzione educativa del cittadino⁶². Con riguardo alle funzioni di carattere informativo generale che internet può assolvere, si pensi per esempio alla circostanza che oggi le informazioni non finanziarie che le imprese di grandi dimensioni sono tenute a rendere note al pubblico (a seguito della dir. 2014/95 Ue) vengono pubblicate sui loro siti internet⁶³. Le imprese che sono tenute a rispettare lo *Anti-slavery Protection Act* in vigore nel Regno Unito dal 2015 devono pubblicare sui loro siti internet i dati relativi alle

⁶² V. a riguardo VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 251-252. RODOTÀ, *La cittadinanza digitale*, in *Il mondo nella rete*, Roma-Bari, 2014, p. 13 ss., che vede il punto di avvio della riflessione su un diritto di accesso ad internet – il cui riconoscimento ritiene peraltro necessario (ID., *Epilogo*, in *Il mondo nella rete*, cit., p. 72) – nella prospettiva secondo la quale si tratta «non solo [di un] diritto a essere tecnicamente connessi alla rete, bensì [della] espressione di un diverso modo d'essere della persona nel mondo». Riprende il punto FROSINI, *Il diritto di accesso a internet*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di Frosini, Pollicino, Apa, Bassini, Milano, 2017, pp. 43, 45, citando RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 384, nell'affermare che si tratti «non tanto e non solo [del] diritto a essere tecnicamente connessi alla rete Internet ma piuttosto [di un] diverso modo di essere della persona nel mondo e (...) effetto di una nuova e diversa distribuzione del potere sociale. Sempre più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Oggi la cittadinanza è digitale». E che internet è «un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimento statali, politiche sociali e educative, scelte di spesa pubblica».

⁶³ Si consideri che la pratica di elaborare comunicazioni non finanziarie pare andare diffondendosi anche presso le imprese non soggette ad obbligo, come le imprese di medie e piccole dimensioni. Le imprese sono e saranno nel prossimo futuro interessate a diffondere tali informazioni sui loro siti internet come mezzo di attrazione della clientela e di affidabilità per i *partner* commerciali, nonché come mezzo per ottenere l'accesso al credito.

loro azioni in linea con tale legge⁶⁴. Si veda inoltre l'art. 3 del Reg. 2020/852 che prevede che i partecipanti ai mercati finanziari e i consulenti finanziari pubblichino sui loro siti *web* le rispettive politiche sull'integrazione dei rischi di sostenibilità nei processi decisionali relativi agli investimenti e nelle consulenze in materia di investimenti o di assicurazioni. In ragione di questa funzione che la navigazione su internet assolve, pare che l'adozione da parte delle imprese di *cookie* che vadano oltre ai *cookie* necessari per la navigazione e a quelli che servono ad assicurare certe funzioni all'utenza sia una pratica sbilanciata a carico degli utenti che accedono ai siti, e non in linea con il significato che la navigazione sulla rete internet assume nella realtà contemporanea. L'acquisizione di dati personali dell'utenza a scopi di programmazione dell'attività degli operatori e a scopi di introiti pubblicitari dovrebbe essere assegnata ad altri strumenti rispetto al mero accesso al sito internet, attraverso l'acquisizione di un rapporto più stretto con gli utenti, che potrebbe passare ad esempio attraverso l'accesso al sito con dati identificativi – che rendono sotto questo profilo più chiara all'utente la relazione con il sito - e l'utilizzo di *applications* (App). Avendo ad ogni modo presente che, se tali ultime pratiche indicate fanno salva la funzione informativa, ed a volte educativa, della navigazione su internet, esse possono comunque presentare a loro volta problematiche, anche penetranti, di rispetto della posizione e dei diritti degli utenti sulle quali è opportuno pure riflettere in vista della regolazione che si vuole vedere realizzata nel prossimo futuro⁶⁵.

Indipendentemente da profili più direttamente legati all'applicazione normativa delle discipline di tutela dei dati personali, pare aprire a nuove pratiche di impiego dei *cookie* l'annunciata revisione delle relative *policy* da parte dei motori di ricerca (che comunque fa seguito a più sanzioni delle pratiche da questi adottate nel trattamento dei dati degli utenti), in particolare con riguardo alla rinuncia ai *cookie* di terze parti (i dati degli utenti sarebbero quindi trattenuti in proprio dall'operatore)⁶⁶.

Si può pensare quindi che il ricorso all'utilizzo dei *cookie*, nonostante le recenti pronunce giurisprudenziali di rilievo e le altrettanto recenti guide e pareri delle autorità di protezione dei dati personali, compresa quella dello *European Data Protection Board*, presenterà nel futuro nuove prospettive e aprirà nuovi e diversi quesiti relativamente alla sua disciplina giuridica.

⁶⁴ Nel 2015 nel Regno Unito è stato adottato il *Modern Slavery Act* che prevede che le imprese che rientrano nella previsione dell'art. 54 dell'*Act* devono esibire uno "*Slavery and human trafficking statement*" annuale e pubblico approvato dal loro consiglio di amministrazione che sia raggiungibile da un *link* evidente sulla *homepage* dell'impresa.

⁶⁵ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it. Bassotti, 2019 (pubblicazione originale *The Age of Surveillance Capitalism*, 2019), Roma, Luiss University Press, p. 247 ss.

⁶⁶ Google ha recentemente annunciato che rinverrà il blocco dei *cookie* di terzi su Chrome al 2023, secondo la notizia tratta da *hdblog* e datata 24 giugno 2021. Nel 2017 era anche stato lanciato in Italia un motore di ricerca etico quanto all'utilizzo dei *cookie*, Qwant, che non traccia le attività degli utenti e non li profila a scopo pubblicitario.