



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Corso di Dottorato di Ricerca  
in Diritto, Mercato e Persona

Ciclo XXXV

Tesi di Ricerca

# ***Big data e profilazione algoritmica nella teoria dell'autonomia privata***

SSD: IUS/01

**Coordinatore del Dottorato**  
ch.ma prof.ssa Claudia Irti

**Supervisore**  
ch.mo prof. Roberto Senigaglia

**Dottorando**  
Beniamino Parenzo  
Matricola 956503



# INDICE

## CAPITOLO PRIMO AUTONOMIA NEGOZIALE E PROFILAZIONE

1. *Il contesto in cui si muove la ricerca: un mercato profondamente cambiato.* ..... 1

### SEZIONE I AUTONOMIA NEGOZIALE

2. *Autonomia privata e autonomia negoziale e contrattuale: una libertà limitata e limitabile.*..... 13
3. *Autonomia contrattuale e Costituzione.* ..... 21
4. *L'evoluzione dei rapporti tra ordinamento giuridico e autonomia contrattuale: da uno Stato interveniente a uno Stato regolatore.* ..... 26
5. *Autonomia contrattuale negli scambi di massa.* ..... 31
6. *Alcune considerazioni di sintesi con uno sguardo al prosieguo della ricerca.*..... 35

### SEZIONE II PROFILAZIONE

7. *Definizione e delimitazione di un fenomeno che esiste “da sempre”.*.... 40
8. *“Datizzazione”, “big data” e profilazione del consumatore “iperconnesso”.*..... 50
9. *La “doppia natura” del dato personale. Una disciplina all’insegna del bilanciamento e della gestione del rischio.*..... 61
10. *Condizioni di liceità del trattamento di profilazione. Il consenso dell’interessato e la centralità dell’informazione che lo deve sorreggere.* .... 69
11. *Segue. L’interesse legittimo del titolare del trattamento: condizione di liceità del trattamento di profilazione?* ..... 74
12. *I diritti di accesso, rettifica e cancellazione: la loro (difficile) esercitabilità rispetto al profilo.* ..... 78

<i>13. Le (poche) disposizioni che si occupano delle conseguenze dell'attività di trattamento dei dati: valutazione d'impatto e divieto di decisioni automatizzate.....</i>	<i>85</i>
<i>14. Alcune considerazioni di sintesi. ....</i>	<i>98</i>

## CAPITOLO SECONDO

### LESIONE DELLA LIBERTÀ DI SCELTA DEL CONSUMATORE PROFILATO

<i>1. Libertà (di scelta), autonomia (negoziale) e profilazione: un'introduttiva analisi fondata su una bipartizione concettuale. ....</i>	<i>101</i>
--	------------

#### SEZIONE I

##### LESIONE DELLA LIBERTÀ POSITIVA. LE PATOLOGIE DELLA PROFILAZIONE

<i>2. Discriminazione di prezzo e compromissione della capacità di compiere una scelta consapevole.....</i>	<i>111</i>
<i>3. Segue. Alcune obiezioni al fatto che la discriminazione di prezzo costituisca un problema di cui l'ordinamento si dovrebbe interessare. ....</i>	<i>116</i>
<i>4. Segue. "Ingiustizia" nel processo di formazione del prezzo: una nuova asimmetria informativa.....</i>	<i>121</i>
<i>5. Pubblicità comportamentale e compromissione della capacità di compiere una scelta libera, non "condizionata".....</i>	<i>130</i>
<i>6. Segue. "Distorsioni cognitive" e rilevamento delle emozioni: verso una "digital market manipulation". ....</i>	<i>142</i>
<i>7. Segue. L'insufficienza degli obblighi informativi e la necessità di un divieto (già previsto dall'ordinamento). ....</i>	<i>150</i>

#### SEZIONE II

##### LESIONE DELLA LIBERTÀ NEGATIVA. LA FISIOLOGIA DELLA PROFILAZIONE

<i>8. Profilazione e discriminazione: compromissione della capacità di compiere una scelta tout court.....</i>	<i>161</i>
<i>9. Discriminazione "in senso stretto": l'origine del pregiudizio è nei dati.....</i>	<i>164</i>
<i>10. Segue. I (superabili) limiti delle fattispecie antidiscriminatorie e il (non superabile) problema della prova della discriminazione. ....</i>	<i>171</i>
<i>11. Discriminazione "in senso lato".....</i>	<i>185</i>

CAPITOLO TERZO  
EFFETTIVITÀ DEL CONSENSO INFORMATO TRA DIRITTO E  
TECNOLOGIA

- 1. Breve ricapitolazione dei risultati raggiunti. I fondamentali problemi emersi dalla ricerca: la debolezza del consenso informato e la non spiegabilità dei processi algoritmici. .... 195*

SEZIONE I

IL PROBLEMA DELLA INEFFETTIVITÀ DEL CONSENSO INFORMATO. LA  
TECNOLOGIA PER IL DIRITTO

- 2. Il “disinformato e disinteressato” consenso informato dell’interessato.....202*
- 3. Sugli obblighi informativi in generale: diffusione, ratio, e difficoltà applicative..... 208*
- 4. La necessità del consenso dell’interessato e dell’informazione che lo deve accompagnare e sorreggere. .... 219*
- 5. La tecnologia per il diritto: per una “rivitalizzazione” degli obblighi informativi. .... 226*
- 6. Segue. L’informativa “di primo livello”..... 228*
- 7. Segue. L’informativa “di secondo livello”. .... 234*

SEZIONE II

IL PROBLEMA DELLA SPIEGABILITÀ. IL DIRITTO PER LA TECNOLOGIA

- 8. La necessità di una spiegazione..... 245*
- 9. Alla ricerca di una spiegazione. Il rigetto della tesi giurisprudenziale che configura un diritto di accesso al c.d. “codice sorgente”. .... 250*
- 10. Segue. L’insufficienza di una «spiegazione controfattuale»..... 254*
- 11. Segue. La sentenza della Cassazione n. 14381/2021 e la conoscibilità dello «schema esecutivo dell’algoritmo»..... 259*
- 12. Segue. Concretizzare la formula «informazioni significative sulla logica utilizzata»..... 264*
- 13. Il temperamento della categorica affermazione per la quale se una spiegazione non può essere resa l’IA non può essere impiegata: il principio*

<i>della “explainability by design” sancito dalla proposta di Regolamento sull’IA per i soli «sistemi ad alto rischio».....</i>	<i>271</i>
<i>14. Il diritto per la tecnologia: l’imprescindibile ricorso all’autonomia privata per l’implementazione del principio della explainability by design. Note critiche sul mancato richiamo ai codici di condotta nella proposta di Regolamento AI.....</i>	<i>278</i>
<i>15. Conclusioni.....</i>	<i>297</i>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>307</b>

# CAPITOLO PRIMO

## AUTONOMIA NEGOZIALE E PROFILAZIONE

### **1. Il contesto in cui si muove la ricerca: un mercato profondamente cambiato.**

Nel noto contributo «Scambi senza accordo»<sup>1</sup>, Natalino Irti, sul finire del secolo scorso, descriveva in modo suggestivo ed efficace, attraverso il racconto della «giornata di un uomo qualunque», l'evoluzione che aveva conosciuto il mercato nei decenni successivi all'emanazione del Codice civile.

Nelle ore del mattino, l'uomo qualunque, intenzionato ad acquistare un bene immobile, per addivenire all'accordo contrattuale tratta e dialoga di persona con l'alienante sul contenuto delle singole clausole; successivamente, si reca presso un istituto bancario ove, per ottenere un mutuo, si limita ad apporre una firma su moduli prestampati; nelle ore del pomeriggio si reca ai grandi magazzini per compiere gli acquisti della vita quotidiana: egli qui non fa altro che materialmente prelevare la merce esposta; sul far della sera, rientrato a casa, l'uomo qualunque si approccia agli schermi televisivi e telematici acquistando beni che non gli si presentano nemmeno più nella loro fisicità, ma solo per il tramite di un'immagine.

Nel passaggio dal dialogo parlato alla parola scritta unilateralmente predisposta e nel tramonto della parola *tout court*, sostituita dalla materialità del bene e dall'immaterialità dell'immagine digitalizzata, Irti, in sintesi, descrive il declino – prima – e la scomparsa – poi – del contratto come “accordo”. Non si prenderà posizione sul punto (il dibattito che seguì la pubblicazione del citato contributo è noto)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347.

<sup>2</sup> Vedasi, in particolare, la replica di G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525, cui è seguita la controreplica di N. IRTI, “*E' vero ma...*” (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 273; nonché la critica di C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III,

Quello che piuttosto si vuole in primo luogo evidenziare attraverso la parabola dell'uomo qualunque è qualcosa di invero banale, ma affatto scontato e che costituisce la fondamentale premessa del presente studio: dall'entrata in vigore delle regole predisposte dal Codice civile in tema di contratto, il mercato – ovvero il “luogo” in cui naturalmente nasce e vive il contratto – è profondamente cambiato, così come è profondamente mutato il modo in cui si addiène alla contrattazione e con cui si raggiunge quell'incontro di volontà che conduce al perfezionamento dell'accordo contrattuale.

A questa considerazione se ne aggiunge un'altra, ad essa strettamente legata e, forse, meno banale: tra le righe del racconto che propone Natalino Irti, si può scorgere, osservando l'evoluzione del mercato, a fianco del tramonto dell'accordo e della rarefazione della comunicazione, il declino dell'autonomia contrattuale, o, in termini meno tragici, un ridimensionamento della portata e del contenuto del principio di autonomia contrattuale: da un sistema che pone al centro un contratto che per essere concluso richiede l'incontro dialettico, in quanto dialogato, di due volontà che da posizioni paritariamente antagoniste trovano compromesso e sintesi nell'accordo, l'evoluzione tecnologica e il conseguente incremento della produzione nonché l'aumentata esigenza di velocità negli scambi hanno condotto al primato di una figura contrattuale la quale, lungi dall'essere negoziata, si risolve nella mera scelta binaria di adesione o di rifiuto di una parte che altro non può se non, appunto, scegliere. Questa è, in estrema sintesi, dall'angolo visuale del principio di autonomia contrattuale, l'immagine che restituiva Irti più di venti anni fa. Da lì, sulla spinta dell'evoluzione delle tecnologie digitali, molto ancora sarebbe cambiato.

Ebbene, il terreno di indagine della ricerca è precisamente questo: il (ridotto) significato del principio di autonomia contrattuale in un mercato che è stato rivoluzionato dall'evoluzione delle tecnologie digitali.

---

Milano, 2000, p. 43 a cui ha fatto seguito N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 e poi ancora C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120.



Quello che in particolare si cercherà di argomentare è che nel mercato digitale, per le ragioni che si diranno, l'autonomia del singolo rischia di essere compromessa anche in quel suo significato minimo che coincide con la possibilità di effettuare una scelta. In altri termini, non si tratta più soltanto della perdita della possibilità di negoziare il contenuto del contratto (cui già da tempo si è rinunciato, come testimonia il racconto di Irti), ma, di più, ciò che pare essere in pericolo è l'essenza stessa ed il fondamento dell'agire autonomo dell'individuo, che coincide, per l'appunto, con la sua facoltà di esercitare una scelta libera e consapevole.

Ma è bene procedere con ordine, poiché manca in questo quadro introduttivo un fondamentale tassello: l'individuazione di quello che è il centrale e dirompente elemento di novità che più ha plasmato la nuova fisionomia del mercato digitale, e che incide, nel modo che si è poco sopra sommariamente accennato, sull'autonomia negoziale dell'utente digitale.

Ora, quando Irti scriveva dell'uomo qualunque che sul far della sera si avvicina agli schermi telematici, il mercato digitale era agli albori e, sebbene non sconosciuto, il fenomeno della contrattazione telematica era senza dubbio, rispetto ad oggi, marginale. E tuttavia, già allora, si potevano ben coglierne i caratteri peculiari, come si legge nel menzionato contributo ove l'illustre autore scriveva: «l'immagine telematica esige l'ingresso *nel suo proprio universo*. La “navigazione” non è per i mari aperti della lingua, mossi da venti e correnti inattese, ma in un mare chiuso in una “rete” di “siti”, già predisposti e definiti. [...] L'interagire telematico si delinea come una *procedura*, che si giova della lingua per semplici scopi ostensivi [...] ciò che preme è di ritrovarsi nei medesimi “protocolli di comunicazione”, non già in una comunità di parlanti determinata in un luogo geografico e in un tempo storico»<sup>3</sup>.

Il contratto telematico si caratterizzerebbe, in altri termini, per l'essere concluso in un “luogo” che è fuori dalla tradizionale dimensione spazio-temporale e attraverso una procedura contrassegnata da un linguaggio tecnico

---

<sup>3</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 357 s. (enfasi nel testo).

suo proprio e standardizzata, tale per cui, dalla decisione dell'utente di accedere al sito fino alla conclusione del contratto, quest'ultimo non può che seguire un percorso imposto che enfatizza così l'unilateralità della predisposizione del regolamento contrattuale.

In sintesi, le principali problematiche e preoccupazioni legate a tale innovativa forma di contrattazione erano, così, a inizio secolo, riconducibili all'accentuata "distanza" tra i contraenti e alla marcata procedimentalizzazione dell'*iter* di formazione del contratto che, peraltro, presentava notevoli ambiguità circa il momento del suo effettivo perfezionamento. A tali elementi si aggiungeva, poi, il tema della forma, per cui, laddove fosse richiesto il requisito della forma scritta, affatto scontata era la problematica relativa all'equivalenza della forma (e della firma) digitale rispetto a quella analogica.

Ebbene, in riferimento a tali nodi problematici è, invero piuttosto tempestivamente, intervenuto il legislatore.

In particolare, circa il tema da ultimo evocato, il documento informatico e la firma digitale hanno trovato disciplina dapprima nel d.p.r. n. 513/1997, e poi nel d.lgs. n. 82/2005 (c.d. "Codice dell'Amministrazione Digitale, attuativo della Direttiva CE n. 1999/93) e successive modificazioni, nonché nel Regolamento UE n. 910/2014 (conosciuto con l'acronimo "eIDAS" – *electronic Identification Authentication and Signature*)<sup>4</sup>. Con riguardo alle altre problematiche cui si è fatto cenno, il riferimento normativo è costituito invece dalla c.d. "Direttiva sul commercio elettronico" (Direttiva CE n. 2000/31)<sup>5</sup>, attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 70/2003, la quale – a

---

<sup>4</sup> Sul tema, vedasi tra gli altri, P. PICCOLI, G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la "firma digitale"*, in E. TOSI, (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, p. 57; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 2000; F. DELFINI, *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, in *Contratti*, 2000, p. 424.

<sup>5</sup> Vedasi, tra gli altri, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. informatica*, 2000, p. 447; G. DE NOVA, F. DELFINI, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 693; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; A. C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inform. e dir.*, 2010, p. 7; F. DELFINI, *Il commercio elettronico: inquadramento*

titolo esemplificativo – per colmare la distanza tra i contraenti e arginare le questioni legate alla procedimentalizzazione dell'*iter* che conduce alla formazione del contratto, ha previsto a carico del c.d. prestatore di servizi della società dell'informazione una serie di obblighi informativi concernenti tanto la persona del prestatore stesso, così da renderla individuabile e rintracciabile (cfr. art. 5), quanto le fasi del procedimento di formazione del contratto, nonché il momento della sua effettiva conclusione (in questo senso, cfr. artt. 10 e 11). Così sommariamente ricostruite le tematiche intorno alle quali si agitava il dibattito sulla contrattazione telematica, occorre osservare che, per la verità, queste non rappresentavano questioni di novità straordinaria. Particolarmente acute, in proposito, le considerazioni svolte da Aurelio Gentili, il quale osserva che se, dall'un lato, «vi sono indubbiamente momenti di debolezza in chi acquista beni o servizi valendosi di tecniche a distanza», è tuttavia vero, dall'altro lato, che questi «appaiono connessi appunto alla distanza, con la conseguenza dell'impossibilità di verificare la merce e simili, più che allo strumento tecnologico»<sup>6</sup>; e ancora, se è dall'un lato vero che «chi vi si avventuri «navigando», per acquisire i beni o servizi offerti, non può procurarseli se non accettando di entrare nel modulo organizzativo del sito», dall'altro lato necessita evidenziarsi che, a veder bene, «si ricrea una situazione non troppo dissimile da quella di chi si trova esposto al potere normativo di chi predispone il metodo di commercializzazione ed il modulo contrattuale [...] per cui in definitiva, non è diversa la situazione dell'acquirente di un supermercato e in generale la tecnica di commercializzazione prevalente nell'economia di massa»<sup>7</sup>. In conclusione, si ritiene di aderire alla posizione dell'autore quando, in modo efficace e sintetico, sostiene che «la fattispecie aggiunge un nuovo esempio alla casistica, ma non un nuovo caso al sistema»<sup>8</sup>.

---

*generale*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014, p. 351.

<sup>6</sup> A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 752.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 753.

<sup>8</sup> *Id.*, p. 754.

In sintesi, non è certo in tali richiamati elementi che è dato rinvenire quel *quid* di dirompente novità cui si faceva cenno poco sopra.

Invero, il fenomeno “nuovo” cui si sta facendo riferimento, il *quid* che ha cambiato la fisionomia del mercato, non riguarda affatto le citate problematiche legate, in una prospettiva, per così dire, “statica”, alla validità ed alla formazione del singolo contratto nel digitale, bensì attiene, in una prospettiva “dinamica”, al mercato digitale nel suo complesso, ponendosi al centro o “al di sotto” di esso, agendo quale suo vero e proprio motore e guida, indirizzandone i movimenti e determinando, nel modo che meglio si vedrà, le stesse scelte contrattuali degli operatori e degli utenti digitali. Tale fenomeno va sotto il nome di “profilazione”.

Ora, al fine di rendere il più possibile evidente il motivo per cui la c.d. profilazione assume la centrale importanza di cui si è appena detto nella conformazione della attuale fisionomia del mercato digitale, occorre – pur in un’ottica ancora ampiamente introduttiva – svolgere alcune considerazioni di carattere più generale che consentano di inquadrare il citato fenomeno nel più ampio contesto in cui esso si colloca: ci si riferisce alla c.d. “*big data revolution*”<sup>9</sup>.

Non necessita di essere argomentata l’affermazione (che si può dunque prendere per postulato) secondo la quale ogni decisione, in ogni ambito della vita, pubblica o privata, da sempre, viene presa sulla base delle informazioni che si hanno a disposizione. Che si tratti di dichiarare guerra ad uno Stato nemico, di costruire una scuola, di imporre una nuova tassa ovvero di fare la spesa, di iscriversi ad un corso di equitazione o di andare a vedere un film al cinema e via dicendo, alla base di ogni tipo di decisione si rinviene una più o

---

<sup>9</sup> Sul tema, la bibliografia è decisamente ampia. Si rinvia pertanto ai contributi che verranno a mano a mano citati nel corso della ricerca. Per una panoramica generale, in ogni caso, tra gli altri, vedasi: V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge, Massachusetts, London, 2015; F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un’introduzione*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 5; M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

meno complessa analisi di una più o meno ampia varietà di informazioni. La conoscenza derivante dall'elaborazione di informazioni e dall'analisi dei dati disponibili costituisce una fondamentale risorsa ai fini dell'assunzione delle più svariate tipologie di decisioni: più informazioni si hanno a disposizione, più alta è la possibilità di compiere una valida decisione.<sup>10</sup>

Ebbene, l'evoluzione delle tecnologie digitali ha rivoluzionato le possibilità e le modalità di acquisizione della conoscenza finalizzata all'assunzione di una decisione. In particolare, due sono i fondamentali elementi da considerare.

Il primo: nell'era di Internet, la disponibilità di informazioni è massiva. Non soltanto si è in grado di reperire in rete pressoché ogni tipo di informazione (o meglio, di "dato", come si definisce ogni informazione che sia codificata in "pacchetti digitali"), ma, di più - ed è questo l'aspetto che qui interessa -, chiunque svolga in rete le più diverse attività (ricerche, acquisti, condivisione di immagini e pensieri sui *social network*...), produce informazioni rilasciando incessantemente un'innumerabile e tracciabile quantità di dati.<sup>11</sup> La presenza di una sterminata quantità di informazioni, tuttavia, non è sufficiente ad acquisire conoscenza ed anzi, all'opposto, di fronte a troppe informazioni la mente umana si trova in difficoltà, essendo incapace di processarle (difatti,

---

<sup>10</sup> È vero che, si potrebbe obiettare, quando si tratta di "scelte personali", non manca e forse, anzi, si ha l'impressione essere prevalente, una componente "emotiva" alla base della decisione, piuttosto che una serie di sterili informazioni. E tuttavia, si può contro-obiettare: se, forse, ogni tipo di scelta individuale porta con sé una componente di carattere emotivo, non essendo riducibile ad un mero calcolo razionale fondato su informazioni e dati fattuali, per converso è altrettanto evidente che pure quelle scelte che toccano l'uomo nella sua dimensione più intima e personale non possono non fondarsi su qualche dato, su informazioni presenti nel bagaglio conoscitivo di chi è chiamato ad assumere la decisione. Insomma, se è vero che, quando si tratta di un individuo che compie una scelta, certo una componente emotiva non manca, è tuttavia altrettanto vero che pure la scelta più emotiva non può prescindere dalla conoscenza di informazioni.

<sup>11</sup> Riporta C. TABARRINI, *Comprendere la "bigmind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, p. 555: «è stimato che ogni giorno vengono creati 2,5 quintilioni di *bites* di dati e che questo ritmo è principalmente imputabile a due nuove fonti di informazioni: (i) gli *user-generated contents* prodotti automaticamente dagli utenti con il loro comportamento *online* (e.g. interazioni nei *social network* o ricerche effettuate a mezzo *browser*) e (ii) l'*Internet of Things*, termine con il quale si indica il *network* globale di dispositivi fisici ad alta intensità tecnologica che, nel servire specifiche esigenze di vita quotidiana, sono contemporaneamente in grado di raccogliere e trasmettere dati (e.g. sensori telematici inseriti nelle macchine, *wearables* o dispositivi di domotica)».

quando si effettua una ricerca su *Google*, un apposito algoritmo organizza e seleziona per l'utente la mole di informazioni disponibili rendendole, solo così, fruibili). È a questo proposito che assume rilevanza il secondo elemento: lo sviluppo di sempre più sofisticati sistemi computazionali di Intelligenza Artificiale (in seguito, "IA") ha fatto sì che tale mole e varietà di informazioni digitali possa essere utilmente analizzata. Questi (non più) futuristici sistemi intelligenti che, mediante algoritmi, mimano le capacità dell'uomo di autoapprendimento sono in grado, in maniera autonoma, di individuare, all'interno di tale sterminata quantità di informazioni circolanti in rete e rilasciate dalle attività degli utenti digitali, dei "modelli di comportamento", delle relazioni non immediatamente apparenti e non intuitivamente legate da rapporti di causa-effetto. In altri termini, tali innovativi sistemi computazionali intelligenti sono capaci di estrapolare, da enormi banche dati, nuove informazioni e quindi nuova conoscenza.<sup>12</sup>

In estrema sintesi, è proprio a questa combinazione di elementi, ovvero, da un lato, l'incalcolabile quantità di dati prodotti e, dall'altro, le richiamate capacità di analisi e di elaborazione algoritmica degli stessi ai fini della produzione di nuova conoscenza, ciò a cui si fa riferimento quando si parla di "*big data*".

Ebbene, tra le principali finalità per cui si fa ricorso alla c.d. "*big data analytics*" spicca, per l'appunto, l'attività di profilazione compiuta dalle grandi imprese che nel mercato digitale offrono al consumatore beni e servizi e che attraverso questa adottano le loro decisioni commerciali.

Come detto, con maggiore o minore consapevolezza, il consumatore in rete (il quale, alla luce della notevole importanza che hanno assunto gli scambi

---

<sup>12</sup> Come bene rilevato da R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 68, «Viene in rilievo la cosiddetta *datafication*, che designa la centralità acquisita dai dati personali in ogni ramo dell'attività umana, suscettibile di essere appunto «dataficata» ovvero ridotta ad informazione e rappresentata mediante serie di dati; e in un'accezione più specifica indica la possibilità, attraverso analisi predittive, di estrarre nuove informazioni a carattere personale da dati già raccolti in precedenza». Vedasi anche, tra gli altri, J. VAN DIJCK, *Datafication, dataism and dataveillance: big data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance and society*, 2014, p. 199.

digitali, può a buon diritto oramai definirsi un «consumatore iper-connesso»<sup>13</sup>), producendo dati, lascia dietro di sé delle «tracce digitali»<sup>14</sup>. Raccolte ed elaborate attraverso i menzionati sistemi di IA, queste tracce sono in grado di disvelarne le preferenze e gli interessi, la situazione economica e la disponibilità a pagare, l'ubicazione e gli spostamenti.<sup>15</sup> Ogni utente digitale, operando in rete e rilasciando dati, viene così “profilato”: attraverso la costruzione di un profilo, le grandi imprese del mercato digitale che se ne avvalgono, creando (su di un piano, per così dire, descrittivo) l'immagine digitale del consumatore cui si rivolgono, sono in grado di determinare (in modo consequenzialmente predittivo) quali prodotti lo potrebbero interessare e da quali servizi e offerte escluderlo, quali tecniche persuasive potrebbero avere sullo stesso maggiore presa, quale prezzo egli possa essere disposto a pagare.

In questo senso, si parla di «*data-driven economy*»<sup>16</sup>: i “movimenti” del mercato sono guidati dalle decisioni assunte sulla base dei dati raccolti e analizzati. Le imprese indirizzano le loro offerte, personalizzate sulla base del profilo, a taluni consumatori piuttosto che ad altri<sup>17</sup>; i consumatori, raggiunti in virtù del loro profilo da talune offerte piuttosto che da altre, sono inconsapevolmente “ingabbiati” nell'immagine digitale<sup>18</sup> inferita dalle precedenti attività svolte in rete. Rinchiuso in un profilo di cui non è a

---

<sup>13</sup> F. DI PORTO, *Dalla convergenza digitale-energia l'evoluzione della specie: il consumatore «iper-connesso»*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 59.

<sup>14</sup> L'espressione è ancora di F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, Napoli, 2017, p. 154.

<sup>15</sup> Cfr., tra gli altri, M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017, p. 57.

<sup>16</sup> Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui big data*, 10 febbraio 2020, *passim*, reperibile al link [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>17</sup> J. TUROW, *The daily you. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, New Haven, London, 2011, p. 88 ss., si riferisce in questo senso alla classificazione dei consumatori da parte delle imprese come «*targets or waste*».

<sup>18</sup> La quale, è tuttavia bene stressare, non può affatto dirsi coincidere con la “identità” della persona cui si riferisce: «il profilo tratteggia non già l'intero complesso della personalità del soggetto, bensì soltanto determinati aspetti e ciò inevitabilmente altera la rappresentazione non solo in quanto la rende parziale, ma anche perché tale parzialità ne determina inevitabilmente la non veridicità»; così A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022, p. 432.

conoscenza, il consumatore è spinto verso beni e servizi “personalizzati” da parte dei grandi attori del mercato che al contrario il suo profilo conoscono benissimo e sulla cui base hanno assunto decisioni e messo in atto strategie commerciali. Il consumatore digitale, conosciuto nelle sue preferenze e vulnerabilità dalla controparte negoziale ben più di quanto si possa rendere conto, è incanalato, per il tramite del profilo, in un mercato fatto di offerte per lui costruite e a lui presentate in virtù di quelle stesse preferenze e attraverso lo sfruttamento di quelle stesse vulnerabilità: nei modi e con le conseguenze che meglio si vedranno, la profilazione del consumatore digitale rischia di pregiudicare la sua autonomia negoziale pure in quel significato minimo e fondamentale che consiste nella capacità di effettuare una scelta che, per potersi definire tale, deve essere libera e consapevole.

Ecco allora così abbozzato, in via introduttiva, il quadro problematico in cui intende muoversi la ricerca, la quale, più in particolare, seguirà il seguente percorso argomentativo.

Il primo capitolo sarà dedicato ad una più approfondita analisi dei due, già qui anticipati, fondamentali “poli” che segnano il confine di interesse del presente studio: l’autonomia negoziale e la profilazione. In primo luogo, si cercherà di brevemente ricostruire, in chiave funzionale ai discorsi che seguiranno, il significato del principio di autonomia negoziale, domandandoci in cosa consista, ove risieda il suo fondamento e quali siano i limiti che possono essergli legittimamente posti; a seguire, verrà data attenzione al fenomeno della profilazione e alla sua disciplina positiva, rinvenibile nel Regolamento UE 2016/679 (c.d. “*General Data Protection Regulation*” o “GDPR”).

Il “punto chiave” che vuole essere posto in evidenza è che se è vero, dall’uno lato, come già rilevato in queste prime pagine introduttive, che la profilazione del consumatore effettuata dall’impresa può pregiudicare la sua autonomia, non è meno vero, dall’altro lato, che la profilazione medesima costituisce a sua volta esercizio dell’autonomia negoziale dell’impresa che la effettua: di qui, la necessità di un *bilanciamento* tra contrapposti interessi, facenti capo all’impresa profilante da una parte e al consumatore profilato dall’altra;



interessi che non possono, nei loro rapporti reciproci, nelle loro sfere di interferenza, “tirannicamente” prevalere gli uni sugli altri, ma il cui conflitto richiede, diversamente, di essere composto, per l’appunto, all’insegna di un bilanciato temperamento.

Il secondo capitolo andrà a più dettagliatamente individuare le diverse modalità attraverso le quali la profilazione può significativamente incidere sull’autonomia del consumatore profilato, compromettendone e, nelle sue più estreme conseguenze, finanche annichilendone la libertà di scelta.

Più in particolare, in un percorso a intensità crescente, verranno analizzate tre specifiche tematiche, ciascuna corrispondente ad una differente potenziale lesione: il fenomeno della c.d. “discriminazione di prezzo”, operata per il tramite della profilazione algoritmica, verrà assunto a paradigma della compromissione della capacità del consumatore di esercitare nel mercato una scelta *consapevole*; la ricostruzione della pratica del c.d. “*behavioral marketing*” (o “pubblicità comportamentale”), ancora, realizzata con l’ausilio della profilazione tramite “*big data*”, disvelerà un possibile scenario in cui a rischiare di essere violata è la capacità del consumatore di effettuare una scelta *libera*; infine, evidenziando le ragioni in virtù delle quali la profilazione può dirsi comportare ed, anzi, essenzialmente consistere in una forma di discriminazione, risulterà con chiarezza come la medesima sia in grado di minare la possibilità stessa di esercitare *tout court* una scelta da parte del soggetto profilato.

Il terzo capitolo, infine, mettendo a fuoco i più critici nodi problematici che nel corso della ricerca saranno emersi, intenderà offrire delle “prospettive di soluzione”, delle possibili linee direttrici lungo le quali muoversi per sciogliere quei medesimi nodi, non senza rilevare come, in parte, il legislatore eurounitario già si sia mosso con la recente proposta di Regolamento sull’IA. Più nello specifico, rilevato come, in definitiva, la radice del problema sia da individuare nella *opacità* che connota il processo di profilazione nel suo complesso e, più in particolare, da una parte, nella mancanza di consapevolezza da parte del soggetto interessato dell’esistenza del medesimo,

delle sue possibili conseguenze e dei suoi meccanismi di funzionamento, e, dall'altra parte, nella tecnica incomprensibilità delle operazioni algoritmiche che conducono alla elaborazione dei profili, due saranno le fondamentali questioni che si affronteranno. In primo luogo, guardando al momento iniziale del trattamento di profilazione, quello della raccolta dei dati personali costituenti la "materia prima" che, elaborata dall'IA, risulterà nel profilo, si cercherà di offrire una linea di soluzione all'annoso problema del fattualmente disinformato consenso che, con "distratta" modalità "*point and click*", viene dall'interessato prestato in totale assenza di una effettiva consapevolezza in merito al medesimo trattamento di profilazione che ne costituisce l'oggetto. Una risposta verrà trovata nella possibilità di un "rivitalizzato" impiego, proprio grazie alla stessa profilazione, della tradizionale (e, ad oggi, come si argomenterà, tendenzialmente fallimentare) tecnica normativa che fa leva sugli obblighi informativi. In secondo luogo, e guardando invece al successivo momento della elaborazione, per il tramite di algoritmi di IA, dei dati raccolti, verrà data attenzione all'altrettanto dibattuto tema della *inspiegabilità*, della *tecnica incomprensibilità* di quei processi di elaborazione che, appunto attraverso l'IA, dall'analisi di taluni dati di *input* restituiscono, come *output*, un certo esito, e quindi, nel nostro caso, un certo profilo, il quale, nel comprimere la libertà del soggetto cui si riferisce, non riesce tuttavia ad essere ricostruito nelle sue ragioni giustificative. In questo caso, una risposta verrà trovata nella necessità di imporre, con adozione di un già al legislatore noto modello regolatorio facente rinvio all'autonomia privata, che il sistema di IA venga ad esistenza con "*incorporato*" al suo interno un "principio di spiegabilità".

## SEZIONE I AUTONOMIA NEGOZIALE

### **2. Autonomia privata e autonomia negoziale e contrattuale: una libertà limitata e limitabile.**

L'etimologia del termine "autonomia" - locuzione derivante dalle parole del greco antico "autos" e "nomos" - ne rende già di per sé cristallino il significato: letteralmente, indica il «potere di darsi norme da sé»<sup>19</sup>. Quando si discorre di "autonomia privata", in altri termini, si fa riferimento alla potestà riconosciuta e attribuita dall'ordinamento giuridico ai soggetti privati di porsi delle regole vincolanti e di regolare, così, i propri rapporti ed interessi.<sup>20</sup>

Lo strumento attraverso il quale si esplica tale potere di autoregolamento conferito ai privati è il negozio giuridico. L'individuo trova nel negozio il mezzo attraverso cui decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale; è attraverso atti negoziali che egli, infatti, organizza la propria vita e dispone dei propri interessi acquistando o alienando beni, contraendo matrimonio, obbligandosi verso altri soggetti ad eseguire prestazioni e via dicendo. Il negozio giuridico è il mezzo, messo a disposizione dall'ordinamento, che consente la concreta realizzazione degli interessi dell'individuo. Come efficacemente affermato da Vincenzo Scalisi, «strumento di partecipazione dell'uomo alle trasformazioni del mondo reale [...] il negozio va difeso quale espressione della libertà e possibile mezzo di esplicazione della stessa persona umana»<sup>21</sup>.

Negozio per eccellenza e strumento principe della disciplina individuale dei rapporti patrimoniali intersoggettivi è, poi, il contratto.<sup>22</sup> Per il tramite

---

<sup>19</sup> Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, tomo II, Milano, 1958, p. 18.

<sup>20</sup> Tra i diversi, numerosi ed autorevoli autori che hanno trattato il tema: E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Milano, 1957, p. 1559; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Milano, 1987, p. 517.

<sup>21</sup> V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 69.

<sup>22</sup> Il rapporto tra "autonomia privata", "autonomia negoziale" e "autonomia contrattuale" è, all'evidenza, un rapporto di genere a specie, costituendo l'ultima declinazione della seconda e comprendendo la prima le altre due. Tanto precisato, nel prosieguo, ad ogni modo, i tre

dell'accordo contrattuale, i soggetti paciscenti, componendo e temperando i loro più diversi interessi, si vincolano vicendevolmente ad un regolamento che essi stessi si danno, realizzando così quello scambio e quella circolazione di ricchezza di cui, in via diretta, beneficiano i medesimi contraenti<sup>23</sup>, ma di cui, indirettamente, si avvantaggia anche l'intera collettività.<sup>24</sup>

Nel diritto moderno, due possono dunque dirsi i principali strumenti di protezione ed attuazione degli interessi individuali<sup>25</sup>: dall'un lato, il diritto soggettivo e la capacità giuridica sono posti a presidio di una situazione giuridicamente rilevante che riceve tutela su di un piano, per così dire, statico, tale per cui una certa situazione viene riconosciuta come esistente ed in quanto tale tutelata; dall'altro lato, il negozio giuridico e, in particolare, il contratto consentono, invece, su di un piano dinamico, di modificare tali situazioni nel modo che il titolare delle stesse ritiene per sé più conveniente, potendo disporre come meglio ritiene nei limiti in cui quel medesimo ordinamento che gli riconosce tale potere glielo consente.

Il negozio giuridico ed il contratto costituiscono, in sintesi, gli strumenti che l'ordinamento consegna agli individui per manifestare la propria libertà di autodeterminarsi nelle scelte che li riguardano. Il negozio ed il contratto, si sottolinea, costituiscono in questo senso espressione di *libertà*: la sfera giuridica del soggetto viene incisa solo se e nel modo in cui il soggetto medesimo vuole che essa sia incisa; egli, e soltanto egli, è libero di decidere se ed in che modo regolare i propri interessi disponendo dei propri diritti e

---

sintagmi – quali tutti declinazioni del più generale concetto di autonomia e in quanto tutti ricomprendenti l'ultimo, oggetto specifico di interesse – verranno utilizzati in modo fungibile.

<sup>23</sup> Chiarissimo R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto. Tomo primo*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Milano, 2004, p. 17, nell'esemplificare il reciproco arricchimento dei soggetti che vengono alla contrattazione partendo da posizioni e interessi contrapposti: «ognuno dei due contraenti accede allo scambio perché per lui la prestazione che riceve ha valore maggiore rispetto alla prestazione che esegue. [...] al venditore interessano più i 300.000 euro che non il fondo, al compratore interessa più il fondo che non i 300.000 euro. Se scambiano, entrambi guadagnano».

<sup>24</sup> Circa la funzione economica e sociale, oltre che giuridica, che assume lo strumento del contratto, vedasi F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXI, tomo 1, Milano, 1968, p. 27 ss.

<sup>25</sup> Cfr. E. BETTI, voce *Autonomia privata*, cit., p. 1560; ID., voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Milano, 1958, p. 208.

assumendo obblighi verso (altrettanto liberi) terzi soggetti.<sup>26</sup> E proprio in quanto atto libero, il contratto spiega forza vincolante (cfr. art. 1372 c.c., che enfaticamente sancisce «il contratto ha forza di legge tra le parti»): nella libertà delle parti risiede il fondamento del principio di autoresponsabilità; i contraenti soggiacciono agli effetti del contratto in quanto essi ne hanno liberamente accettato il contenuto, volendolo come lo hanno predisposto e così liberamente autoimponendo restrizioni alla loro futura libertà di comportamento.<sup>27</sup>

Ora, a partire dai fondamentali concetti sin qui brevemente e sommariamente esposti, occorre meglio porre in evidenza e sviluppare alcune ulteriori considerazioni onde non rischiare di incorrere nel fraintendimento per cui l'autonomia privata, quale espressione di libertà dell'individuo, non conosce altri limiti se non quelli derivanti dalla volontà dell'individuo medesimo.

Ebbene, in primo luogo, si osserverà che se, dall'un lato, è vero che l'atto di autonomia privata diretto a dettare un determinato assetto di interessi vincolante per i soggetti che lo pongono in essere è espressione della libertà dell'individuo, è tuttavia altrettanto vero, dall'altro lato, che tale libero atto di autonomia non trova “in se stesso” il proprio fondamento.

---

<sup>26</sup> In questo senso F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 56, sostiene che il contratto è un «prodotto spirituale», in quanto manifestazione della volontà contrattuale, la quale poggia, appunto, sulla libera determinazione delle parti. Circa il rilievo essenziale e primigenio della volontà individuale, nonché in merito al nesso tra volontà e libertà, giova richiamare le altissime parole di G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. IX-XII, il quale nella *Introduzione* significativamente intitolata «*Libertas est radix voluntatis*», scriveva: «se è vero che la realtà è diversità, non è men vero che il pensiero è unità. Pensare è lo stesso che ricollegare le varie norme ad alcuni principi o, meglio ancora, ad un principio solo che di quelle sia la giustificazione razionale. Perciò chi non voglia immiserirsi nella banale esegesi dei testi, deve ricercare l'intimo nesso per determinare attraverso il loro apparente disordine il cardine su cui tutti si impernano [...] che da secoli costituisce il segno di distinzione del diritto civile: il rispetto scrupoloso dell'autonomia della volontà individuale, intesa nel più ampio significato [...] perché gli uomini possono vivere l'uno accanto all'altro, e quindi stringere i legami familiari che danno senso alla vita o scambiare i beni ed i servizi che permettono di viverla, senza sentirsi mai impacciati dalla coesistenza altrui, occorre che ognuno di loro possa agire come più gli sembri conveniente, [...]. Nell'esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell'uomo il quale può ed anzi dev'essere arbitro di assumere gl'impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede [...]. il diritto [...] protegge la libertà dell'uomo, la quale si attua per volontà dell'individuo mediante il negozio giuridico».

<sup>27</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 56

Secondo una concezione “naturalistica”, l’autonomia privata è un dato, un qualcosa che preesiste al diritto e che quest’ultimo, sopraggiungendo, già trova nella realtà e recepisce o riconosce.<sup>28</sup> Gli uomini, infatti, stipulano accordi e si assumono impegni percepiti come vincolanti anche *fuori e prima* del diritto. La vita di relazione di ogni società minimamente evoluta si regge “naturalmente” sul noto brocardo «*pacta sunt servanda*»: sotto la spinta dei bisogni e delle esigenze individuali, gli uomini si impegnano vicendevolmente in modo spontaneo con effetti che essi considerano vincolanti; il diritto viene *dopo*, riconoscendo, attraverso i suoi strumenti e meccanismi, un assetto di interessi già scaturito dalla volontà individuale.

Ecco, tale idea giusnaturalistica della volontà dell’individuo quale forza creatrice originaria da cui discende la vincolatività dell’impegno assunto non costituisce, per la verità, una rappresentazione accurata del modo in cui l’autonomia dei privati opera e si esplica all’interno di un ordinamento giuridico.

A tale ricostruzione, infatti, se ne contrappone una diversa e invero preferibile, che vede nell’autonomia privata non un “dato naturale” e originario meramente recepito dal diritto, bensì un “prodotto” dell’ordinamento giuridico, uno strumento che il diritto accorda e disciplina.<sup>29</sup> Basti in questo senso fare richiamo alla disposizione di cui all’art. 1322 c.c. (l’unica, peraltro, in cui si fa diretta menzione della “autonomia contrattuale”), la quale, al comma primo, dopo aver sancito che «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto», aggiunge «nei limiti imposti dalla legge» e ugualmente, al comma secondo, dopo aver concesso alle parti di concludere contratti atipici, assicura su questi un controllo da parte dell’ordinamento riconoscendo validità ai medesimi a condizione che «siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico». Il rapporto, dunque, tra il contratto (quale negozio per antonomasia diretto alla realizzazione degli interessi dei

---

<sup>28</sup> N. IRTI, *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, p. 377.

<sup>29</sup> ID., p. 378.

privati) e l'ordinamento giuridico deve essere ricostruito non tanto nel senso per cui il primo sarebbe dotato di un valore autonomo e originario tale per cui i suoi effetti debbano direttamente ricollegarsi alla pura volontà di coloro che lo pongono in essere, quanto piuttosto in termini di soggezione o di autorizzazione<sup>30</sup>: è l'ordinamento che, compiuta una valutazione sul contratto, gli attribuisce validità ed efficacia; la «forza di legge» di cui all'art. 1372 c.c. attribuita alla regola negoziale posta dai privati connota esclusivamente quei contratti cui «La Legge» attribuisce validità ed efficacia.<sup>31</sup> Sicuramente da rigettare, dunque, il principio del «*pacta sunt servanda*» in quanto tale, in

---

<sup>30</sup> Così, V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 535. Diversamente, G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 51 ss., parla di «grado di compatibilità» tra il valore espresso dalla regola negoziale e quello espresso dalle norme dell'ordinamento. In ogni modo, a ben vedere, la differenza non è più che formale: come efficacemente affermato da V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, cit. p. 550, infatti, «la stessa coerenza e compatibilità [di cui parla Ferri] altro non esprimono che giudizi di ammissibilità o conformità, confermando per ciò stesso che la regola negoziale, sebbene tale sul terreno economico-sociale, acquista efficacia dispositiva e come tale valore precettivo sul piano giuridico, al pari di ogni altro fatto, solo in virtù di un superiore criterio normativo».

<sup>31</sup> Non è possibile, in questa sede, affrontare il noto dibattito sul rapporto tra ordinamento e negozio giuridico che per decenni ha occupato la dottrina e che ha visto, in sintesi estrema, contrapporsi le c.d. teorie soggettive – per cui l'essenza del negozio giuridico viene ravvisato nella volontà del suo autore – e le c.d. teorie oggettive – le quali, con varietà di accenti, concentrano invece la loro attenzione sul tema degli effetti che, svincolati dalla volontà dell'individuo, sono da attribuirsi all'ordinamento giuridico. Per una chiara ed efficace ricostruzione del dibattito, vedasi, tra i numerosi: G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978; G. B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995; ID., *Il negozio giuridico*, cit.; M. GRONDONA, *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi*, in *Compar. e dir. civ.*, 2010, p. 1; E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. It.*, 2018, p. 2780. Ai presenti fini, si ritiene sufficiente richiamare le considerazioni di G. B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, cit., il quale evidenzia che, a bene vedere, rispetto a tutte le dottrine che si sono sviluppate intorno alla discussa figura del negozio giuridico, esiste comunque un «filo sottile che le unisce tutte quante [poiché] sia le dottrine che ponevano la volontà [...] al centro delle teorie del negozio, sia quelle che, sotto il profilo degli effetti, negarono che i privati potessero tendere ad effetti giuridici [...] finiscono per fondare l'idea di negozio da un lato, sulla constatazione che il negozio è, comunque, espressione della libertà dei privati di regolare i propri interessi; dall'altro, che è, comunque, compito esclusivo dell'ordinamento giuridico dello Stato attribuire, alla luce dei propri criteri di valutazione, una qualificazione giuridica alla regolamentazione d'interessi che il negozio esprime».

favore piuttosto della regola secondo la quale «*ex nudo pacto actio non oritur*».<sup>32</sup>

In secondo luogo e conseguentemente, se, alla luce di quanto evidenziato, l'autonomia negoziale non può che dispiegarsi entro i confini dell'ordinamento che alla medesima attribuisce valore, occorre interrogarsi su quali siano i limiti che l'ordinamento stesso può porre e pone alla libertà contrattuale dei privati. Il tema della libertà dei privati di dare a se stessi un regolamento, in altri termini, deve essere indagato dalla prospettiva del suo rapporto con quella autorità che, nell'accordarla, ne stabilisce anche i limiti entro cui può essere esercitata.

La libertà contrattuale sancita dal menzionato art. 1322 c.c. trova diverse declinazioni, oltre a quelle evocate dalla medesima disposizione consistenti nella possibilità di determinare il contenuto del contratto e di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina già normativamente prevista. Tra queste, si possono richiamare la (logicamente presupposta) libertà di concludere o di non concludere il contratto e la libertà di scegliere la persona del contraente, nonché la libertà di dare all'accordo la forma che si preferisce.<sup>33</sup> Ebbene, può facilmente constatarsi come ciascuna di tali libertà conosca dei limiti.

Il principio di libertà della forma, oltre ad essere derogato in tutti quei casi in cui la legge richiede una forma solenne ai fini della validità del contratto (cfr. art. 1350 c.c.), si può dire oggi significativamente ridotto anche da tutte quelle discipline speciali di derivazione europea che impongono, a fini informativi, non soltanto che il contenuto del contratto sia integrato da una serie di -

---

<sup>32</sup> P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230. Efficace anche R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 519, quando afferma che «L'autonomia non inizia, dunque, là dove il consociato può creare regole liberamente (se liberamente volesse dire «senza oneri»). L'autonomia incomincia là dove l'ordinamento mette a disposizione del consociato uno o più procedimenti, più o meno spediti e facilmente agibili, adottando i quali il consociato riesce a creare la regola giuridica».

<sup>33</sup> Cfr., tra gli altri, P. RESCIGNO, *Il contratto in generale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IX, 1988, p. 10 ss.; U. BRECCIA, *sub art. 1322*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, Milano, 2011, p. 96 ss.



appunto - informazioni che devono essere fornite alla controparte contrattuale, ma anche che il contratto stesso rivesta una determinata forma.<sup>34</sup> Circa la libertà di concludere (e di non concludere) il contratto e la libertà di scelta del contraente, si pensi all'obbligo legale di contrarre imposto alle imprese che operano in regime di monopolio (cfr. art. 2597 c.c. e, in particolare per i pubblici servizi di trasporto, art. 1679 c.c.).<sup>35</sup> Ancora, in merito alla libertà di concludere contratti atipici, come già sopra ricordato, l'ordinamento impone che questi siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (cfr. art. 1322 c.c.).<sup>36</sup> Per quanto, infine, attiene alla libertà di determinare il contenuto del contratto, l'ordinamento prevede non soltanto che l'accordo delle parti, in mancanza di diversa espressa volontà delle medesime, debba essere integrato dalla legge, dagli usi o secondo equità (c.d. "integrazione suppletiva" attraverso norme dispositive; cfr. art. 1374 c.c.)<sup>37</sup>, ma anche che, laddove pure

---

<sup>34</sup> Si parla in proposito di c.d. "neoformalismo contrattuale" o "neoformalismo comunitario". A titolo d'esempio, basti pensare agli obblighi informativi previsti dalla disciplina consumeristica o da quella bancaria e di intermediazione finanziaria. Sul tema, vedasi tra gli altri: G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2001, p. 7; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 244; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936; F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 873; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 917; S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 codice del consumo*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo*, Padova, 2015.

<sup>35</sup> Sul tema, tra gli altri: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, p. 271; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989; M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torno, 1995, p. 495.

<sup>36</sup> In tema di contratto atipico, limiti alla libertà in parola e sulla discussa nozione di meritevolezza degli interessi, vedasi tra i numerosi: F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 58; G. B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 1; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 799; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006, p. 559; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 789; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011.

<sup>37</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 504; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Milano, 2019, p. 454.

le parti abbiano adottato una certa disposizione, la legge possa intervenire in via sostitutiva imponendo d'imperio che certe clausole contrattuali siano, per l'appunto, sostituite in via automatica con quanto previsto da norme imperative e quindi inderogabili (c.d. "integrazione cogente"; cfr. artt. 1339 e 1419, comma 2)<sup>38</sup>.

In sintesi, alla libertà, o meglio, *alle* libertà dei privati che costituiscono espressione del principio di autonomia corrispondono una serie di eccezioni e limitazioni tanto diverse e variamente ampie e penetranti che, nel portare a conferma l'assunto secondo il quale l'autonomia medesima, lungi dal costituire un valore originario, esiste in quanto (e nei limiti in cui) è accordata dall'ordinamento, hanno indotto autorevole dottrina ad enfaticamente affermare che «la pienezza di tale libertà, intesa come manifestazione integrale e totale del principio di autodeterminazione dei privati, risulta, in definitiva, un'ipotesi di scuola: più un modello teorico astratto ed idealizzato di regola di diritto, che un fenomeno di cui si abbia contezza e consapevolezza nella concreta esperienza giuridica offerta dal diritto vivente»<sup>39</sup>.

Si impone, dunque, a questo punto del ragionamento, un cambio di prospettiva. Se è vero, come argomentato, che l'autonomia privata conosce dei limiti imposti dal legislatore, occorre domandarsi se vi siano e, in caso affermativo, quali siano i limiti che, a sua volta, il legislatore incontra nel dettare i confini entro cui l'autonomia dei privati può esplicarsi. Se, in altri termini, la fissazione di limiti all'autonomia contrattuale non rientra nella piena discrezionalità di quest'ultimo, quali sono le regole o i principi che conformano il suo potere di limitazione normativa e ai quali questi deve attenersi? Si tratta di ampliare l'angolo visuale, spostandosi dal piano meramente descrittivo di individuazione dei limiti imposti per andare invece

---

<sup>38</sup> Cfr. V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 506; C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 465.

<sup>39</sup> E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, cit., p. 2799, il quale rielabora quanto già affermato da P. RESCIGNO, *Il contratto in generale*, cit., p. 10, il quale, tuttavia, ha premura di evidenziare che, ciononostante, «le limitazioni [...] rimangono l'eccezione, e perciò non possono venire introdotte o estese fuori delle materie e dei casi in cui sono previste».

ad interrogarsi in merito a quali siano gli effettivi rapporti tra il potere dei privati da un lato e il potere di limitazione di quest'ultimo da parte dello Stato dall'altro.<sup>40</sup>

La risposta all'interrogativo ora formulato non può che ricercarsi nella Carta costituzionale. Prima, tuttavia, di identificare gli spazi entro cui il testo costituzionale consente al legislatore di limitare l'autonomia contrattuale, occorre domandarsi se ed in quali disposizioni la Costituzione riconosca e garantisca ai privati tale medesima autonomia.

### **3. Autonomia contrattuale e Costituzione.**

Se si condivide il postulato secondo il quale, rappresentando la Costituzione il vertice dell'ordinamento, ogni concetto ed istituto giuridico deve in essa trovare un (per quanto generale) fondamento giustificativo di esistenza, ben si può comprendere l'importanza di un'indagine relativa al fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale.<sup>41</sup>

Ebbene, occorre constatare che, ad una prima piana lettura, non è dato rinvenire una disposizione costituzionale che sancisca e garantisca di per sé l'autonomia privata ed il principio di libertà contrattuale codificato dall'art. 1322 c.c.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 61.

<sup>41</sup> R. MANFRELLOTTI, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Compar. e dir. civ.*, 2019, p. 1.

<sup>42</sup> Secondo L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1, il principio in parola non riceverebbe per se stesso tutela «né con disposizione espressa come nella Costituzione di Weimar (art. 152), né con norma implicita come nella Costituzione di Bonn (art. 2, Abs. 1)». Il citato art. 2 della Legge fondamentale tedesca sancisce, infatti, il diritto fondamentale di ogni individuo «al libero sviluppo della propria personalità»: Mengoni ravvisa in tale libertà un implicito (ma diretto) riferimento anche alla libertà contrattuale. Verrebbe, forse semplicisticamente, da replicare che, a ben vedere, anche la Costituzione italiana sancisce la tutela del libero sviluppo della personalità individuale agli artt. 2 e 3, comma secondo. Ebbene, mentre l'art. 3 non viene da egli preso in considerazione (benché, come rileva F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 56, molto tempo addietro egli invero avesse proprio in tale disposizione indicato l'addentellato costituzionale del principio in parola – vedasi, L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. III, Padova, 1965, p. 1086), circa l'art. 2 Mengoni esclude con fermezza che questo possa costituire l'implicito fondamento dell'autonomia contrattuale poiché ad esso sarebbero riconducibili esclusivamente quelle manifestazioni dell'autonomia privata alla base delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dei singoli, quali la famiglia fondata

In mancanza di espressa menzione, le riflessioni della dottrina si sono in un primo momento indirizzate verso l'art. 2 Cost. (letto, talora, in combinato disposto con l'art. 41 Cost.<sup>43</sup>), ricostruendo l'autonomia contrattuale come una forma di esplicazione della personalità individuale riconducibile pertanto ad un diritto inviolabile della persona.<sup>44</sup> L'autonomia negoziale sarebbe, in altri termini, connaturata all'idea stessa di libertà dell'individuo, libero, appunto, di autodeterminarsi e di svolgere la propria personalità ponendo in essere atti di autonomia privata costitutivi di effetti giuridici nuovi e vincolanti.<sup>45</sup>

Vicina a questa impostazione, che vede l'autonomia privata come un diritto di libertà e quindi come un diritto fondamentale della persona, è, poi, la posizione di altra autorevole (per quanto isolata) dottrina che riconduce invece il fondamento di tale libertà all'art. 3, comma secondo, Cost., nella parte in cui vuole garantire il pieno sviluppo della persona umana: «il riconoscimento della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri secondo le sue scelte deve considerarsi – a prescindere da una specifica formula normativa – un valore basilare dell'ordinamento»<sup>46</sup>.

---

sul matrimonio e le associazioni (cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 2).

<sup>43</sup> Cfr. G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, p. 190; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 209.

<sup>44</sup> E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, cit., p. 2800; secondo A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1900, «l'azione ordinante propria dell'atto di autonomia privata, atto regolante e costitutivo di effetti giuridici nuovi, è espressione di libertà e di autodeterminazione del soggetto, indefettibile manifestazione di *selfdom* della persona».

<sup>45</sup> Tale ricostruzione è rimasta decisamente minoritaria. Oltre alle già riportate critiche svolte da Luigi Mengoni (vedasi *supra*, alla nota 41), anche E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, cit., p. 2800, ne rileva l'inadeguatezza in quanto «legata alla visione ottocentesca della signoria del volere come manifestazione della libertà dell'individuo, la quale appare oggettivamente inconciliabile con una libertà di tipo economico, quale quella di cui è espressione il principio di autonomia».

<sup>46</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 22, ove si fa anche richiamo, circa la ricostruzione della libertà contrattuale quale valore fondamentale dell'ordinamento, a L. V. MOSCARINI, *Riflessioni sul tema del "contratto giusto"*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, p. 633. Peraltro, va evidenziato che lo stesso Bianca, subito dopo avere, come detto, evocato l'art. 3 Cost., specifica che, nel campo dei rapporti economici, tale libertà del soggetto trova particolare riconoscimento nel principio di cui all'art. 41 Cost. Decisamente contrario a ravvisare nell'art. 3 Cost. il fondamento del principio in parola, in quanto

Ancora, si segnala, in quanto ideologicamente – per così dire – affine, la posizione di chi, a prescindere dalla possibilità di rinvenire uno specifico riferimento in una precisa disposizione della Carta costituzionale, ritiene che il riconoscimento e la tutela dell'autonomia negoziale risiedano, in definitiva, in via implicita «in ogni disposizione costituzionale che riconosca ai privati una posizione giuridica soggettiva di signoria o di libertà della persona umana»<sup>47</sup>. La dottrina ampiamente maggioritaria, in ogni modo, tende a ricondurre il principio di libertà contrattuale agli artt. 41 e 42 Cost. La tesi di fondo è che, non ricevendo una tutela costituzionale “diretta”, l'autonomia dei privati sarebbe garantita solo nella misura in cui risulti funzionale al perseguimento di altri valori, questi ultimi sì direttamente tutelati dalla Costituzione, quali, su tutti in modo più evidente, l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. e la proprietà di cui all'art. 42 Cost.<sup>48</sup>: costituendo il contratto lo strumento essenziale per acquistare e disporre del diritto di proprietà nonché per l'esercizio dell'iniziativa economica, la libertà contrattuale troverebbe così un indiretto riconoscimento nella tutela di tali valori in quanto ad essi strumentale. È questa la tesi accolta anche dalla Corte Costituzionale, la quale, più volte interrogata in merito alla legittimità di disposizioni limitative dell'autonomia dei privati, ha sempre affermato che tale autonomia non riceve dalla Costituzione una tutela diretta ed incondizionata, ma, diversamente, trova in

---

“eccessivamente generico e ampio per potervi riconoscere un'allusione anche ai rapporti contrattuali”, è F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 56.

<sup>47</sup> A. BALDASSARRE, voce «*Iniziativa economica privata*», in *Enc. del dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 602.

<sup>48</sup> Tra i numerosi, vedasi: F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 55; M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 82; D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1965, 283; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, parte speciale*, Padova, 1992, p. 469; L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica nella costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, cit., p. 33; M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, cit., p. 62; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 2; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 126; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 80; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit.

essa un riconoscimento ed una garanzia solo indiretti, in quanto, appunto, deve ritenersi strumentale alla iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.<sup>49</sup>

Peraltro, si evidenzia, non sono mancate in dottrina posizioni (pur minoritarie) che hanno ravvisato nel citato art. 41 Cost. un referente "diretto" della tutela costituzionale dell'autonomia negoziale<sup>50</sup>: non ritenendo condivisibile, in quanto eccessivamente riduttiva, la tesi secondo la quale la disposizione in parola sarebbe da riferire alla sola libertà di impresa quale attività economica organizzata ed esercitata professionalmente, si è osservato come, invero, il dato testuale della stessa si riferisca in via generale all'iniziativa economica privata, di cui la libertà di impresa, pur essendone senz'altro un'espressione, non ne costituisce l'unica. Conseguentemente, si è detto, l'ampia formula costituzionale comprenderebbe in sé ogni attività dalla quale un soggetto possa trarre un utile economicamente valutabile, sebbene non esercitata nelle forme dell'impresa.

Ora, che si ritenga preferibile la tesi secondo la quale l'art. 41 Cost. tutela l'autonomia contrattuale in via indiretta, ovvero quella che vede nella medesima disposizione un riconoscimento diretto dell'autonomia dei privati, poco cambia ai fini della presente indagine: in ambo i casi, ciò su cui si concorda in modo unanime (e in via difficilmente contestabile) è che l'agire autonomo dei privati, nel trovare garanzia nella Costituzione, non trova tuttavia in essa una tutela assoluta ed incondizionata.

Come sopra si è cercato di evidenziare, il tema fondamentale è quello dei limiti che possono essere posti all'autonomia privata e, più in particolare, il punto è individuare quali siano i valori che, a loro volta, confinano il potere del

---

<sup>49</sup> Vedasi Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1467; Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159, in *Giur. cost.*, 1988, p. 553; Corte cost., 21 marzo 1969, n. 37, in *Giur. cost.*, 1969, p. 461; Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, p. 283.

<sup>50</sup> Così, A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 162; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 126; R. MANFRELOTTO, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, cit., p. 2.

legislatore di imporre limitazioni alla facoltà dei privati di dare regole a se stessi.

Ebbene, la risposta a tale interrogativo si rinviene nel medesimo art. 41 Cost. A prescindere che in esso l'autonomia privata trovi una garanzia diretta o indiretta, tale disposizione assume un essenziale rilievo in quanto, più che fondare l'autonomia privata, indica al legislatore i valori per la tutela dei quali essa può essere limitata: dopo avere sancito al primo comma la libertà dell'iniziativa economica privata, infatti, ai commi secondo e terzo è prescritto che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana» e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

In sintesi, dunque, se dall'un lato la libertà contrattuale trova nella Costituzione riconoscimento e garanzia (seppure, secondo l'opinione maggioritaria, in via soltanto indiretta), dall'altro lato la stessa Costituzione riconosce e garantisce tale libertà non in via incondizionata, bensì in via gerarchicamente subordinata al perseguimento di finalità di tipo sociale e solo nei limiti in cui la stessa non pregiudichi la salute, l'ambiente, la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Esiste, pertanto, un inscindibile rapporto tra la libertà dell'agire economico dei privati ed i valori che limitano la stessa poiché in tanto l'autonomia contrattuale trova legittimazione costituzionale in quanto è vincolata al rispetto dei richiamati valori: come efficacemente messo in rilievo da Pietro Perlingieri, «in questo consiste il nesso decisivo tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici della Costituzione, [...] là dove le situazioni patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana».<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 94. In senso analogo si esprime anche S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 370: «le due istanze egitaria e solidaristica di cui al 2° comma si

La discrezionalità del legislatore nel porre limiti all'autonomia privata si può dunque svolgere solo nello spazio vincolato dai richiamati valori di cui al comma secondo dell'art. 41 Cost., così come affermato anche dalla Corte Costituzionale, per cui «ogni limite posto all'autonomia contrattuale è legittimo solo se preordinato al raggiungimento dei fini previsti o consentiti dalla Costituzione»<sup>52</sup>.

Nel corso dei decenni, si osserverà nel prossimo paragrafo, molto è cambiato tanto su di un piano ideologico quanto – conseguentemente – su di un piano operativo in merito al modo in cui lo Stato ha inteso disciplinare l'autonomia dei privati imponendovi limitazioni nell'ambito della discrezionalità vincolata di cui si è detto.

#### **4. L'evoluzione dei rapporti tra ordinamento giuridico e autonomia contrattuale: da uno Stato interveniente a uno Stato regolatore.**

Come osserva Luigi Mengoni, l'ideologia dominante nell'Assemblea costituente non era orientata in senso liberistico.<sup>53</sup> Quando l'art. 41 Cost. venne scritto, senza dubbio, ci si era oramai da tempo allontanati da quell'idea ottocentesca, tributaria del pensiero di Adam Smith, per la quale, secondo la nota metafora della “mano invisibile”, poiché la ricerca egoistica del proprio interesse giova all'interesse dell'intera società, il mercato, quale “luogo naturale”, dovrebbe essere lasciato libero di svilupparsi secondo il gioco spontaneo della domanda e dell'offerta e per cui, conseguentemente, lo Stato dovrebbe astenersi da qualunque intervento nei confronti di questo, poiché un suo benefico sviluppo richiede che il medesimo venga lasciato alla sua spontaneità, rischiando un intervento esterno di essere, peggio che superfluo, dannoso e controproducente.<sup>54</sup>

---

sovrappongono ai fini sociali, scongiurando una legislazione economica che si ponga in contrasto con la tutela della persona umana [...] La Costituzione subordina, in questo senso, l'efficacia giuridica del precetto dell'autonomia privata alla tutela della persona umana».

<sup>52</sup> Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30, cit., p. 298.

<sup>53</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 2.

<sup>54</sup> Cfr. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p. 230.



Affatto *locus naturalis*, bensì, tutt'al contrario, *locus artificialis*, il mercato è concepito dal costituente come un istituto in primo luogo giuridico, non originario e spontaneo, ma costituito e costruito dal diritto, ovvero da una consapevole scelta politica, dalla "mano visibile" della legge.<sup>55</sup> L'ideologia su cui si fonda la c.d. Costituzione economica è invero ben lontana rispetto all'idea di un mercato che deve essere lasciato libero da condizionamenti esterni: «nel processo economico ciò che deve essere non coincide con ciò che è [...] il diritto non è semplicemente una condizione esterna di possibilità dell'ordine economico, ma di questo è una componente strutturale»<sup>56</sup>.

Ecco, dunque, che l'affermazione del principio liberista della libertà dell'iniziativa economica privata di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. viene temperata dai limiti imposti dal comma secondo (su tutti, l'utilità sociale) e, ancor più nettamente, dalla previsione di cui al terzo comma per cui «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».<sup>57</sup>

Negli anni successivi alla Costituzione domina l'idea per cui è necessario che lo Stato, per il perseguimento di determinati fini sociali e per "funzionalizzare" l'iniziativa economica all'utilità sociale, intervenga in via diretta nell'economia riservando al proprio monopolio interi settori della stessa, da un lato, e approntando, dall'altro, correttivi e limitazioni all'autonomia privata attraverso norme imperative di imposizione autoritativa di prezzi di determinati beni e servizi da inserirsi *ope legis* nei contratti secondo il meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, comma secondo, c.c.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 67.

<sup>56</sup> L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., p. 34.

<sup>57</sup> Efficace N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 18, nel definire tale disposizione «insieme dualistica e totalitaria [...], dualistica poiché contempla, con pari dignità e senza delimitazioni di ambiti, imprese private e imprese pubbliche. Totalitaria, poiché affida alla legge, e dunque allo Stato, come fonte produttiva di norme, il disegno globale dell'economia: il dovere di indirizzarla e coordinarla a fini sociali».

<sup>58</sup> L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., p. 34; ID., *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 3, ove si osserva che è da tale impostazione ideologica che, di riflesso, si è affermata in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale la radicata idea per cui l'autonomia contrattuale non gode di garanzia autonoma rinvenibile nell'art. 2 Cost.

La legge statale, in altri termini, entra non solo – da un punto di vista “macro” – nell’economia al fine di indirizzarla verso fini prestabiliti dal potere politico, ma incide profondamente – da un punto di vista “micro” – anche nel rapporto contrattuale individuale.

La logica sottostante all’intervento diretto della legge sul contenuto del contratto in funzione limitante e correttiva dell’autonomia delle parti ben si può comprendere se solo si osserva che la libertà contrattuale di cui agli artt. 41, primo comma, Cost. e 1322 c.c. presuppone, per poter bene “funzionare” (per essere, ovvero, questa libertà genuinamente tale), che i contraenti siano tra loro in posizione eguale, paritaria. Ebbene, specialmente in alcuni mercati, a fronte della formale eguaglianza postulata dalla disciplina del contratto del codice civile, era facile riscontrare la sostanziale diseguaglianza economico-sociale delle parti contraenti: ad un contraente “forte”, questo, sì, libero e capace di determinare le condizioni contrattuali, se ne contrapponeva uno “debole”, la cui libertà, di fatto limitata, si riduceva alla mera possibilità di adesione ad un regolamento sul quale egli non aveva alcuna possibilità di incidere.<sup>59</sup>

Il c.d. “Stato sociale” degli anni ’60 e ’70, concretizzando le clausole che impongono il perseguimento di fini sociali e lo svolgimento dell’iniziativa economica in modo da non contrastare con l’utilità sociale, si fa dunque carico di questa istanza di protezione di tali categorie di “soggetti deboli” intervenendo con norme imperative sulla libertà contrattuale del “soggetto forte”. Accanto al «diritto classico dell’eguaglianza» del codice civile, si assiste così alla creazione di un «diritto diseguale»<sup>60</sup>, di una costellazione di sottosistemi di legislazione speciale diretti a tutelare specifiche categorie di soggetti economicamente e contrattualmente deboli sottraendo al soggetto

---

<sup>59</sup> «Quando due contraenti si trovano in condizioni economico-sociali profondamente diverse, il principio normativo della libertà contrattuale, affermata in astratto, rischia di essere negato nella realtà, tende a divenire una mera formula»; così, P. BARCELLONA, voce «Libertà contrattuale», in *Enc. del dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 487.

<sup>60</sup> M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 331.

forte spazi di libertà contrattuale attraverso l'imposizione eteronoma di un "giusto" assetto di interessi (esemplificativamente, si pensi in questo senso alla legislazione in materia lavoristica e alla disciplina delle locazioni di immobili ad uso abitativo di cui, rispettivamente, alla L. n. 300/1970 e alla L. n. 392/1978).<sup>61</sup> La correzione di *individuate diseguaglianze sociali* passava così per un diretto controllo sul contenuto del contratto ed una diretta sua integrazione ad opera della legge.

Intorno alla metà degli anni '80, specialmente su impulso della allora Comunità Europea (la cui forza e presenza tanto ideologica quanto istituzionale si andò rafforzando a partire dall'Atto Unico Europeo del 1986), si assiste ad un radicale cambio di prospettiva.

I principi introdotti dai Trattati europei – compendiabili nelle note quattro libertà di circolazione - e le regole predisposte per la loro attuazione sono dominati da un'idea di fondo: il mercato concorrenziale, il libero scambio tra soggetti privati, è tendenzialmente in grado di rispondere ad ogni istanza di benessere sociale. Diversamente, però, da quanto postulato dall'ideologia liberista classica, nel pensiero ordoliberal che sorregge la "costituzione economica europea", il mercato, per poter bene funzionare, non può e non deve essere lasciato a se stesso, libero da condizionamenti esterni del potere politico. Come nel singolo rapporto contrattuale la libertà del soggetto forte rischia, laddove non limitata, di sopraffare e schiacciare la libertà del più debole, così, nel mercato, i soggetti dotati di maggiore potere possono eliminare i concorrenti: affinché la libertà contrattuale e la concorrenza non si autodistruggano occorrono delle regole che ne impediscano e prevengano possibili abusi. Compito del potere politico è dunque esattamente quello di garantire che il mercato sia messo in condizioni tali da poter correttamente funzionare: tali condizioni, segnatamente, sono individuate, appunto, nella

---

<sup>61</sup> S. RODOTÀ, *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977; M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, p. 148 ss.; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., p. 370.

concorrenzialità dell'offerta e nella possibilità che questa venga consapevolmente valutata da coloro ai quali si rivolge.<sup>62</sup>

Il cambiamento di prospettiva sopra segnalato consiste, pertanto, precisamente in questo: non più uno Stato che corregge il mercato, ma uno Stato che ne detta le regole di un corretto funzionamento; non più uno Stato che determina dall'esterno il prezzo di determinati beni e servizi, bensì uno Stato che determina le condizioni sulla base delle quali esso si può regolarmente formare<sup>63</sup>; non più un intervento "a valle", che corregge e reindirizza politicamente il mercato verso determinati fini sociali, ma un intervento "a monte", che mira a riportare in equilibrio la contrattazione<sup>64</sup>, poiché è il mercato concorrenziale stesso la «istituzione di utilità sociale»<sup>65</sup> che deve essere tutelata. Non si tratta, in sintesi, come efficacemente affermato da Luigi Mengoni, di una mera deregolamentazione in senso puramente liberistico, quanto piuttosto di una «deregolamentazione – riregolamentazione»<sup>66</sup>.

Il diritto del mercato di derivazione europea si presenta, in altri termini, «come disciplina della viabilità, e non come disciplina delle destinazioni: esso non prescrive né controlla gli scopi perseguiti dalle imprese, ma ne regola forme e modalità»<sup>67</sup>.

È in questa prospettiva che si deve leggere la disciplina europea dei contratti del consumatore ed i limiti che essa pone all'autonomia contrattuale del professionista: non tanto una disciplina che mira a tutelare il consumatore quale soggetto appartenente ad una identificata e specifica categoria *economicamente* debole<sup>68</sup>, quanto invece un insieme di regole il cui fine

---

<sup>62</sup> M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 37. Sul punto, si tornerà un poco più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, cit., p. 334.

<sup>65</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 20.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 69.

<sup>68</sup> Come osserva M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, cit., p. 333, «l'interventismo europeo nei rapporti di scambio [...] presenta strutture e senso del tutto diversi da quelli che connotavano

precipuo è quello di garantire che, a fronte di un'asimmetria *informativa* in cui questi versa nei rapporti con il professionista, egli sia messo nelle condizioni di esprimere una scelta consapevole e razionale, per la fondamentale ragione che quest'ultima, oltre a beneficiare il singolo contraente, costituisce imprescindibile presupposto affinché il mercato possa bene funzionare a beneficio della collettività intera.<sup>69</sup>

## **5. Autonomia contrattuale negli scambi di massa.**

Lo sviluppo dell'economia capitalistica e la standardizzazione dei beni e dei servizi offerti hanno notevolmente inciso sul contratto e, più in generale, sulla effettiva portata, nella pratica, del principio di autonomia contrattuale.

Nella c.d. "economia di massa", alla standardizzazione dei beni ha corrisposto la standardizzazione dei contratti: le imprese, nei rapporti con il singolo contraente, utilizzano contratti *standard* uniformemente applicati e unilateralmente predisposti, rispetto ai quali il destinatario non può che decidere se aderire o meno, non avendo alcuna possibilità di incidere sul contenuto del regolamento contrattuale medesimo.<sup>70</sup> Richiamando, nuovamente, le efficacissime osservazioni di Natalino Irti, nel tempo e nel luogo degli scambi di massa «il contenuto del negozio non è più negoziato, cioè discusso e trattato fra le parti. [...] Non [c'è] più il negoziare sul contenuto

---

l'interventismo del vecchio *Welfare State*. [...] L'orientamento sociale dei principi «politici» recati dalla legislazione di intervento era assicurato, per un verso, dalla stessa concretezza con cui i soggetti e rapporti in essa considerati (lavoratore, inquilino, contadino, ecc.) si contrapponevano all'astrattezza della figura codicistica del «contraente» e, per l'altro verso, dalla stessa misura esplicitamente politica che le sue soluzioni sostituivano alla ragione mercantile incorporata nelle discipline codicistiche del contratto».

<sup>69</sup> Chiarissimo in questo senso A. M. BENEDETTI, voce "*Contratto asimmetrico*", in *Enc. del dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 375, quando scrive: «Un'efficiente allocazione delle risorse (benefico effetto quasi mitologico di un mercato che funzioni bene) passa attraverso un consumatore libero di scegliere, e capace, per questa sua libertà, di influire sulle dinamiche generali dell'economia [...] se il consumatore non può scegliere liberamente, perché non sa, l'allocazione delle risorse avviene in modo inefficiente, il meccanismo di selezione degli operatori di mercato finisce per risultarne alterato e la virtuosità del processo innescato dalla concorrenza ne esce sostanzialmente compromessa».

<sup>70</sup> Vedasi, tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 42.

delle clausole, ma la semplice scelta dei beni offerti; non più il mercato come luogo del “mercatare” [...], ma come luogo di selezione di merci»<sup>71</sup>.

Dalle parole dell’illustre autore emerge in via del tutto evidente la perdita della possibilità, per una delle due parti del rapporto contrattuale, di esercitare la propria libertà contrattuale, *sub specie* di possibilità di concorrere alla determinazione del contenuto del contratto.

Ebbene, non è questo, *di per sé*, il problema che ha giustificato e richiesto il (legittimo) intervento del legislatore eurounitario e nazionale che ha condotto – come accennato al precedente paragrafo - ad una notevole restrizione dell’autonomia del soggetto predisponente in funzione del recupero dell’autonomia del soggetto aderente.<sup>72</sup>

Il vero nodo problematico della contrattazione di massa risiede nel fatto che la fisiologica asimmetria di potere contrattuale che la caratterizza può condurre a un “fallimento” del mercato (ed è, come detto, in funzione della tutela di quest’ultimo che si giustifica l’intervento del legislatore).

La disparità di potere contrattuale in cui versano le parti del “contratto di massa”, i cc.dd. consumatore e professionista, viene notoriamente qualificata come “asimmetria informativa”<sup>73</sup>. Da una parte, si ha un soggetto, il professionista, che predispone il regolamento contrattuale nell’esercizio della propria attività di impresa, commerciale, artigianale o professionale; dall’altra, si ha il consumatore, il quale si caratterizza all’opposto per essere una persona (esclusivamente) fisica che agisce per scopi estranei a tali attività<sup>74</sup>. In altre

---

<sup>71</sup> N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 72.

<sup>72</sup> È facile infatti, peraltro, osservare che, di per sé, la standardizzazione contrattuale, lungi dall’essere un fenomeno “negativo”, è fisiologicamente richiesta dalla velocità degli scambi di massa. Si tratta, in altri termini, di un fenomeno ineludibile ed anzi “positivo”, nella misura in cui (nell’ottica capitalistica) favorisce scambi celeri e dunque anche più numerosi.

<sup>73</sup> La letteratura è davvero ampia; tra i numerosi, vedasi: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 642; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 953.

<sup>74</sup> Cfr. art. 3, lett. a) e lett. c), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

parole, da un lato si ha una parte contrattuale “esperta”, che bene conosce tutti i costi ed i rischi (non solo economici, ma anche giuridici) legati a quella operazione contrattuale e che è nella posizione di redigere il regolamento impegnativo nel modo a sé più favorevole; dall’altro lato, un soggetto che “esperto” non è, perché viene alla contrattazione per meramente soddisfare un bisogno della vita quotidiana. Il consumatore è, in definitiva, parte debole del rapporto «perché non sa»<sup>75</sup>, non è nella condizione di percepire con chiarezza la portata delle condizioni contrattuali cui aderisce (e cui non può che aderire se vuole accedere a quel determinato bene o servizio), né, in taluni casi (si pensi ai contratti conclusi a distanza), è nelle condizioni di poter adeguatamente valutare le stesse caratteristiche del bene o servizio che va acquistando. Ecco perché, in breve, si parla esattamente di *asimmetria informativa*.<sup>76</sup>

In sintesi, ciò che risulta compromesso è la capacità per il consumatore di esercitare una scelta che possa definirsi consapevole. Di qui, il fallimento del mercato cui si faceva riferimento: se è vero che i consumatori destinatari delle offerte di beni e servizi sono “arbitri”<sup>77</sup> del mercato poiché è la loro scelta a determinare il successo dei migliori offerenti e l’esclusione dei peggiori, è necessario – pena, appunto, il fallimento di tale meccanismo - che essi siano nelle condizioni di esprimere una scelta che possa dirsi effettivamente consapevole. È necessario, di conseguenza, che la descritta asimmetria

---

<sup>75</sup> A.M. BENEDETTI, voce “*Contratto asimmetrico*”, cit., p. 374.

<sup>76</sup> Non si tratta dunque affatto di uno squilibrio di posizioni economiche. Il “consumatore” non appartiene ad una definita categoria sociale, economicamente svantaggiata rispetto a quella cui appartiene il professionista; consumatore è potenzialmente chiunque (anche colui che è professionista, se viene alla contrattazione «per scopi estranei» alla sua attività). Anche in questo senso, come già detto sopra al precedente paragrafo, si può cogliere la differenza rispetto alla legislazione interventista degli anni '60 e '70, la quale mirava a tutelare specifiche categorie di soggetti la cui “debolezza” era ben diversa da quella di cui qui si tratta. Vedasi, a questo riguardo, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 20; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Jus civile*, 2016, p. 350.

<sup>77</sup> Cfr., tra gli altri, M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in M. GRILLO (a cura di),  *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010, p. 21; M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 171 ove si richiamano, sul punto, le antesignane considerazioni di Tullio Ascarelli.

informativa sia corretta affinché le due parti contrattuali possano ritornare in posizioni paritarie.

La disciplina europea del consumatore, nel limitare, attraverso gli istituti e i rimedi che verranno subito menzionati, l'autonomia contrattuale del professionista mira, così, a tutelare l'autonomia del consumatore, intesa quest'ultima non più come libertà di concorrere alla determinazione del contenuto contrattuale<sup>78</sup>, bensì come libertà di scelta, come capacità di adottare una decisione consapevole, indefettibile condizione per un corretto funzionamento del mercato. Non si tratta dunque affatto di una disciplina di stampo paternalistico, ma, al contrario, di una disciplina che intende esaltare l'autoresponsabilità del consumatore rendendo effettiva la sua capacità decisionale.<sup>79</sup>

Per quanto riguarda i c.d. rimedi preventivi, ovvero il divieto di pratiche commerciali scorrette e gli obblighi informativi a carico del professionista, è invero piuttosto evidente l'intento di tutelare la libertà e la consapevolezza della scelta operata dal consumatore nonché il nesso - ormai più volte spiegato - esistente tra la tutela di tale libertà e l'obiettivo, rispetto alla quale questa è strumentale, di favorire una maggiore efficienza e correttezza del mercato. Ma nel medesimo senso devono intendersi anche i rimedi che assistono il consumatore nella fase successiva alla conclusione del contratto: si fa riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie e al diritto di recesso previsto nel caso di contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali. Circa la prima, infatti, essa più che rispondere a ragioni di equità, è finalizzata a garantire la trasparenza del prezzo, come reso evidente dal fatto che ove pure una certa clausola produca un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto, la stessa non può essere ritenuta vessatoria se sia stata

---

<sup>78</sup> Un'autonomia, questa, che, come osserva N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 72, «non appartiene al nostro tempo».

<sup>79</sup> Di nuovo richiamando le efficaci parole di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 73, infatti, «l'esercizio di libertà comporta autoresponsabilità, cioè assunzione del rischio di scegliere: questo rischio non può riversarsi su altri, e appartiene per intero all'autore della decisione. Libertà e rischio della decisione sono tutt'uno».



oggetto di trattativa individuale (cfr. art. 34, comma 4, cod. cons.).<sup>80</sup> In merito al diritto di recesso previsto per le citate particolari ipotesi, è pure agevole rilevare come esso risponda alla finalità di rimettere il consumatore nella posizione di esprimere quella scelta consapevole che non era in condizione di esercitare al momento della conclusione del contratto o perché “preso di sorpresa” – nel caso di contratto negoziato fuori dai locali commerciali – o perché non in grado di valutare a pieno l’oggetto dedotto in contratto nelle sue caratteristiche – nel caso di contratto a distanza.<sup>81</sup>

In sintesi ed in conclusione, tutta l’architettura della disciplina europea del consumatore, nel tutelare e restaurare la sua libertà di operare una decisione contrattuale consapevole, mira a renderlo effettivo arbitro della competizione tra imprese.

Se la finalità ultima è la tutela della effettiva concorrenzialità del mercato e se tale fine viene perseguito attraverso una disciplina che vuole rendere il consumatore un consapevole arbitro dello stesso, ebbene, per le ragioni che più avanti verranno approfonditamente esposte<sup>82</sup>, si profila all’orizzonte il pericolo di un nuovo fallimento, rispetto al quale la disciplina esistente potrebbe non essere più sufficiente. Ciò a cui si sta facendo riferimento è il fenomeno della profilazione digitale cui si è fatto cenno in apertura (v. *supra*, paragrafo 1), la quale, come si cercherà di argomentare, mette a rischio con modalità del tutto inedite la capacità del consumatore di esercitare una decisione consapevole.

## **6. Alcune considerazioni di sintesi con uno sguardo al prosieguo della ricerca.**

Prima di procedere oltre e passare all’analisi del fenomeno della profilazione, è opportuno sinteticamente ripercorrere e ricostruire il filo conduttore degli

---

<sup>80</sup> P. BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell’epoca del mercato europeo-mondiale*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 65 ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell’orizzonte europeo*, cit., p. 37.

<sup>81</sup> Cfr. tra gli altri, E. BATTELLI, *L’attuazione delle Direttiva sui consumatori, tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 927.

<sup>82</sup> V. *infra*, cap. II.

argomenti sin qui toccati in modo da bene mettere a fuoco l'angolo visuale e lo scopo della presente ricerca.

L'autonomia contrattuale, nelle sue diverse declinazioni, si caratterizza in primo luogo per essere espressione della libertà dell'individuo, il quale, nel regolare i propri interessi, liberamente e consapevolmente decide di porre a se stesso, instaurando rapporti con i terzi, delle regole vincolanti. Tale esercizio di libertà, si è messo in luce, non trova il proprio fondamento in una sorta di "ordine naturale", poiché esso, tutt'al contrario, è destinato ad essere produttivo di effetti (voluti come) vincolanti solo in tanto in quanto è riconosciuto dal diritto e solo nella misura in cui si svolge nei limiti di quanto consentito dall'ordinamento giuridico. In altri termini, la libertà dell'individuo di concludere negozi giuridici, e contratti più in particolare, può essere, e nei fatti è, variamente limitata da parte del legislatore.

A partire da tali considerazioni, ci si è domandati se vi fosse – e quindi dove fosse rinvenibile – un espresso o, perlomeno, indiretto fondamento costituzionale dell'autonomia privata contrattuale e, in secondo luogo, se il legislatore, nella riconosciuta facoltà di porre limiti all'esercizio di questa, fosse del tutto libero ovvero incontrasse, a sua volta, nella medesima Carta costituzionale, delle limitazioni. La risposta a tali interrogativi è stata rinvenuta nell'art. 41 Cost. Sancendo tale disposizione, al comma primo, la libertà della iniziativa economica privata, infatti, la libertà contrattuale può dirsi in essa trovare riconoscimento in via quantomeno indiretta, ovvero in quanto strumentale all'esercizio, appunto, della iniziativa economica. Quest'ultima, tuttavia, non viene tutelata in modo assoluto ed incondizionato: ai commi secondo e terzo, il costituente ha previsto, rispettivamente, che essa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana e che la legge debba adoperarsi affinché essa sia indirizzata e coordinata a fini sociali. In sintesi, il legislatore può legittimamente limitare la libertà di contratto tutelata dal comma primo nella misura in cui tale intervento sia funzionale alla tutela dei valori di cui ai commi successivi.

Rispetto a tale ultima, parziale conclusione si è osservato che, nel corso dei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, l'intervento statale limitativo dell'autonomia privata si è manifestato con modalità (e rispondendo a ideologie) piuttosto diverse.

Fino agli anni '80 prevale un governo dell'economia dirigista che vede lo Stato "imprenditore" farsi direttamente carico della produzione e distribuzione di determinati beni e servizi essenziali da un lato, e la c.d. legislazione sociale, dall'altro lato, correggere le "storture" del mercato pregiudizievoli per le classi socialmente ed economicamente più deboli attraverso interventi tendenzialmente "a valle" sul contenuto del contratto con l'imposizione di determinati prezzi rispetto a certi beni e servizi. A partire dagli anni '80, sulla spinta dell'ideologia ordoliberalista sulla quale si andava costruendo l'impianto istituzionale e normativo dell'Europa, il rapporto tra legislatore e autonomia privata inizia a cambiare: il compito dello Stato diventa quello di ripristinare le condizioni di un corretto ed efficiente mercato concorrenziale. Non più, dunque, un legislatore che interviene sul contenuto del contratto imponendo d'imperio le condizioni "più giuste", bensì un legislatore la cui preoccupazione è quella di creare le condizioni in virtù delle quali, "a monte", è un mercato che funziona bene che determina "le giuste" condizioni contrattuali in quanto derivanti dall'incontro di un'offerta concorrenziale e di una domanda in grado di consapevolmente vagliarla.

In tal senso, è stato evidenziato, gli interventi che variamente limitano l'autonomia contrattuale del professionista a tutela del consumatore sono intesi non tanto a correggere il contratto sul piano dell'equilibrio economico, quanto invece ad eliminare quell'asimmetria informativa che impedisce al consumatore di poter esprimere una scelta che possa definirsi tale in quanto consapevole e genuinamente libera. L'intervento legislativo limitativo dell'autonomia del professionista si viene così a giustificare in quanto funzionale a garantire l'autonomia del consumatore intesa come libertà di compiere una scelta consapevole, la quale costituisce, a sua volta, indefettibile condizione per un corretto ed efficiente funzionamento di un mercato che possa

dirsi propriamente concorrenziale. Nei termini di cui all'art. 41 Cost., la libertà di iniziativa economica del professionista viene dunque legittimamente limitata dal legislatore affinché essa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale (che impone un mercato concorrenziale) e in modo da non recare danno alla libertà (di scelta) del consumatore.

Ebbene, come si inserisce in questo discorso il fenomeno della profilazione? Come più approfonditamente si dirà, attraverso la costruzione di un profilo, ricavato dall'analisi aggregata dei dati – più o meno consapevolmente – forniti dagli stessi soggetti profilati, l'impresa che se ne avvale, creando su di un piano, per così dire, descrittivo l'immagine digitale del consumatore cui si rivolge, è in grado di determinare (in modo consequenzialmente predittivo) quali prodotti lo potrebbero interessare e da quali servizi e offerte escluderlo, quali tecniche persuasive potrebbero avere sullo stesso maggiore presa, quale prezzo egli possa essere disposto a pagare. In estrema sintesi, si può dire che la profilazione dei consumatori costituisce per l'impresa che la effettua un'operazione essenzialmente funzionale a due obiettivi: la scelta del contraente e la migliore determinazione del contenuto contrattuale (ovvero la determinazione del contenuto contrattuale più vantaggioso per la parte predisponente). In questo senso, può senza dubbio affermarsi che le operazioni di profilazione dei consumatori costituiscono espressione dell'autonomia negoziale dell'impresa. In quanto tale, dunque, si tratta di attività del tutto lecita e libera, rientrando nell'alveo di tutela dell'art. 41, comma primo, Cost. Come tuttavia messo in evidenza, la libertà contrattuale dell'impresa non è incondizionatamente riconosciuta: essa trova invalicabili limiti, infatti, nell'utilità sociale – cui deve conformarsi – e nella sicurezza, libertà e dignità umana – cui non deve recare danno. Al fine di tutelare tali valori, si è osservato, il legislatore può legittimamente intervenire a limitare l'autonomia contrattuale.

Ebbene, dopo avere descritto più da vicino, nelle prossime pagine, i tratti distintivi del fenomeno, nel prosieguo della ricerca si cercherà di individuare il suo “confine di liceità”. Come anticipato e come meglio si vedrà, la

profilazione può mettere a rischio con modalità inedite la libertà di scelta del consumatore, compromettendo, conseguentemente, il corretto funzionamento del mercato: a fronte degli specifici pericoli che verranno individuati, si valuterà se la disciplina ad oggi esistente possa dirsi o meno sufficiente a prevenirli. In caso di valutazione negativa, occorrerà domandarsi in merito a quali nuovi (e, per quanto spiegato, legittimi) interventi da parte del legislatore siano auspicabili al fine di porre i limiti necessari affinché nell'esercizio della sua autonomia, l'impresa che profila il consumatore non vada a ledere l'autonomia di quest'ultimo.

## SEZIONE II PROFILAZIONE

### 7. Definizione e delimitazione di un fenomeno che esiste “da sempre”.

Quando si parla di “profilazione” ci si riferisce ad un fenomeno, di per sé, affatto nuovo o recente. In termini molto generali, infatti, tale può essere definito un vario insieme di operazioni finalizzate alla creazione e applicazione di “profili”, ovvero all’individuazione di “modelli” o “tipi ideali” costituiti da alcuni attributi comuni, da certe caratteristiche condivise, e che risultano funzionali all’assunzione efficiente di una decisione.<sup>83</sup> In quanto tale, essa altro non è che una forma di “categorizzazione” che viene abitualmente operata per comprendere e conoscere una realtà che si presenta ontologicamente complessa e al fine di, conseguentemente, adottare delle decisioni che su tale precomprensione vanno a trovare fondamento.

In questo senso, la profilazione è definibile in primo luogo come una forma di conoscenza tipica del pensiero umano: la complessità della realtà in cui ogni individuo è immerso impone di essere semplificata; e tale semplificazione avviene, appunto, attraverso la classificazione degli eventi (latamente intesi) in categorie identificate dalla condivisione di caratteristiche simili.<sup>84</sup> Attraverso inferenze di carattere induttivo, accadimenti, emozioni, comportamenti, persone, oggetti, nonché le interazioni tra questi diversi elementi del reale in cui ogni individuo si muove, vengono continuamente raggruppati in categorie o schemi che servono ad orientare le future scelte di

---

<sup>83</sup> Si tratta di una prima, approssimativa e generale definizione, costituente in qualche modo la sintesi dei diversi tentativi definitivi di cui alla letteratura che verrà ampiamente richiamata nel prosieguo.

<sup>84</sup> Vedasi, in particolare, M. HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, 2008, p. 24, ove l’autrice, richiamando le considerazioni svolte da F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge, Massachusetts, London, 2003, spiega che «*in psychology the need to reduce the weight of recurring decisions is thought to be the cause of ‘stereotyping’, a healthy way to deal with the growing complexities of life. It means that we – unconsciously - group different events, things or persons into categories in order to assess what can be expected and to be able to decide how to act. Stereotyping allows anticipation. Following this line of thinking, categorization and stereotyping are a kind of everyday profiling, based on experience and practical wisdom*».

azione.<sup>85</sup> Si tratta dunque di un processo cognitivo dinamico e in divenire, il cui esito è sottoposto a continua verifica ed è sempre passibile di revisione: all'aumentare degli elementi raccolti dall'esperienza, le categorie in cui si articola la conoscenza della medesima possono essere confermate e arricchite oppure rivisitate, scomposte, messe in discussione e smentite dai nuovi *dati* acquisiti.

Ora, l'analisi dei processi cognitivi dell'essere umano esula, con tutta evidenza, dall'ambito di indagine del presente studio; e tuttavia, si è ritenuto di evocare tali suggestioni, tratte dall'ambito delle scienze umane, poiché già in queste prime e introduttive considerazioni si rinvengono gli elementi essenziali del fenomeno che qui interessa, consistente nel: dinamico e in continua evoluzione processo di raggruppamento in categorie effettuato attraverso inferenze induttive che muovono dall'acquisizione di dati di esperienze pregresse al fine di orientare e fondare una scelta di azione futura. Quali sono, però, più in dettaglio, gli elementi caratterizzanti la profilazione che interessa in questa sede di ricerca? Il processo descritto a) non è compiuto da un essere umano, bensì da “macchine intelligenti”; b) si tratta di operazioni svolte a fini commerciali, ovvero allo scopo di orientare le decisioni di impresa e che c) riguardano il consumatore, il quale diventa, all'interno del meccanismo che si andrà più compiutamente a tratteggiare, “oggetto” di analisi da parte degli operatori del mercato.

Tralasciando, per il momento, la caratterizzazione data dal fatto che si tratta di un processo che viene svolto da “intelligenze artificiali”, elemento questo sul quale si tornerà più diffusamente a breve, risulta importante, al fine di mettere a fuoco il tema, soffermarsi – seppur brevemente e in via ancora introduttiva – sugli ultimi due elementi richiamati: la profilazione che è qui assunta a oggetto di studio consiste in quel vario insieme di operazioni finalizzate ad orientare le

---

<sup>85</sup> Cfr. A. CANHOTO, J. BACKHOUSE, *General description of the process of behavioural profiling*, in, M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, cit., p. 47; M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in *Digital Enlightenment Yearbook*, 2012, p. 43.

scelte commerciali di un'impresa rispetto ai gusti e alle preferenze espresse dai consumatori cui sono destinati i prodotti o i servizi offerti, scelte che risultano fondate, appunto, sulla classificazione di questi ultimi in “profili”.<sup>86</sup>

Come si diceva, è opportuno rilevare, in primo luogo, che la profilazione dei consumatori a fini commerciali non è un fenomeno di recente comparsa, ma, tutt'al contrario, costituisce una tecnica che gli operatori del mercato ben conoscono da prima che le tecnologie informatiche vi facessero irruzione modificandone la fisionomia nel modo che si cercherà, poco più avanti, di descrivere.<sup>87</sup>

L'*analisi* e la *previsione* - questi i “momenti” e, al tempo stesso, le “tensioni”, ovvero le finalità cui tendono le operazioni di profilazione - degli interessi e delle preferenze, del reddito e della situazione economica, dell'ubicazione e degli spostamenti<sup>88</sup> degli individui destinatari dei prodotti e dei servizi offerti sul mercato costituiscono un'aspirazione (nella misura in cui tali analisi e previsioni vorrebbero essere il più precise e dettagliate possibile) e una pratica rispetto alle quali tradizionalmente, ovvero nei tempi non sospetti precedenti la “rivoluzione digitale”, si parlava di «indagini o analisi di mercato». <sup>89</sup> Sono

---

<sup>86</sup> Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020, cit., *passim*.

<sup>87</sup> Il raggruppamento degli individui in profili, si evidenzia, ha peraltro rivestito un'importanza centrale, ben prima della c.d. «quarta rivoluzione» (cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017), in diversi ambiti, oltre a quello commerciale che qui interessa: a titolo meramente esemplificativo, si pensi alla creazione di “profili criminali” da parte dei soggetti preposti ad indagare sulla commissione di reati, o alla individuazione del “candidato ideale” ad un posto di lavoro compiuta dai responsabili della selezione del personale di un'azienda, o ancora ai profili, compilati nell'ambito delle scienze psicologiche, dei soggetti che presentano disturbi della personalità (cfr. sul punto M. HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, cit., p. 23, ed i riferimenti bibliografici *ivi* riportati). Come detto, la profilazione, invero, è in estrema sintesi definibile come una peculiare forma di conoscenza che si attua per il tramite di “categorizzazioni”; non può dunque, evidentemente, sorprendere il fatto che essa interessi diversi ambiti e discipline.

<sup>88</sup> Sono questi alcuni degli «aspetti personali» esemplificativamente elencati come oggetto del trattamento di profilazione dall'art. 4, n. 4), GDPR.

<sup>89</sup> Cfr. R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 587, la quale, a dimostrazione del fatto che lo studio delle abitudini e dei comportamenti dei consumatori, per finalità eminentemente pubblicitarie, sia da tempo noto studiato dalla letteratura economica, rinvia al lavoro di J.I. RICHARDS, *Deceptive Advertising. Behavioural Study of a Legal Concept*, Hillsdale, 1990. Si veda anche M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, pp. 104 e 106 (e *ivi* vari riferimenti bibliografici), ove l'autrice pone efficacemente in rilievo le differenze metodologiche sussistenti tra le odierne indagini condotte all'insegna della



in questo senso chiare e calzanti le parole di un'autrice, per cui «come ricorda la letteratura in tema di ricerche di mercato, un'impresa può dedicarsi alla pratica della *segmentazione* della clientela, ossia alla *divisione* della stessa *in gruppi omogenei di acquirenti*, distinti per età, genere, area geografica, livello di istruzione, stato civile, orientamento politico, credo religioso e altri *fattori* che contribuiscono tutti a indicare chi sono i potenziali clienti di quell'impresa»<sup>90</sup>. È precisamente in tale pratica di “segmentazione” o “divisione in gruppi omogenei di acquirenti”, realizzata attraverso la raccolta ed elaborazione delle più diverse *informazioni* relative ai medesimi, che consiste la profilazione compiuta dalle imprese al fine di rendere più efficaci ed efficienti le proprie strategie di vendita.

Il procedimento in cui questa si compendia può essere schematicamente distinto in due fasi<sup>91</sup>, l'una strettamente prodromica all'altra e coincidenti con i) il momento di *creazione* del profilo e con ii) quello della sua *applicazione* (poco sopra, si è fatto riferimento a tali – per vero, soltanto in parte e a fini didattici distinguibili – momenti utilizzando i termini, che spesso torneranno nel corso della trattazione, di “analisi” e “previsione”).

Più in particolare, il processo che conduce alla costruzione del profilo<sup>92</sup> inizia con la raccolta di *dati personali*, ovvero, come recita l'art. 4, n. 1), GDPR, di

---

“*big data analytics*” – di cui ci si occuperà nelle prossime pagine – e le tradizionali indagini di mercato basate su uno studio delle abitudini di consumo che «si fondava – oltre che sull'esame diretto dei comportamenti di un ridotto numero di persone (si pensi ai colloqui individuali, ai *focus group*, e alle *desk research* condotte per individuare le motivazioni profonde della varie scelte di acquisto) – sulla costruzione di *campioni* e sullo svolgimento di *esperimenti* [...] campioni composti da un numero finito, N, di osservazioni, ottenute per mezzo di questionari e relative alle condotte espresse degli individui parti del campione».

<sup>90</sup> M. MAGGIOLINO, *op. ult. cit.*, p. 102 (corsivo aggiunto). Ancora, è indicativo di come si tratti di temi e fenomeni noti e studiati il fatto che l'autrice citi in nota due contributi tratti dalla letteratura economica d'oltreoceano degli anni '70: segnatamente, W.D. WELLS, *Psychographics: a critical review*, in *Journal of Marketing Research*, 1975, p. 196; H. ASSAEL, A.M. ROSCOE, *Approaches to market segmentation analysis*, in *Journal of Marketing*, 1976, p. 67.

<sup>91</sup> Cfr., tra gli altri, M. HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, cit., p. 18 ss.; H. LAMMERANT, P. DE HERT, *Predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever*, in B. VAN DER SLOOT, D. BROEDERS, E. SCHRIJVERS (a cura di), *Exploring the boundaries of big data*, Amsterdam, 2016, p. 145 ss.

<sup>92</sup> Per tale più precisamente intendendosi, «*a set of characteristics, features and attributes with which a person or a group can be discerned from another person or group*»; così, H.

«qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» (così sono, invero, più precisamente definibili quei “fattori” quali età, genere, area geografica, livello di istruzione, stato civile etc. cui faceva sopra riferimento l’autrice richiamata). Una volta acquisiti<sup>93</sup>, tali dati vengono “elaborati”: l’obiettivo è quello di reperire all’interno del c.d. “database” delle correlazioni significative<sup>94</sup> tra le diverse informazioni raccolte e immagazzinate, le quali conducono infine alla individuazione di

---

LAMMERANT, P. DE HERT, *Predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever*, cit., p. 146. Ancora, vedasi B. CUSTERS, *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013, p. 12 s.: «we consider a profile a property or a collection of properties of an individual or a group of people. [...] An example of a personal profile is the personal profile of Mr John Doe (44), who is married, has two children, earns 25,000 Euro a year, and has two credit cards and no criminal record. He was hospitalized only twice in his life, once for appendicitis and last year because of lung cancer».

<sup>93</sup> Come riporta R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, cit., p. 588, «la tecnica di analisi del mercato comincia, in particolare, quando i produttori e i distributori di beni e servizi di consumo, con l’obiettivo di fidelizzare la clientela, offrono promozioni, piccoli vantaggi e agevolazioni per ottenere le quali il consumatore è indotto a fornire i dati personali, spesso anche anagrafici, che lo riguardano». Sull’utilizzo delle c.d. “carte fedeltà” adottate sin dagli anni ’80 dalle grandi catene di distribuzione al fine di raccogliere dati relativi alle abitudini di consumo dei clienti, vedasi anche S. BONAVITA, *Privacy e profilazione dei clienti nel settore della grande distribuzione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2008, p. 371 ss., nonché, con riferimento agli interventi del Garante per la protezione dei dati personali rispetto alla raccolta di dati attraverso *coupon*, *depliant* e questionari collegati al rilascio di tali “tessere fedeltà”, O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, p. 619 ss.

<sup>94</sup> Sul tema dell’individuazione di correlazioni tra dati, quale fase centrale che conduce all’inferenza dei profili, si tornerà anche in seguito quando si evidenzieranno le peculiarità dell’odierna profilazione condotta all’insegna di trattamenti automatizzati che si avvalgono di altamente sofisticati sistemi di IA. Si ritiene, tuttavia, opportuno sin da ora porre in rilievo il fondamentale tratto distintivo che connota tale ultimo procedimento di elaborazione dei dati rispetto a quello tradizionale di cui si sta trattando, rinvenibile segnatamente nel passaggio da un metodo di indagine che tende alla ricerca di correlazioni legate da un rapporto di causa-effetto ad una metodologia di analisi che “si accontenta” del rinvenimento di correlazioni “pure”, non necessariamente avvinte da un evidente rapporto di causalità. Come efficacemente sintetizzato da V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, cit., p. 26, «I big data riguardano il *cosa*, non il *perché*»: in tale formula può bene compendiarsi il (non più così) recente abbandono della ricerca di spiegazioni fondate sulla causalità in favore di un metodo di analisi dei dati che si fonda sul rinvenimento di correlazioni tra i medesimi senza la necessità (o forse, come si vedrà, meglio sarebbe dire senza la *possibilità*) di darne spiegazione. Sul punto, vedasi anche, tra i numerosi, T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2003, p. 2.

individui/consumatori “modello”, di “profili”, per l’appunto, che vorrebbero essere in grado di rappresentare le caratteristiche di una moltitudine di consumatori<sup>95</sup> e che, funzionando a modo, per così dire, di “fattispecie astratte”, consentono che in essi possano essere sussunti *altri* individui/consumatori “concreti” che di questi condividono le caratteristiche profilate. È in tale momento di sussunzione che consiste la fase denominata di applicazione del profilo: il momento di creazione del modello risulta, in altri termini, funzionale alla individuazione, in un’ottica *predittiva*, della probabilità che altri consumatori, rientrando per le loro peculiarità in quel determinato profilo di cui condividono le caratteristiche, adottino, rispetto all’impresa profilante, un comportamento conforme a quello adottato dal “tipo-ideale”.

Al fine di rendere più chiaro e concreto il procedimento che si è ora tentato di ricostruire, e allo scopo di restituire una più immediata comprensione circa le utilità che il medesimo consente di raggiungere e che, pertanto, spingono le imprese a farvi ricorso, si prenda a paradigma la pratica della c.d. discriminazione di prezzo.<sup>96</sup>

Ogni individuo che si avvicina al mercato per acquistare un determinato prodotto o servizio valuta le proposte che il mercato stesso gli offre svolgendo, al fine di misurare la convenienza dell’affare da concludere, una serie di considerazioni, prima tra le quali è, senza dubbio, quella relativa al prezzo da pagare per ottenere il bene o servizio che si intende acquistare. Ogni

---

<sup>95</sup> A titolo di esempio: l’analisi dei dati potrebbe portare l’impresa profilante a concludere che esiste tra questi una correlazione significativa secondo la quale tanto più alto è il grado di istruzione raggiunto tanto più elevata sarà l’età in cui un soggetto deciderà di fare un figlio. Conseguentemente, potrebbero essere creati i seguenti “profili” o “tipi ideali” di consumatori interessati all’acquisto di prodotti per neonati: 1) donna o uomo, coniugata/o, in possesso di diploma di scuola superiore secondaria, di età compresa tra i venti ed i trenta anni; 2) donna o uomo, coniugata/o, in possesso di laurea magistrale, di età compresa tra i trenta ed i quaranta anni.

<sup>96</sup> Sul tema, sul quale si tornerà ampiamente più avanti (v. *infra*, cap. II, § 2 ss.) vedasi, tra gli altri, M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, cit., p. 99 ss. (ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici); F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, p. 347 ss. (ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici).

consumatore, infatti, pur nel perimetro segnato dalla tendenziale uniformità portata dalla “massificazione” dei consumi, si predispone alla compravendita con una propria idea di “giusto prezzo”, o meglio, con una propria *disponibilità a pagare*, la quale può dipendere dai più diversi fattori, come, ad esempio, l’età, l’occupazione, la situazione economica, il grado di interesse per quel determinato bene, o, più in generale, il fatto di essere più o meno “sensibile al prezzo”<sup>97</sup>. Ebbene, in una prospettiva di impresa, che per definizione persegue la massimizzazione del profitto, è evidente l’interesse a conoscere tale variabile disponibilità a pagare espressa dai diversi acquirenti cui si rivolge il bene o servizio offerto in modo da poterne corrispondentemente differenziare il prezzo.<sup>98</sup> Di qui, l’interesse alla profilazione, ovvero alla individuazione di diversi “consumatori – modello” cui corrispondono differenti disponibilità a pagare, realizzata – nel primo momento di analisi – attraverso l’assunzione di «criteri [*recte*, dati] verificabili quali l’età dell’acquirente, la sua occupazione, o la sua provenienza geografica, a indice della ricchezza del compratore e/o a spia del suo desiderio per un determinato prodotto o servizio»<sup>99</sup>; costruiti i profili, e così *segmentati* in astratto i propri consumatori in base alla disponibilità a pagare inferita dai predetti dati, l’impresa potrà conseguentemente – nel secondo momento di applicazione – collocare ogni acquirente concreto nel “suo” profilo, quello cioè di cui condivide le

---

<sup>97</sup> V. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in M. GRILLO (a cura di),  *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010, p. 26, che sul presupposto della «diversa sensibilità al prezzo, che caratterizza diverse categorie (o, forse meglio, tipi psicologici) di consumatori» pone la questione di «come affrontare il fenomeno (che, intuitivamente, sembra in crescita) della discriminazione che le imprese attuano fra consumatori *price-sensitive* e “attivisti” e consumatori disattenti o inerziali».

<sup>98</sup> Come spiega M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., pp. 99-101, premesso che nella letteratura economica «l’espressione discriminazione di prezzo viene utilizzata per indicare tutti quei casi di concorrenza imperfetta nei quali una impresa offre il medesimo bene a prezzi differenti e maggiori del costo marginale di quel prodotto o servizio, [...] scopo precipuo delle imprese che optano per questa strategia è quello di calcolare dei prezzi che, anziché dipendere dai costi di produzione e commercializzazione, derivano dalla domanda e, in particolare, dalla disponibilità a pagare (anche detta, prezzo di riserva) dei loro diversi acquirenti».

<sup>99</sup> ID., p. 101.

caratteristiche, applicandogli così il prezzo che corrisponde alla sua (inferita e prevista) disponibilità a pagare.

All'esito e a sintesi dei discorsi ora svolti, si può affermare che la profilazione – intesa, in entrambi i suoi momenti, come analisi e previsione dei comportamenti dei consumatori – si pone rispetto alla discriminazione di prezzo in un rapporto che, utilizzando una nomenclatura presa a prestito dal diritto commerciale, potrebbe descriversi in termini di “scopo-mezzo” e “scopo-fine”: la profilazione è strumentale alla discriminazione di prezzo. Questo è tanto evidente da risultare, forse, banale. E tuttavia, ampliando la prospettiva oltre l'esempio paradigmatico proposto, considerando i diversi ed eterogenei “scopi-fine” rispetto ai quali la pratica in oggetto risulta funzionale, emerge un'ulteriore, già precedentemente anticipata, considerazione a sua volta di più ampio respiro (e, forse, non altrettanto banale nella sua evidenza): la profilazione, lungi dall'essere fine a se stessa, altro non è, in definitiva, se non uno strumento funzionale e servente al migliore esercizio della libertà di impresa di cui all'art. 41, comma primo, Cost.

La profilazione è, infatti, adoperata nell'ottica di rendere più efficienti ed efficaci le scelte di impresa in senso lato: essa non consente di meramente differenziare il prezzo da applicare rispetto alle differenti categorie di consumatori, bensì, più in generale e più significativamente, permette di operare una vera e propria *discriminazione* tra gli stessi consumatori. La quale discriminazione, in questo contesto, non deve essere intesa nell'accezione negativa che essa assume quando viene considerata dalla c.d. disciplina antidiscriminatoria - per cui risultano vietate dall'ordinamento la limitazione all'accesso a beni o servizi o l'imposizione di condizioni contrattuali diverse o peggiori in considerazione e a causa di specifiche qualità personali di uno dei contraenti, quali la razza, l'origine nazionale o etnica, il sesso etc. -; bensì deve essere compresa nel suo più generico e neutro, letterale ed etimologico

significato di “separazione”, “distinzione” o “diversificazione”<sup>100</sup>: la profilazione guida le scelte di impresa rendendole più efficienti, poiché consente di differenziare e distinguere la massa, di per sé indistinta, dei consumatori.

In questo senso, si pensi alla c.d. pubblicità mirata<sup>101</sup>. Nella letteratura di *marketing* è nota e ricorrente l’espressione: «so che metà della mia pubblicità è sprecata. Il problema è che non so quale metà»<sup>102</sup>; in altri termini, una delle principali preoccupazioni dell’impresa che produce e distribuisce beni o servizi concerne, in primo luogo, la capacità di far sapere che i propri prodotti sono sul mercato e di fare in modo che tale informazione raggiunga, nella massa indistinta dei soggetti che costituiscono la domanda, quei consumatori che, con maggiore probabilità, sono interessati ad acquistarli: la profilazione, la segmentazione in profili dei consumatori, consente tale discriminazione tra soggetti cui indirizzare la pubblicità, in quanto più interessati (sulla base delle preferenze analizzate e inferite), e soggetti che possono invece essere ignorati. Ancora, la profilazione può risultare strumentale all’assunzione di una decisione relativa alla convenienza o meno della stipula di un contratto. A questo riguardo, si consideri il ruolo che da decenni svolge, nel settore

---

<sup>100</sup> Quando T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, cit., p. 22 e nota 60, afferma che, sulla base della profilazione, «*vendors have the ability to discriminate between consumers*», specifica poi, per l’appunto, che «*discrimination should be taken literally as “treating differently”*». Va poi da sé, evidentemente, che, nella misura in cui tale differenziazione dovesse essere operata sulla base di una delle “caratteristiche qualificate” di cui sopra, la stessa non potrà non rientrare nell’ambito di operatività della disciplina antidiscriminatoria in senso stretto cui si è fatto cenno (sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, al cap. II, §§ 9 ss.).

<sup>101</sup> Sul tema, vedasi, tra i numerosi: J. TUROW, *The Daily You. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, cit.; F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015; O. TENE, J. POLONETSKY, *To Track or “Do Not Track”*: *Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising*, in *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, 2012, p. 281; K. J. STRANDBURG, *Free Fall: The Online Market’s Consumer Preference Disconnect*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2013, p. 95.

<sup>102</sup> F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, cit., p. 18.

bancario, il sistema del c.d. “*credit scoring*”<sup>103</sup>: l’analisi e la previsione dell’affidabilità creditizia di un soggetto richiedente un finanziamento costituiscono i momenti centrali del processo che conduce l’istituto di credito alla decisione di concludere o meno un contratto di mutuo. Costruiti, attraverso l’attribuzione di un punteggio (appunto, di uno *score*) compreso tra un minimo ed un massimo, diversi profili-modello di mutuatari che presentano, a seconda delle caratteristiche del profilo, differente affidabilità o, per converso, un diverso rischio di insolvenza, il mutuante potrà, a seconda del punteggio che corrisponde al profilo concreto del richiedente il prestito, decidere se concedere o meno il finanziamento, nonché, in caso di decisione positiva, definire, sempre a seconda del medesimo profilo-punteggio del richiedente, a quali differenti condizioni concederlo.

Sulla scorta delle considerazioni svolte, si può ritenere, dunque, chiara ed avvalorata l’affermazione secondo la quale la profilazione risulta funzionale al migliore e più efficiente esercizio della libertà di impresa: supportandone ed indirizzandone le scelte relative al *se* contrarre, *con chi* contrarre e *a quali condizioni* contrarre, le operazioni di profilazione sono, in altri termini ancora, senza dubbio strumentali all’esercizio dell’autonomia negoziale del soggetto che se ne avvale.

E tuttavia, come già a più riprese evidenziato, la libertà in cui consiste l’esercizio dell’autonomia negoziale non è priva di limiti, non potendo, come sancito dall’art. 41, comma secondo, Cost., la stessa svolgersi «in contrasto

---

<sup>103</sup> Cfr. D. ROBINSON, H. YU, *Knowing the Score: New Data, Underwriting, and Marketing in the Consumer Credit Marketplace. A Guide for Financial Inclusion Stakeholders*, 2014, p. 7, reperibile al link [www.upturn.org](http://www.upturn.org): «a credit score is a summary of a person's apparent creditworthiness that is used to make underwriting decisions. Credit scores are designed to predict the relative likelihood of a negative financial event, such as a default on a credit obligation»; sul tema, vedasi anche: D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, p. 1; M. HURLEY, J. ADEBAYO, *Credit Scoring in the Era of Big Data*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2017, p. 148; E. KNIGHT, *AI and Machine Learning-Based Credit Underwriting and Adverse Action Under the ECOA*, in *The Business & Finance Law Review*, 2020, p. 236.

con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana».

Ora, se è vero che in queste pagine si è voluto porre in evidenza come il fenomeno descritto sia, nella sua essenza e nelle sue finalità, di per sé, affatto nuovo, si impone, a questo punto del discorso, l'esigenza di dare conto delle ragioni che giustificano, per il giurista, un rinnovato interesse nei confronti del medesimo.

Ebbene, tali ragioni si individuano in primo luogo nel fatto che la profilazione, oggi, ha assunto e sta (in continua evoluzione) assumendo una nuova fisionomia, risultando del tutto rinnovate le modalità attraverso le quali viene compiuta: la c.d. "rivoluzione digitale" e l'emersione dei "big data" hanno quantitativamente e qualitativamente inciso in modo profondo sull'analisi e la previsione dei comportamenti dei consumatori, sulle modalità che conducono alla costruzione dei profili e sulle possibilità di applicazione degli stessi. Come si cercherà più avanti di dimostrare (v. *infra*, cap. II), la nuova conformazione che sta assumendo nell'era digitale il fenomeno in esame, incidendo sulla concorrenzialità del mercato e sulla libertà e la capacità di autodeterminazione del consumatore, minaccia di pregiudicare con modalità inedite i richiamati valori di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost., la cui tutela si pone come ragione giustificativa dell'imposizione di limiti all'esercizio della libertà negoziale e, dunque, della profilazione che ne è strumento.

## **8. "Datizzazione", "big data" e profilazione del consumatore "iperconnesso".**

«Le tecnologie più profonde sono quelle che scompaiono. Si legano al tessuto della vita quotidiana fino a diventare indistinguibili da esso»: così, nel 1991, l'informatico Mark Weiser profetizzava l'avvento di un'era dominata da quella che egli definiva la «computazione ubiqua».<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit., p. 283 s., la quale rinvia a M. WEISER, *The Computer for the 21st Century*, in *Scientific American*, 1991, p. 94.



Quell'era è già arrivata: Internet e le c.d. tecnologie di Intelligenza Artificiale costituiscono oggi una parte tanto coesistente alla vita quotidiana che non necessita di essere dimostrata, in quanto fatto ampiamente notorio, l'affermazione secondo la quale si sono ormai da tempo abbattute le invisibili barriere che separavano il "reale", inteso tradizionalmente come ciò che è "materiale", dal "virtuale" o "digitale", poiché quest'ultimo è divenuto esso stesso parte integrante della realtà. E questo non soltanto in senso metaforico, bensì anche in senso assolutamente letterale, "fisico". L'attuale (e costantemente in aumento) indistinguibile consustanzialità tra materiale e digitale trova la sua più importante testimonianza nell'"Internet delle Cose" ("IoT"), espressione con cui ci si riferisce ad «un'infrastruttura nella quale miliardi di sensori incorporati in dispositivi comuni di uso quotidiano ("oggetti" a sé stanti oppure oggetti connessi ad altri oggetti o persone) sono progettati per registrare, trattare, conservare e trasferire dati e, essendo associati a identificativi univoci, interagiscono con altri dispositivi o sistemi che sfruttano le capacità di collegamento in rete»<sup>105</sup>. Un'infrastruttura, dunque, in cui interagiscono tra loro non soltanto i tradizionali oggetti "smart" (*personal computer, smartphone...*), ma anche beni di per sé non tecnologici, i quali vanno via via sempre più assumendo una «presenza digitale»<sup>106</sup>: la direzione in cui ci si sta muovendo è senza dubbio quella di una ubiqua digitalizzazione.

Quanto appena riferito in merito all'Internet delle Cose consente invero di avviare un ragionamento fondato su un fondamentale cambio di prospettiva: rispetto alla usuale, comune e diffusa concezione alla stregua della quale la con-fusione tra "reale" e "digitale" vede il secondo entrare nella dimensione

---

<sup>105</sup> Questa la definizione fornita dal GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 8/2014 sui recenti sviluppi nel campo dell'Internet degli oggetti*, reperibile al link [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu); v. anche R. RUGGERI, "Internet delle cose" e problematiche giuridiche: alcune considerazioni, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, p. 3; E.C. PALLONE, "Internet of Things" e l'importanza del diritto alla privacy tra opportunità e rischi, *ivi*, p. 163.

<sup>106</sup> E. C. PALLONE, *op. ult. cit.*, p. 167 s. e p. 163, ove l'autrice si riferisce all'IoT come alla «nuova rivoluzione di Internet, in cui il mondo fisico e il mondo virtuale convergono nella creazione di piattaforme, oggetti, case, macchine e perfino città cosiddetti intelligenti».

concettuale del primo, poiché, “si usa dire”, il mondo digitale è oramai divenuto un’estensione della realtà analogica; ai fini dei discorsi che si stanno conducendo si impone invece l’adozione di un diverso punto visuale, ovvero di quello secondo il quale è, al contrario, ogni aspetto della realtà fenomenica che si sta progressivamente muovendo verso la dimensione immateriale del digitale.

È proprio a questa tendenza ciò cui si fa riferimento quando si parla di “datizzazione”<sup>107</sup>: ogni aspetto ed ogni istante dell’attività umana (e non solo di questa) tende, oggi, ad essere «‘dataficata’ ovvero ridotta ad informazione e rappresentata mediante serie di dati»<sup>108</sup> i quali vengono raccolti, immagazzinati e analizzati a scopi decisionali.

Quello della “migrazione” della realtà fenomenica dal materiale al digitale è un mutamento che si svolge non soltanto sul piano ontologico (per cui ogni azione compiuta o, più in generale, ogni cosa che semplicemente “è” corrisponde a un dato o una serie di dati, nella misura in cui la stessa viene riprodotta e trasformata in informazioni digitali), ma anche su quello epistemologico, poiché all’esponentiale aumento quantitativo di tali dati consegue un cambiamento qualitativo che coinvolge le modalità di conoscenza di quegli stessi fenomeni del reale che, datizzati, assumono una trasfigurata essenza.

Il termine *big data* vuole indicare precisamente questo sinergico cambiamento che dal piano ontologico-quantitativo si riverbera su quello qualitativo-conoscitivo, riferendosi tale lemma, infatti, tanto all’aumentata produzione e

---

<sup>107</sup> V.MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, cit., p. 103 ss.; cfr. anche Y. N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017, *passim* e spec. p. 559 ss.

<sup>108</sup> Così R. D’ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, cit., p. 68. Molto efficace a questo riguardo S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, cit., p. 223: «l’idea di fondo è che ogni spazio fisico e ogni brandello di comportamento contenuto in esso – il ronzio delle api, il vostro sorriso, gli sbalzi di temperatura nel mio armadio, le chiacchiere a colazione, lo stormire delle fronde – sarà “informatizzato” (ossia, tradotto in informazioni)».

disponibilità di dati quanto, al tempo stesso, alle mutate capacità tecnologiche di analisi dei medesimi.<sup>109</sup>

Esaminando la letteratura di settore, sembra essere un passaggio quasi obbligato, per chiunque si appresti a trattare del fenomeno in parola, quello di descrivere il medesimo attraverso le tre o quattro “V” (a seconda degli autori)<sup>110</sup> che lo caratterizzerebbero, e dalla cui combinazione ne deriverebbe una quinta: i) il *volume* – ovvero l’esponenziale incremento dei dati generati e raccolti<sup>111</sup>; ii) la *varietà* – delle fonti di produzione e dunque delle tipologie di dati disponibili<sup>112</sup>; iii) la *veracità* – ovvero la veridicità e l’accuratezza dei dati; iv) la *velocità* – con cui può svolgersi la loro analisi; e, dalla combinazione di tali elementi, v) il *valore* ricavabile dai dati attraverso la loro elaborazione, la quale, facendo emergere correlazioni nascoste, consente di rinvenire ed estrarre da questi ulteriori, prima ignote, informazioni<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Tra gli altri, vedasi, T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, cit., p. 4 ss.; ID., *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, in *Seton Hall Law Review*, 2017, p. 999; K. YEUNG, ‘*Hypernudge*’: *Big Data as a Mode of Regulation by Design*, in *Information, Communication & Society*, 2016, p. 118; H. LAMMERANT, P. DE HERT, *Predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever*, cit., p. 148. Vedasi anche, AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 7 ss.

<sup>110</sup> Cfr., tra gli altri, M.N. HELVESTON, *Consumer Protection in the Age of Big Data*, in *Washington University Law Review*, 2016, p. 867; F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un’introduzione*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 5 s.; ID., *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, p. 151 s.; D.L. RUBINFELD, M.S. GAL, *Access Barrier to big data*, in *Arizona Law Review*, 2017, p. 346 s.; T. Z. ZARSKY, *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, cit., p. 998 s.; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 8 (e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici).

<sup>111</sup> Osserva F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 151 s., nota 144, che «l’ordine di grandezza a cui crescono i dati [...] nonché la capacità del loro immagazzinamento ed analisi è tale che è stato necessario coniare un nuovo lessico: *Yottabite* e *Zettabyte* equivalgono, rispettivamente, a 10<sup>21</sup> e 10<sup>24</sup> byte, due ordini di grandezza inesistenti fino al 2012. Ogni minuto, nel *web* si contano circa 2,5 milioni di ricerche fatte solo su *Google* e nello stesso lasso di tempo, su *Facebook* gli utenti in media si scambiano oltre 31 milioni di messaggi e guardano 2.77 milioni di video; mentre su *Youtube* sono caricate circa trecento ore di video».

<sup>112</sup> «tra i quali, oltre ai dati strutturati tradizionali, vi sono anche dati semi-strutturati e non strutturati come audio, video, pagine *web* e testi»; così, AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 8.

<sup>113</sup> Indicativi in questo senso sono gli «impressionanti investimenti che le imprese stanno destinando a questo comparto. [...] Secondo la società di analisi di dati *Quid*, nel 2015 negli USA sono stati investiti 8,5 miliardi di dollari nel settore, quasi il quadruplo di quanto investito nel 2010 ed il Governo USA nel 2016 ha stanziato 200 miliardi di dollari per la ricerca in

Preso atto dell'utilità descrittiva delle richiamate "V", risulta opportuno, al fine di meglio comprendere il senso specifico del mutamento cui si faceva cenno, concentrarsi brevemente sul rapporto tra il *volume* e la *velocità*, ovvero tra l'accresciuta produzione globale di dati e le tecniche necessarie per l'analisi dei medesimi.<sup>114</sup>

Nel 1996 Usama Fayyad, Gregory Piatetsky-Shapiro e Padhraic Smyth, i *data scientists* considerati tra i fondatori delle nuove tecniche di estrazione di conoscenza dai dati, in un articolo destinato a divenire un imprescindibile punto di riferimento in materia, consacravano la c.d. "*Knowledge Discovery in Databases*" ("KDD") come la nuova disciplina che, derivata e affrancatasi dalla statistica e dall'informatica, guadagnando autonoma dignità, avrebbe costituito la soluzione al problema rappresentato dal fatto che «*our ability to analyze and understand massive datasets lags far behind our ability to gather and store the data*»<sup>115</sup>.

Di fronte ad un'immensa quantità di dati, le tradizionali «*statistical queries in database*» accusano tutta la loro inadeguatezza in termini di lentezza e dispendiosità. Più in generale e in via più radicale, cade, di fronte ad un volume di dati estremamente vasto e assai disomogeneo, la praticabilità stessa del tradizionale metodo scientifico di ricerca, che partendo dalla formulazione di un'ipotesi si serve dei dati raccolti per verificarla ovvero smentirla.

Rispetto a tale non più percorribile metodo tradizionale, la KDD realizza una vera e propria rivoluzione copernicana: definita come «*nontrivial process of*

---

questo settore»»; così F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 156, nota 163.

<sup>114</sup> A fondamento della prospettiva che si è qui deciso di adottare per meglio cogliere quello che si ritiene essere il senso più profondo della "rivoluzione" portata dai *big data*, e che si fonda sulla centralità e preminenza dei due fattori rappresentati, appunto, dal *volume* e dalla *velocità*, si osserva che, da un lato, circa il *valore*, questo non è che il risultato delle (veloci) operazioni di analisi compiute su (il volume de) i dati e, dall'altro lato, circa la *varietà* e la *veracità*, queste ben si potrebbero invero ritenere (sebbene, forse, in controtendenza rispetto alla letteratura "classica") altro se non dei predicati del volume, venendo l'analisi e la conseguente estrazione di valore compiute su di un volume di dati vario e veridico.

<sup>115</sup> U. FAYYAD, G. PIATETSKY-SHAPIRO, P. SMYTH, *The KDD Process for Extracting Useful Knowledge from Volumes of Data*, in *Communications of the ACM*, 1996, p. 27; degli stessi autori, v. anche *From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases*, in *AI Magazine*, 1996, p. 37 ss.

*identifying valid, novel, potentially useful, and ultimately understandable patterns in data*»<sup>116</sup>, tale nuova metodologia non si serve dei dati per testare un'ipotesi, bensì rinviene *nei dati* stessi l'ipotesi, svolgendosi all'insegna di un'automatizzata ricerca di non predeterminate e non previamente prevedibili correlazioni tra i dati che compongono il *database* (è questa la fase centrale della KDD, nota come “*data mining*”).<sup>117</sup>

Gli strumenti di cui essa si serve e che rendono possibile l'elaborazione di un altrimenti non gestibile volume di dati consistono in sofisticati algoritmi di Intelligenza Artificiale (ecco l'elemento che si è sopra sintetizzato nel termine “velocità”). Non essendo questa la sede per entrare nei dettagli di tali (non più) avveniristiche tecnologie – e ritenendosi pertanto conveniente, anche per il prosieguo, riferirsi a queste ultime in modo generico, utilizzando, per l'appunto, l'onnicomprensivo termine di “Intelligenza Artificiale”<sup>118</sup> - ciò che qui interessa è di porre in rilievo i seguenti elementi: i) gli algoritmi di IA lavorano in modo autonomo e divengono nel tempo tanto più performanti quanti più sono i dati che i medesimi sono chiamati ad elaborare; se è vero dunque che il volume di dati necessita, per essere analizzato, di tali algoritmi, è altrettanto vero che la resa di questi dipende a sua volta dalla mole di dati su cui sono chiamati a lavorare, evolvendo e migliorando se stessi in modo

---

<sup>116</sup> U. FAYYAD, G. PIATETSKY-SHAPIRO, P. SMYTH, *The KDD Process for Extracting Useful Knowledge from Volumes of Data*, cit., p. 30.

<sup>117</sup> Cfr. T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, cit., p. 3 ss.; B. CUSTERS, *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, cit., p. 7 ss.; T. CALDERS, B. CUSTERS, *What is Data Mining and How does it Work?*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, cit., p. 28 ss.

<sup>118</sup> Si condivide qui la scelta di S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit., p. 105, la quale pure decide di utilizzare tale nozione in modo generico, senza entrare in dettagli, in considerazione, peraltro, della sua natura mutevole ed in costante evoluzione. In ogni modo, per una trattazione sintetica e chiara sulla nozione di IA, nonché sulle discipline da essa coinvolte (in particolare, il *machine learning* e il *deep learning*), vedasi L. MITROU, *Data Protection, Artificial Intelligence and Cognitive Series. Is the General Data Protection Regulation (GDPR) “Artificial Intelligence-proof”?*, 2019, spec. p. 9 ss., reperibile al link [www.query.prod.cms.rt.microsoft.com](http://www.query.prod.cms.rt.microsoft.com).

indipendente dal soggetto che li ha inizialmente programmati<sup>119</sup>; ii) le probabilistiche correlazioni tra dati da essi individuate non sono necessariamente caratterizzate da un evidente rapporto di causa-effetto, né, per vero, da un qualsivoglia evidente (per l'essere umano) nesso logico<sup>120</sup>; diversamente dalle tradizionali correlazioni statistiche che sono orientate da un interrogativo di ricerca, quelle di cui alla *KDD* sono “correlazioni pure”, non precedute da una domanda alla quale il ricercatore vuole dare risposta: «*the emergence by pure aleatory statistical methods of a correlation has become in itself the pertinent information [...]. Things are going the other way around now: the detection of the correlation is the information [...] the qualitative shift lies in the fact that correlations and profiles get generated before any preceding interest or question*»<sup>121</sup>; iii) dalla combinazione di quanto sin qui rilevato deriva l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità, di dare spiegazione delle inferenze compiute dall'IA.

In sintesi: evolvendo e divenendo sempre più sofisticati in modo autonomo, elaborando ad una velocità irraggiungibile una mole di dati inaccessibile all'essere umano, gli algoritmi di IA scoprono nei dati stessi delle nuove, utili informazioni sotto forma, tuttavia, di non verificabili probabilistiche correlazioni, individuate attraverso inferenze non pienamente comprensibili, che inevitabilmente, dunque, sfuggono alla possibilità di un controllo.

Ebbene, tornando ora al tema della profilazione del consumatore, il “nuovo volto” che essa assume nel contesto appena delineato è presto disvelato.

---

<sup>119</sup> Cfr. L. MITROU, *op. ult. cit.*, p. 7 e p. 12 s.; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 16 s. Sull'autonomo miglioramento delle capacità dell'IA che “apprende” in via incrementale all'aumentare dei dati sui cui opera, efficace l'esempio, riportato in letteratura, di “Google traduttore” e del salto qualitativo che lo stesso ha realizzato e continua a realizzare grazie all'elaborazione di un *dataset* in continuo aumento: cfr. V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, cit., p. 57 ss.

<sup>120</sup> Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 18 e, diffusamente, V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *op. ult. cit.*, *passim* e spec. p. 73 ss.

<sup>121</sup> Così S. GUTWIRTH, M. HILDEBRANDT, *Some Caveats on Profiling*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT (a cura di), *Data Protection in a Profiled World*, Dordrecht, 2010, p. 33.

Quello che cambia rispetto al passato può, infatti, essenzialmente compendiarsi nelle analizzate caratteristiche della contemporaneità datizzata, ovvero il volume e la velocità: le imprese che fanno ricorso alla profilazione hanno a disposizione una quantità di dati personali senza precedenti, i quali vengono sottoposti, per le finalità di analisi e previsione di cui già si è detto, ad una forma di trattamento che, avvalendosi di sofisticati algoritmi di IA, può sinteticamente definirsi – così come lo definisce anche il legislatore europeo - “*automatizzato*”<sup>122</sup>.

Il moderno consumatore profilato è stato efficacemente definito «iperconnesso»<sup>123</sup> o «mediato»<sup>124</sup>: se le transazioni commerciali in presenza, “faccia a faccia”, non possono certamente dirsi scomparse, esse stanno tuttavia sempre più cedendo il passo a transazioni mediate dalla tecnologia<sup>125</sup>, dai sistemi informatici; attraverso tali mediate interazioni, il consumatore produce i dati che saranno poi raccolti e analizzati per la costruzione e l’applicazione del profilo.<sup>126</sup> Ma il consumatore rilascia e produce dati non solo quando “consuma”, quando si affaccia al mercato digitale mosso da un’intenzione di acquisto, poiché egli, come si è cercato di spiegare attraverso il concetto di

---

<sup>122</sup> Nella disciplina di cui al già citato GDPR, che pone il fondamentale quadro normativo di riferimento per il fenomeno in esame (e cui si guarderà più da vicino a breve), laddove all’art. 4, par. 1, n. 4, il legislatore europeo circoscrive la nozione di profilazione rilevante ai fini della disciplina medesima ai soli “trattamenti automatizzati”, dimostra invero di ritenere solo questi ultimi «meritevoli della protezione specifica prevista», prendendo ovvero a qualificata giuridica considerazione quei soli trattamenti di profilazione «fondati sulla raccolta massiva di informazioni che la tecnologia permette»; così, A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 423.

<sup>123</sup> F. DI PORTO, *Dalla convergenza digitale-energia l’evoluzione della specie: il consumatore “iperconnesso”*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2016, p. 56 ss.

<sup>124</sup> R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014, p. 996 ss., e spec. p. 1003 ss.

<sup>125</sup> Si rammenti il racconto (cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347) della giornata dell’uomo qualunque, che da *loquens* si fa *videns*, con cui si è aperto il capitolo.

<sup>126</sup> Come spiega R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., p. 1003 s., «*technology captures and retains intelligence on the consumer’s interaction with a given firm. Today, consumer interactions leave a record of the consumer’s behavior. A conservative list of information a commercial website might collect could include how many times the consumer has been to the website before; what website the consumer was visiting immediately before arriving; what pages the consumer visited, and for how long; what items the consumer purchased; what items the consumer almost purchased; where the consumer physically was; and what computer or browser the consumer was using*».

datizzazione, rilascia tracce digitali relative ai propri gusti, interessi, preferenze, spostamenti etc. in continuazione, non in quanto consumatore, bensì in quanto *persona* che si muove, agisce e interagisce all'interno di un contesto “tutto” mediato dalla tecnologia, di un ambiente che è tutto predisposto al rilascio ed alla raccolta di dati personali: dalle più diverse attività che vengono svolte in rete (l'utilizzo della posta elettronica, la navigazione attraverso i motori di ricerca, le interazioni sui *social network*...) mediante i più diversi dispositivi che accompagnano la vita quotidiana (*smartphone, tablet, pc*...), sino a quelle che, seppure svolte *offline*, sono “accompagnate” da dispositivi dotati di sensori (quelli che si sono chiamati IoT – si pensi ad esempio alla c.d. domotica o ai cc.dd. *wearable devices* impiegati per monitorare l'attività sportiva)<sup>127</sup>, una consistente parte di ogni aspetto della vita dell'individuo, nello svolgersi, produce dati.<sup>128</sup>

Questa immensa quantità di dati personali costituisce la materia prima di quei procedimenti che, per il tramite degli algoritmi di IA, conducono alla profilazione, ovvero alla costruzione e applicazione dei modelli di cui si diceva sopra; modelli che, per quanto sin qui detto, si connotano di almeno due caratteristiche: sono altamente dettagliati e costituiscono il risultato della individuazione di correlazioni “pure”, non necessariamente avvinte da spiegabili rapporti di causa-effetto.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Per una comprensiva analisi delle diverse fonti di generazione ed acquisizione dei dati impiegati nei processi di profilazione nel contesto *big data*, v. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 10 ss.

<sup>128</sup> Come efficacemente osserva A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, cit., p. 328: «il soggetto semplicemente vivendo e, quindi, inevitabilmente utilizzando (ed esistendo sul) la rete, per svolgere attività di tipo relazionale, per conseguire beni e servizi che soddisfino i suoi bisogni o semplicemente per acquisire informazioni, dissemina vere e proprie impronte digitali che, ancorché manifestative di tratti non sempre caratterizzanti la personalità dell'autore, rimangono impresse in modo tendenzialmente definitivo nella memoria digitale».

<sup>129</sup> Numerosi esempi di inaspettate e non causalmente spiegabili correlazioni sono forniti da E. SIEGEL, *Analisi predittiva. Sapere in anticipo chi clicca, compra, mente o muore*, Milano, 2015, *passim*: in merito, ad esempio, all'affidabilità creditizia, l'autore riporta che «se usate la carta di credito in un bar, è maggiore il rischio che saltiate pagamenti della carta; [...] se acquistate feltrini per le gambe delle sedie in modo che non righino il pavimento, il rischio è più basso» (*ivi*, p. 103).



Attraverso l'analisi incrociata di “tutti” i dati di “tutti” i consumatori, dalle (probabilistiche) correlazioni (non causalmente ricostruibili) rilevate dall'IA originano i profili, che una volta applicati al singolo consumatore che ne condivide le caratteristiche finiscono per attribuirgli *nuovi* dati: collocato in una certa categoria, a quest'ultimo finiscono, infatti, per essere attribuiti *tutti* i dati della categoria medesima.<sup>130</sup> Ancora e in altri termini, l'analisi compiuta dall'IA è in grado, pertanto, di far emergere informazioni non direttamente dichiarate dalla persona interessata dal trattamento di profilazione<sup>131</sup>, né da questa conosciute riguardo se stessa<sup>132</sup>; informazioni, peraltro si rammenti, dal carattere meramente *probabilistico* (il profilo rappresenta la *possibilità* che una certa individuata correlazione si ripresenti nella realtà cui viene applicato<sup>133</sup>). Insomma, già da tali brevi ultime considerazioni dovrebbero emergere con chiarezza le criticità che il procedimento in esame può presentare: se la profilazione, nei termini esaminati, guida le scelte di impresa e se, quindi, sulla base di questa il consumatore, collocato in una categoria invece che in un'altra

---

<sup>130</sup> Come incisivamente chiariscono S. GUTWIRTH, M. HILDEBRANDT, *Some Caveats on Profiling*, cit., p. 32, «*the knowledge produced is non-representational: it does not represent a current state of affairs. Profiles are patterns resulting of a probabilistic processing of data. They do not describe reality, but are detected in databases by the aggregation, mining and cleansing of data. They are based on correlations that cannot be equated with causes or reasons*». V. anche B. CUSTERS, *Profiling as Inferred Data. Amplifier Effects and Positive Feedback Loops*, in E. BAYAMLIOĞLU, I. BARALIUC, L. JANSSENS, M. HILDEBRANDT (a cura di), *Being Profiled. Cogitas Ergo Sum: 10 Years of Profiling the European Citizen*, Amsterdam, 2018, p. 112 ss.

<sup>131</sup> Questo risulta particolarmente problematico quando i nuovi dati inferiti costituiscono informazioni “sensibili” ai sensi dell'art. 9 GDPR. Riporta, in proposito, il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 17 che «possono essere scoperte correlazioni che forniscono indicazioni sulla salute, sulle convinzioni politiche o religiose oppure sull'orientamento sessuale delle persone, come dimostrato dal seguente esempio: uno studio ha combinato i “Mi Piace” di Facebook con informazioni limitate tratte da sondaggi e ha rilevato che i ricercatori hanno predetto con precisione l'orientamento sessuale di un utente maschile nell'88 % dei casi, l'origine etnica di un utente nel 95 % dei casi e se un utente era cristiano o musulmano nell'82 % dei casi». Cfr. anche B. CUSTERS, *Predicting Data that People Refuse to Disclose*, in *Privacy Observatory Magazine*, 2012, p. 1.

<sup>132</sup> Cfr., tra gli altri, M.S. GAL, *Algorithmic Challenges to Autonomous Choice*, in *Michigan Technology Law Review*, 2018, p. 68; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 161.

<sup>133</sup> Cfr. M. HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, cit., p. 21 s.

in forza di algoritmiche, probabilistiche e non verificabili inferenze, può risultare escluso dalla contrattazione o destinatario di condizioni contrattuali meno vantaggiose, ecco che si delinea un quadro all'interno del quale l'esercizio della libertà di cui all'art. 41, comma primo, Cost. può risultare in una compromissione di quei valori di cui al comma secondo della medesima disposizione che ne costituiscono il limite.<sup>134</sup>

Se è vero che l'ordinamento giuridico è funzionalmente chiamato a rispondere «a istanze (*recte* conflitti) sociali, a fatti che hanno già maturato un percorso di tipizzazione sociale»<sup>135</sup> e rispetto ai quali non può rimanere «muto»<sup>136</sup>, a pena di tradire, appunto, la propria funzione, ebbene, rispetto ai fenomeni del trattamento dei dati personali e della profilazione l'ordinamento ha “parlato”, ha colto l'importanza che essi hanno assunto nella realtà sociale e, consapevole al tempo stesso dei rischi che presentano, ha approntato una disciplina. In particolare, ci si riferisce al già menzionato Regolamento UE 2016/679, noto anche come *General Data Protection Regulation* (GDPR).

Nelle prossime pagine si cercherà di ricostruire, alla luce di tale normativa, il perimetro di liceità tracciato dal legislatore europeo rispetto al fenomeno in esame, non senza mettere in dubbio, in chiusura, se l'equilibrio da questa definito possa dirsi sufficiente a mettere al riparo il consumatore dai rischi che la profilazione presenta per la sua capacità di compiere una scelta che possa dirsi effettivamente libera e consapevole.

---

<sup>134</sup> Mirabili le parole di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, p. 324, che avverte: «il punto chiave, infatti, è rappresentato dall'emergere di una nuova razionalità, che coincide con una progressiva ritirata dell'intervento umano, sostituito dall'affidare una quantità crescente di dati personali all'autonoma capacità di elaborazione di computer che, sulla base di programmi statistici e attuariali, di modelli probabilistici, rendono possibili non semplici predizioni sui comportamenti futuri delle persone, ma vere e proprie costruzioni di identità. E queste possono diventare la rappresentazione che, poi, viene considerata vincolante ai fini delle decisioni riguardanti la persona da parte dei soggetti che producono quella rappresentazione o a essa possono avere accesso».

<sup>135</sup> Così R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 85.

<sup>136</sup> Cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 689; ID., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, *passim*.

## 9. La “doppia natura” del dato personale. Una disciplina all’insegna del bilanciamento e della gestione del rischio.

Dai discorsi sin qui svolti dovrebbe emergere con evidente chiarezza che la “materia prima” di cui si nutrono gli algoritmi di IA impiegati nelle operazioni di profilazione che guidano le scelte d’impresa è costituita dai dati personali degli stessi consumatori profilati: con immagine ormai tralattata e quasi abusata, ma senza dubbio evocativa, questi ultimi sono da tempo definiti come «il petrolio del terzo millennio»<sup>137</sup>, la risorsa imprescindibile di un vero e proprio processo produttivo. E come ogni altra materia prima, come ogni altra *merce*, anche i dati personali, quali risorse apprezzabili in termini patrimoniali, si fanno oggetto di scambio all’interno di un mercato.<sup>138</sup>

Ebbene, non può invero, a questo proposito, essere ignorato e omesso dalle considerazioni che si vanno conducendo il fatto che, presso la scienza giusprivatistica, tale connotazione economica e patrimoniale del dato personale, quale “bene” in senso proprio, ha faticato ad affermarsi e ad essere riconosciuta. Per lungo tempo, la dottrina ampiamente maggioritaria ha, infatti, collocato il tema della tutela dei dati personali, quali oggetto di un diritto fondamentale della persona (cfr. art. 8, CEDU e art. 8, Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE), esclusivamente nell’ambito della tutela dei diritti della personalità.<sup>139</sup> Con l’inferenza, dunque, visti i caratteri di indisponibilità e

---

<sup>137</sup> V., tra gli altri, V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, cit., p. 246; M. BOGNI, A. DEFANT, *Big data: diritti IP e problemi di privacy*, in *Il diritto industriale*, 2015 p. 117.

<sup>138</sup> In merito alla c.d. “patrimonializzazione” dei dati personali, vedasi, in particolare: A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1381; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, *ivi*, p. 23; ID., *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642; G. D’IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 634; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 760; ID., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., spec. p. 91 ss.; C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, p. 64 ss.

<sup>139</sup> Vigorose in proposito le critiche di V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., p. 25, nei confronti dell’atteggiamento adottato dalla dottrina maggioritaria all’indomani della L. n. 675/1996

inalienabilità che li connotano, della difficoltà a riconoscere l'esistenza di un'attività contrattuale avente ad oggetto questi ultimi e a identificare i medesimi dati come beni circolanti all'interno di un mercato.<sup>140</sup> Di qui, la qualificazione alla stregua di contratti "gratuiti" delle c.d. "*non monetary transactions*", ovvero di quegli accordi in forza dei quali un consumatore accede ad un bene o servizio digitale non sopportando un sacrificio consistente nel pagamento di un prezzo monetario, bensì cedendo, più o meno consapevolmente, al prestatore del bene o servizio stesso la possibilità di sfruttare i propri dati personali.<sup>141</sup>

Ma la difficoltà a riconoscere in queste operazioni dei contratti di scambio in senso proprio - degli accordi in cui «la prestazione di un bene o di un servizio all'interessato non è semplicemente l'occasione fattuale o una mera circostanza nella quale quello stesso interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali, ma rappresenta la ragione economica concreta dell'operazione [poiché] l'interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati al fine di ottenere un servizio digitale da parte dell'operatore economico [...], mentre l'operatore economico fornisce un bene/servizio digitale [...] al fine di poter sfruttare quella specifica ricchezza patrimonialmente valutabile che sono i dati personali dell'interessato»<sup>142</sup> - non ha caratterizzato quella sola tradizionale dottrina che vede nel dato personale (esclusivamente) un indisponibile attributo della persona, avendo trovato altresì sostegno, in tempi recenti, presso quelle stesse istituzioni dell'Unione Europea che meglio invece dovrebbero cogliere la realtà delle transazioni che

---

attuativa della Direttiva CE n. 95/46, la quale non avrebbe saputo cogliere la «possibilità» offerta da quest'ultima di ricostruire il fenomeno del trattamento dei dati personali «anche in chiave economica e di mercato», preferendo invece concentrarsi in via esclusiva sul tema della sfera morale della persona soggetta al trattamento.

<sup>140</sup> Cfr. R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., p. 89 (e la bibliografia *ivi* citata); G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., p. 638; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., p. 643.

<sup>141</sup> Sul tema, si veda in particolare A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, cit., p. 1381 ss.

<sup>142</sup> Così V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., p. 653.

avvengono nell'odierno mercato digitale. Ci si riferisce, segnatamente, al *European Data Protection Supervisor* (EDPS) che, nel parere reso nel marzo 2017 su quella che era, allora, la proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, si esprimeva contrario all'introduzione di una disposizione normativa (l'art. 3 della proposta di Direttiva) la quale, facendo uso del termine "controprestazione" andava a riconoscere sul piano del diritto positivo «*the idea that people can pay with their data the same way as they do with money*»; soluzione questa ritenuta dal Garante incompatibile con il dogma alla stregua del quale «*fundamental rights such as the right to the protection of personal data cannot be reduced to simple consumer interests, and personal data cannot be considered as mere commodity*».<sup>143</sup>

Ebbene, tali posizioni radicalmente (laddove esclusivamente) personaliste si pongono, tuttavia, come osservato dalla più attenta dottrina<sup>144</sup>, in discutibile contrasto con la realtà dei fatti, che da decenni conosce l'esistenza di un mercato, il quale deve considerarsi "primo artefice" di tale processo di *commodification* dei dati personali: «è quest'ultimo che opera l'assunzione di una risorsa a merce, nel momento in cui ravvisa, rispetto a essa, un valore d'uso e un valore di scambio, disponendola alla contrattualizzazione»<sup>145</sup>. Una realtà,

---

<sup>143</sup> EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 Marzo 2017, p. 3, reperibile al link [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu). In ossequio alle preoccupazioni manifestate in questo senso dal *Supervisor*, l'attuale art. 3, par. 2, Direttiva UE n. 2019/770 non menziona, rispetto ai contratti «in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico», il termine "controprestazione"; cionondimeno, risulta evidente la natura *onerosa e sinallagmatica* dell'operazione *contrattuale* così tipizzata dal legislatore europeo (sul punto, v., tra gli altri, R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 766 ss.).

<sup>144</sup> V. in particolare i diversi autori e contributi citati sopra alla nota 139.

<sup>145</sup> Così, R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., p. 94. Lo stesso autore prosegue osservando che «Con specifico riguardo ai dati personali, ben rappresentati come «frammenti di libertà», il fenomeno della loro mercificazione è ancor più evidente: è una pratica agevolmente osservabile quella della diffusa presenza di piattaforme elettroniche, applicazioni per *smartphone*, ecc., che consentono di scegliere a chi "cedere" i propri dati personali, ricevendo in cambio una remunerazione. Ma, in modo ancor più evidente, vi sono imprese la cui attività consiste nel determinare il valore di mercato dei dati personali e, in taluni casi, si estende anche all'indicazione dei soggetti interessati all'acquisto" e

questa dello scambio e dello sfruttamento dei dati personali, la quale, in considerazione di quanto ampiamente riportato nelle pagine precedenti, ben può dirsi oggi connotata dai caratteri della necessità e ineluttabilità<sup>146</sup> e di cui, insieme alle più recenti elaborazioni del formante dottrinale – stimulate anche dagli interventi degli ultimi anni del legislatore europeo – sta assumendo maggiore consapevolezza anche il formante giurisprudenziale.<sup>147</sup>

Deve quindi concludersi che, di fronte agli imperativi del mercato, il dato personale cessa di essere attributo della persona? Che il dato personale, assunto a merce e acquisita pertanto una considerazione in termini economici, perde i suoi connotati non patrimoniali e identitari? La risposta a questi retorici interrogativi è, all'evidenza, negativa. Il punto, a ben vedere, non è se i dati siano merci o attributi della persona perché, evidentemente, essi sono l'una e l'altra cosa.

---

conclude, di conseguenza, affermando che “spendere oggi argomenti teorici al fine di dimostrare il connotato di utilità economica e la commercializzazione delle informazioni personali pare del tutto superfluo» (ivi p. 95).

<sup>146</sup> In tempi in cui ancora dominava la prospettiva esclusivamente personalista di cui si è detto, bene coglieva questi aspetti, all'indomani della L. n. 675/1996 attuativa della Direttiva CEE 95/46, C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1049, che, con antesignana consapevolezza, riteneva di doversi collocare «il nuovo intervento legislativo [...] in un contesto nel quale il carattere decisamente mercantile assunto dal processo di circolazione delle informazioni si presenta con connotati di ineluttabilità» in considerazione del fatto che «l'interferenza nella sfera personale dei singoli non è più individuale e casuale, ma sistematica, necessaria e imprescindibile per la gestione di processi produttivi che hanno a loro volta assunto una dimensione globale» (ivi, p. 1059 s.).

<sup>147</sup> Vedasi Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Foro amm.*, 2020, p. 99, che, assunto come *dato di fatto* «il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali», ha imposto agli operatori di «rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazione che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network»; di qui, il Collegio ha ravvisato la sussistenza di una pratica commerciale ingannevole nel fatto che, a fronte del “claim” di gratuità del servizio offerto dalla piattaforma *Facebook*, il consumatore non venisse edotto con sufficiente chiarezza circa l'utilizzo commerciale dei dati forniti. Su tale pronuncia, sia consentito rinviare a B. PARENZO, *Dati personali come “moneta”. Note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020*, in *Jus civile*, 2020, p. 1364. Vedasi anche G. D'IIPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., spec. p. 650 ss.

La prospettiva di analisi che deve allora essere adottata è quella del contemperamento tra le opposte esigenze cui corrispondono tali confliggenti predicati del dato personale, l'uno che, "elevandolo" a bene dotato di un valore economico e reclamandolo come oggetto di scambio, lo vuole disponibile, l'altro che, non volendolo "degradato" a merce, lo consegna al crisma dell'indisponibilità. Ed è adottando tale angolo visuale, quello del contemperamento, che può invero essere ricostruito, raccogliendo l'insegnamento di un autore che ne valorizza con attenzione le parole utilizzate, anche il significato del parere dell'EDPS di cui sopra: i dati personali «possono essere interessati da un processo di mercificazione, [...] tuttavia, come giustamente puntualizza il Garante, essi non possono essere trattati come "mere" merci e il diritto alla loro protezione come "semplice" interesse dei consumatori; tant'è che gli attributi della persona – dalle informazioni che la riguardano, al nome, all'immagine, alla voce, ecc. – nel momento in cui assumono un apprezzamento economico vanno necessariamente collocati su un piano diverso da quello degli altri beni, proprio per la loro inerenza inscindibile all'identità della persona»<sup>148</sup>.

È precisamente in tale prospettiva di bilanciamento<sup>149</sup>, di contemperamento tra contrapposti interessi e valori (mercato e persona, libertà di impresa e

---

<sup>148</sup> R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., p. 111.

<sup>149</sup> Sul tema, affrontato tanto dalla letteratura di teoria generale del diritto quanto da quella civilistica, del bilanciamento tra principi e tra diritti e libertà fondamentali, la bibliografia è amplissima. Si rinvia, tra i numerosi, a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 9; E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 625; R. ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, p. 99; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 96 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 738 ss. Per quanto riguarda in particolare il bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e le c.d. "libertà fondamentali" su cui si fonda l'ordinamento eurounitario, vedasi G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in ID. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 20 ss.; A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impresa*, 2017, p. 586; F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona:*

protezione dei dati personali),<sup>150</sup> che il GDPR si pone come “disciplina quadro” del mercato dei dati personali, ovvero come disciplina generale sulla circolazione<sup>151</sup>, all’interno del c.d. mercato unico digitale, di quella particolare e imprescindibile risorsa che sono le informazioni personali, le quali, da un lato *devono* circolare e poter essere fatte oggetto di trattamento al fine del migliore funzionamento del mercato interno<sup>152</sup>, e tuttavia, dall’altro lato, nel momento in cui circolano, richiedono, in quanto attributi della persona e oggetto di un diritto fondamentale, peculiari garanzie di tutela.

---

*nuovi assetti nell’ordinamento europeo?*, in *Contr. impresa*, 2018, p. 190; ID., *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, Milano, 2018, p. 188 ss.

<sup>150</sup> Cfr. C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, cit., p. 39 s.: rilevato che «è la diretta utilizzazione dei dati personali nella attività di impresa come risorsa economica primaria, cui fa da corollario la sempre più pressante richiesta di una loro libera circolazione, la chiave di volta del sistema», l’autrice evidenzia come si sia spostato «il *focus* della disciplina dal “diritto alla protezione del dato personale”, al necessario *contemperamento* di questo diritto, non più considerato una “prerogativa assoluta”, con gli altri diritti e interessi sottesi al trattamento e alla circolazione dei dati»; aggiungendo, inoltre, che se è certamente vero, dall’un lato, che «il diritto all’autodeterminazione informativa e il diritto alla riservatezza e all’integrità dei sistemi informatici non sono, in verità, mai stati considerati diritti assoluti e in plurime occasioni sono stati resi oggetto di bilanciamento con interessi quali, ad esempio, la sicurezza nazionale, il diritto all’informazione e alla libertà d’espressione», è tuttavia, dall’altro lato, da ritenere che «la novità più rilevante del nuovo enunciato normativo risiede nella circostanza che il diritto alla protezione dei dati personali, “considerato alla luce della sua funzione sociale”, è esplicitamente riconosciuto come strumentale al soddisfacimento anche di interessi di matrice economica, coesenziali allo sviluppo del mercato unico».

<sup>151</sup> Rileva F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, cit., p. 57 s., nota 26, che benché il sintagma “libera circolazione dei dati” di cui al GDPR faccia espresso riferimento a una soltanto delle operazioni di trattamento - la circolazione -, lo stesso va tuttavia inteso «non in senso letterale, bensì come una *sineddoche*, nel senso che occorre riferirla a tutte le operazioni di trattamento».

<sup>152</sup> Il senso e la chiave di lettura dell’intervento normativo in parola sono essenzialmente racchiusi nel testo dell’art. 1, il quale, rubricato «oggetto e finalità», se al primo paragrafo, dando conto dell’oggetto, pone, in via descrittiva, la tutela della persona e la circolazione dei suoi dati, con equivalenza, sullo stesso piano («Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati»), diversamente al paragrafo terzo, mutando l’ordine dei termini, ne disvela, in via prescrittiva, le finalità: «La libera circolazione dei dati personali nell’Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali». Chiaro, anche, in questi termini il considerando 13: «[...] Per il buon funzionamento del mercato interno è *necessario* che la libera circolazione dei dati personali all’interno dell’Unione non sia limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali [...]». Per una lettura della citata disposizione di cui all’art. 1, par. 3, GDPR che, in combinato disposto con il considerando 4, riporta, per così dire, il baricentro della medesima dalla libertà di circolazione alla protezione dei dati personali, v. F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell’attività economica*, cit., p. 188 ss. e 210 s.



Il dato personale, in altri termini, nel momento in cui è reso oggetto di sfruttamento da parte di terzi, costituisce sì una risorsa disponibile, ma da “maneggiare con cura”: il trattamento di dati personali, e specialmente quel particolare tipo di trattamento automatizzato consistente nell’analisi e previsione che sfocia nella profilazione, è un’attività *rischiosa*, da cui, cioè, possono derivare potenziali conseguenze negative in capo al soggetto i cui dati sono oggetto di tale medesimo trattamento<sup>153</sup>. Come efficacemente sintetizza nelle sue Linee Guida sulla profilazione il Gruppo di Lavoro Articolo 29, «le persone fisiche potrebbero non sapere di essere profilate o non comprenderne le conseguenze. La profilazione può perpetuare stereotipi e la segregazione sociale. Può anche confinare una persona in una categoria specifica e limitarla alle preferenze suggerite per tale categoria. [...] In taluni casi, la profilazione può portare a previsioni imprecise, in altri al diniego di servizi e beni e a discriminazioni ingiustificate»<sup>154</sup>.

Invero, l’approccio incentrato sul rischio e sulla sua gestione, in una prospettiva di prevenzione di un danno, di cui in primo luogo deve farsi carico, divenendone *responsabile*, il soggetto che tale attività di trattamento vuole intraprendere (il c.d. titolare)<sup>155</sup>, è concordemente indicato dalla dottrina come «il nucleo centrale del nuovo quadro di tutela dei dati personali definito

---

<sup>153</sup> Cfr. il considerando 75 del GDPR: «I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: [...] in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l’analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l’affidabilità o il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; [...] se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati».

<sup>154</sup> GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679*, cit., p. 5 s.

<sup>155</sup> Sul c.d. principio di *accountability* si rinvia in particolare a G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 10 ss.; ID., *Il quadro d’insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 12 ss. Vedasi anche *infra*, cap. III, § 14 e la bibliografia *ivi* richiamata.

dall'Unione europea», «il filo conduttore generale della nuova disciplina introdotta dal Regolamento»<sup>156</sup>.

In sintesi, nel contesto di un'attività che, svolgendosi sul (e sfociando nel) trattamento di attributi della persona per finalità “di mercato”, vede contrapposti interessi potenzialmente confliggenti e si connota come fisiologicamente rischiosa, il legislatore europeo decide di adottare un approccio i cui pilastri fondanti devono rinvenirsi nel bilanciamento e nella valutazione e gestione del rischio: è pertanto alla luce e con la guida di questi interconnessi meccanismi – essi, infatti, si presuppongono e integrano a vicenda, fondandosi il bilanciamento sulla valutazione del rischio e quest'ultima, a sua volta, sul bilanciamento degli antagonisti interessi in gioco - che dovrà essere condotta l'analisi della disciplina in parola, funzionale ad una prima ricostruzione del quadro normativo riferibile alla profilazione.

Due sono, in particolare, gli elementi che vogliono essere messi in evidenza. Il primo: diversamente rispetto a quanto previsto dal precedente modello di cui alla Direttiva CE n. 95/46, fondato su un controllo “accentrato” in quanto svolto da un'autorità pubblica, terza ed “esterna” (il Garante), nel nuovo impianto predisposto dal Regolamento il bilanciamento e la valutazione del rischio vengono, per così dire, “decentrati”, essendo volta a volta operati, nei termini di cui si dirà, dai due soggetti direttamente coinvolti “dall'interno” nell'attività di trattamento, ovvero l'interessato e il titolare. Il secondo: rispetto ad un trattamento quale quello di profilazione, connotato da intrinseca

---

<sup>156</sup> Così, rispettivamente, A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 152 e R. TORINO, *La valutazione d'impatto (Data Protection Impact Assessment)*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 856. In generale, sulla centralità assunta da un modello regolatorio incentrato sulla gestione del rischio, tra gli altri, vedasi anche G. GIANNONE CODIGLIONE, *Risk-based approach e trattamento dei dati personali*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Padova, 2016, p. 70 ss.; L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, Milano, 2016, 232 ss.; L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 34 ss.

complessità, opacità e non controllabilità, le disposizioni di cui al GDPR presentano alcuni non irrilevanti limiti e problematicità.

#### **10. Condizioni di liceità del trattamento di profilazione. Il consenso dell'interessato e la centralità dell'informazione che lo deve sorreggere.**

Al pari di ogni altra forma di trattamento di dati personali, anche la profilazione deve trovare il proprio fondamento di legittimazione in almeno una delle alternative “condizioni di liceità” di cui all’art. 6 GDPR.<sup>157</sup>

Come efficacemente osservato da un autore, queste ultime devono essere meglio intese come «*criteri di selezione degli interessi* che l’ordinamento ha voluto privilegiare nelle dinamiche di bilanciamento tra contrapposte o concorrenti esigenze che entrano in rilievo in una fattispecie di trattamento di dati personali»<sup>158</sup>. In altri termini, con tale disposizione il legislatore europeo ha inteso precisamente individuare gli interessi per il perseguimento dei quali un’intromissione nella sfera personale del soggetto può considerarsi consentita, nonché le condizioni al ricorrere delle quali tali medesimi meritevoli interessi possono dirsi prevalere rispetto all’antagonista pretesa che vorrebbe il dato personale non entrare nella sfera di disponibilità altrui.

Ora, diversamente da quanto previsto per alcune condizioni di liceità – segnatamente, quelle di cui all’art. 6, lett. c), d) ed e) – in cui è lo stesso legislatore che, nel selezionare l’interesse in presenza del quale può avvenire il trattamento, lo qualifica al tempo stesso (nella misura in cui ricorra il requisito della necessità del trattamento medesimo) come prevalente, nel caso delle condizioni di liceità che vengono in rilievo come possibili basi giuridiche del trattamento di profilazione, tale valutazione è invece rimessa i) ora al soggetto interessato dal trattamento – se il fondamento di legittimità risiede nel

---

<sup>157</sup> Cfr. il considerando 72, ai sensi del quale «La profilazione è soggetta alle norme del presente regolamento che disciplinano il trattamento dei dati personali, quali le basi giuridiche del trattamento o i principi di protezione dei dati».

<sup>158</sup> Così F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impresa*, 2019, p. 38.

consenso reso da quest'ultimo ai sensi dell'art. 6, lett. a) – ii) ora al medesimo soggetto che ne definisce le finalità, ovvero il titolare del trattamento – nel caso di cui all'art. 6, lett. f).<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> Deve escludersi che la condizione di liceità di cui all'art. 6, lett. b), possa essere assunta come valida base giuridica per il trattamento di profilazione. Seppure, *prima facie*, sancendo la disposizione in parola la liceità del trattamento «necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte», sembrerebbe potersi senza difficoltà sussumere proprio in quest'ultima norma le ipotesi in cui il contratto veda dedotto in oggetto il trattamento di dati personali, ovvero tutte quelle fattispecie - sopra definite come “*non monetary transactions*” - in cui un consumatore concede, in cambio di un bene o servizio, il diritto all'utilizzazione dei propri dati personali; cionondimeno, come si diceva, deve escludersi che il fondamento di liceità del trattamento in esame possa risiedere nel menzionato art. 6, lett. b). Al fine di ricostruire il corretto significato di tale disposizione e supportare conseguentemente quanto appena riferito, risultano utili le indicazioni fornite dal GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE*, p. 20 ss., reperibile al [link www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu). In particolare, chiarisce il Gruppo di Lavoro che «in quest'ambito possono rientrare, per esempio, il trattamento dell'indirizzo dell'interessato affinché possa essere effettuata la consegna delle merci acquistate online o il trattamento degli estremi della carta di credito per l'esecuzione del pagamento. Nel contesto occupazionale, questo fondamento giuridico potrebbe permettere, per esempio, il trattamento di informazioni riguardanti lo stipendio e delle coordinate bancarie al fine di consentire il pagamento dei salari»: in altri termini, la disposizione fa chiaro riferimento non ad un trattamento che sia esso stesso esecuzione del contratto in quanto coincidente con la prestazione dedotta in oggetto, bensì ad un'attività *strumentale* all'adempimento della prestazione. Se il trattamento di dati personali viene dedotto in oggetto in cambio di una controprestazione, pare invero evidente che la corretta base giuridica debba essere rinvenuta, piuttosto, nel consenso manifestato al momento della conclusione del contratto. In ogni modo, il Gruppo di Lavoro, dopo avere affermato che «questa disposizione deve essere interpretata rigorosamente e non contempla le situazioni in cui il trattamento non è effettivamente *necessario* all'esecuzione di un contratto [...]», prende poi posizione rispetto al trattamento di profilazione per espressamente escluderlo dall'ambito di operatività della condizione di liceità in parola: «ad esempio, l'articolo 7, lettera b) [*n.d.r.* l'art. 6, lett. b)], non è un fondamento giuridico adeguato per creare un profilo dei gusti e delle scelte di stile di vita dell'utente sulla base della sequenza di clic che ha effettuato su un sito web e degli articoli che ha acquistato [...]. Anche se tali attività di trattamento sono espressamente menzionate in caratteri minuscoli nel contratto, questo fatto, da solo, non le rende “necessarie” all'esecuzione del contratto [...] Non sarà nemmeno possibile inviare materiale pubblicitario su iniziativa del rivenditore al dettaglio/responsabile [*n.d.r.* titolare] del trattamento sulla base di questo fondamento giuridico». Il parere conclude individuando quali eventuali basi di legittimità per la profilazione, appunto, quelle di cui alle lettere a) ed f) dell'art. 6: «In alcuni casi, fatte salve garanzie e misure adeguate e subordinatamente al soddisfacimento del test comparativo, un fondamento giuridico adeguato potrebbe essere rappresentato dall'articolo 7, lettera f), anziché dall'articolo 7, lettera b) [*n.d.r.* articolo 6, lettera f) anziché dall'articolo 7, lettera b)]. In altri casi, compresi quelli che comportano la creazione di profili completi, la condivisione dei dati, l'invio di materiale pubblicitario online o la pubblicità comportamentale, occorre prendere in considerazione il consenso di cui all'articolo 7, lettera a) [*n.d.r.* articolo 6, lettera a)]». L'esclusione della condizione di liceità di cui alla lett. b) come valida base giuridica per la profilazione è poi stata ribadita in ulteriori successivi documenti: cfr. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento*

Nell'ipotesi di cui all'art. 6, lett. a), GDPR la base giuridica del trattamento di dati personali è costituita dalla libera scelta del titolare dei dati medesimi: è lo stesso soggetto interessato dal trattamento che manifesta positivamente la propria volontà in ordine all'utilizzazione da parte di un soggetto terzo dei propri dati personali.

All'art. 4, n. 11, il GDPR fornisce, innovando rispetto alla precedente disciplina, una definizione di «consenso dell'interessato» che, al contempo, ne individua anche le caratteristiche che deve presentare per potersi considerare valido, consistendo in «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».<sup>160</sup> Ai sensi, poi, dell'art. 7, par. 3, GDPR tale consenso può essere revocato «in qualsiasi momento» e «con la stessa facilità con cui è accordato», non pregiudicando peraltro la revoca la liceità del trattamento effettuato prima della stessa: in altri termini, si tratta di un diritto esercitabile *ad nutum*, anche in assenza, dunque, di motivazione, e con effetti (evidentemente) *ex nunc*.<sup>161</sup>

---

2016/679, cit., p. 14 e EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Linee guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati, Versione 2.0*, 8 ottobre 2019, p. 12 e 16 s., reperibili al link [www.edpb.europa.eu](http://www.edpb.europa.eu).

<sup>160</sup> Per una puntuale ancorché sintetica analisi di ciascuno di tali requisiti, vedasi G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy, Commentario*, Milano, 2018, p. 78 ss.; F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., p. 52 ss.

<sup>161</sup> Cfr. G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy, Commentario*, cit., p. 82 s. È questo un diritto che, insieme agli altri diritti che garantiscono all'interessato un controllo sul trattamento delle proprie informazioni personali (artt. 15 ss. GDPR), discende direttamente dalla peculiare natura del dato personale di cui si è detto, il quale, se è vero che è suscettibile di una valutazione in termini economici, non cessa tuttavia di essere attributo della persona: in quanto tale, non è pensabile una sua cessione "definitiva", la quale, rispetto ai discorsi che si sono svolti *supra*, finirebbe invero per ridurre (inammissibilmente) il dato personale stesso ad una "mera" merce. In altri termini, ciò che quindi risulta cedibile al titolare del trattamento attraverso il (sempre revocabile) consenso è solo la possibilità di utilizzazione di quella particolare risorsa che sono i dati personali, la cui titolarità, però, irrinunciabile, non può che permanere in capo al soggetto interessato (cfr. R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., *passim*).

Ora, quello che in questa sede più preme evidenziare è il carattere *informato* del consenso, il quale può ritenersi validamente prestato solo laddove il titolare del trattamento sia in grado di dimostrare (in quell'ottica di responsabilizzazione di cui si diceva; cfr. artt. 7, par. 1, e 5, par. 2, GDPR) che l'interessato abbia precisamente compreso quello cui acconsente.

Invero, da più parti è stato rilevato come l'opacità e la mancanza di consapevolezza che connotano tanto il momento di raccolta delle informazioni quanto la successiva fase di elaborazione del profilo costituiscano alcuni degli aspetti più problematici del trattamento di profilazione<sup>162</sup>: di qui, la centralità del c.d. principio di trasparenza di cui all'art. 5, par. 1, lett. a), GDPR e delle sue declinazioni nei diritti di informazione di cui agli artt. 12 ss. In particolare, è previsto l'obbligo per il titolare del trattamento di fornire all'interessato, «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro» (cfr. art. 12), una serie di informazioni relative, tra l'altro, a: le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali (le quali, si ricorda, ai sensi dell'art. 5, lett. b), devono essere «determinate, esplicite e legittime»); gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati; il periodo di loro conservazione; i diritti esercitabili dall'interessato; l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, e «almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata<sup>163</sup>, l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato» (cfr. art. 13, par. 2,

---

<sup>162</sup> Sul punto, v. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 5; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., *passim*; A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, cit. p. 415 s. Tale ultima autrice efficacemente rileva a questo proposito che «nella profilazione l'interessato ha a che fare con rappresentazioni della sua persona, a lui stesso sconosciute, create sulla base di criteri altrettanto ignoti, che spesso si rivelano solo nel momento in cui la conseguenza della profilazione si riversa sulla persona, ad esempio quando le viene rifiutato un credito, un accesso a un servizio, o le viene attribuita una richiesta tariffaria svantaggiosa».

<sup>163</sup> Sul significato di tale indicazione normativa, si tornerà *infra* in questo capitolo al § 13 e al cap. III, § 12.

lett. f <sup>164</sup>; in questo senso, si veda anche il considerando 60, che, dopo aver sancito che «i principi di trattamento corretto e trasparente implicano che l'interessato sia informato dell'esistenza del trattamento e delle sue finalità», specifica che questi deve altresì «essere informato dell'esistenza di una profilazione e delle conseguenze della stessa»).

In sintesi, si può così dire presto delineato il quadro delle informazioni in virtù delle quali, nel momento in cui il titolare del trattamento raccoglie presso l'interessato dati personali per finalità di profilazione, quest'ultimo viene messo nelle condizioni di essere reso consapevole non soltanto dell'esistenza di tale forma di trattamento, ma anche delle sue modalità e finalità, nonché, quindi, delle possibili conseguenze che da tale medesimo trattamento possono derivare.

Informato e, dunque, *consapevole*, l'interessato presta il proprio consenso a che il titolare del trattamento utilizzi i suoi dati personali per profilarlo: nei termini di cui sopra, il consenso, pertanto, altro non è se non il risultato di una valutazione del rischio, demandata, in tale ipotesi di cui all'art. 6, lett. a), a quel medesimo soggetto che a tale rischio si espone e che si fa così arbitro del bilanciamento di cui si diceva.

Ebbene, a quest'ultimo riguardo, è tuttavia opportuno sin da subito denunciare un aspetto non poco problematico sul quale, più avanti<sup>165</sup>, sarà necessario tornare a soffermarsi. La ricostruzione che, confortata dai dati normativi richiamati, rende l'interessato arbitro di un bilanciamento fondato su una consapevole valutazione del rischio risulta, laddove messa a confronto con le evidenze empiriche, del tutto illusoria e fuorviante. Alla prova dei fatti, chi è richiesto di esprimere il consenso, ormai sempre più spesso con modalità “*point and click*”, o non comprende o non legge affatto l'informativa, troppo

---

<sup>164</sup> Analoghe previsioni sono quelle di cui agli artt. 14, par. 2, lett. g) e 15, par.1, lett. h), le quali trovano rispettivamente applicazione nelle ipotesi in cui i dati oggetto di trattamento non siano stati ottenuti presso l'interessato e in cui l'interessato abbia esercitato il c.d. diritto di accesso chiedendo al titolare «la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano».

<sup>165</sup> Cfr. cap. III, § 2 ss.

lunga e tecnica. Muovendosi all'interno di una dimensione, quella di Internet, che si svolge all'insegna della velocità e dell'immediatezza, l'utente interessato è subissato da un profluvio di richieste di consenso che per essere comprese impongono, alla luce del loro consistente bagaglio informativo, un tempo che non si concilia con quella dimensione di immediatezza ed istantaneità in cui si inseriscono: assuefatto a tali richieste, l'interessato, con quasi automatico gesto, questo sì istantaneo, finisce per “spuntare la casella” e manifestare così la sua “inequivoca volontà” senza realmente comprendere, senza effettivamente valutare i rischi, senza davvero ponderare e quindi arbitrare il bilanciamento degli interessi in gioco.<sup>166</sup>

### **11. *Segue.* L'interesse legittimo del titolare del trattamento: condizione di liceità del trattamento di profilazione?**

L'art. 6, lett. f), GDPR prevede espressamente il compimento di un'operazione di bilanciamento, realizzata, questa volta, non dal soggetto i cui dati vengono trattati, bensì dalla parte che ha interesse a trattarli: senza che rilevi il consenso dell'interessato, il Regolamento considera lecito il trattamento dei suoi dati personali nella misura in cui sia «necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

Il soggetto che, per il perseguimento di un proprio “legittimo interesse”, intenda trattare dati personali altrui è chiamato, dunque, da tale disposizione ad effettuare un “test comparativo”<sup>167</sup> tra il proprio interesse e gli interessi o i

---

<sup>166</sup> Su tali questioni, per il momento solo accennate, vedasi, tra gli altri, A. MANTELERO, *Children online and the future EU data protection framework. Empirical evidences and legal analysis*, in *International Journal of Technology Policy & Law*, 2016, p. 169; ID., *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 289, spec. p. 293 s. V. anche AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 94.

<sup>167</sup> In questi termini si esprime il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE*, cit., *passim*.



diritti e le libertà fondamentali della persona i cui dati voglio farsi oggetto del trattamento, il quale potrà pertanto considerarsi lecito solo laddove, all'esito di tale valutazione, il primo dovesse risultare prevalente rispetto ai secondi.

Evidentemente, in via preliminare risulta quindi necessario domandarsi se la profilazione possa o meno essere qualificata alla stregua di un legittimo interesse del titolare del trattamento. Ebbene, a tale interrogativo può essere data una risposta in senso sicuramente affermativo non soltanto alla luce delle ampie considerazioni già svolte sopra (ove si è cercato di dimostrare come la profilazione, in definitiva, costituisca altro se non uno strumento funzionale e servente al migliore esercizio della libertà di impresa di cui all'art. 41, comma primo, Cost.), ma anche in forza di alcuni inequivoci dati normativi di cui allo stesso Regolamento.

In particolare, oltre al dettato del considerando 47, che a chiare lettere spiega che «può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di marketing diretto» (rispetto al quale la profilazione può senza dubbio dirsi costituire «decisivo momento prodromico»<sup>168</sup>), viene altresì in rilievo l'art. 21 GDPR, relativo al c.d. diritto di opposizione dell'interessato: la norma prevede che tale diritto – esercitato il quale è fatto divieto al titolare, salva la sussistenza di prevalenti «motivi legittimi cogenti» (di nuovo, occorrerà procedersi ad un bilanciamento), di trattare ulteriormente i dati personali – possa essere azionato dall'interessato rispetto «al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), *compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni*».<sup>169</sup> In altri termini, se la profilazione è espressamente menzionata quale trattamento al quale l'interessato può opporsi e che trova fondamento nell'art. 6, lett. f), è più che agevole inferire *a contrario* che la profilazione medesima può ben integrare

---

<sup>168</sup> Così O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., p. 611.

<sup>169</sup> Peraltro, mentre ai sensi del citato paragrafo 1 l'interessato dovrà dimostrare che l'opposizione al trattamento trova giustificazione in «motivi connessi alla sua situazione particolare», ai sensi del successivo paragrafo 2, laddove i dati siano «trattati per finalità di marketing diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento», senza dunque la necessità di addurre motivazioni specifiche (sul punto, cfr., tra gli altri, A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, cit. p. 428 s.).

quel legittimo interesse per il perseguimento del quale il titolare potrà lecitamente trattare i dati dell'interessato a prescindere dal suo consenso, a condizione, però, che sia stato positivamente esperito il "test comparativo" di cui si diceva.

Appurato che il trattamento di profilazione integra un legittimo interesse del titolare, la questione centrale da dipanare si individua allora nel come debba essere effettuato il bilanciamento tra questo ed i contrapposti interessi del soggetto i cui dati si vogliono trattare; in altri termini, occorre interrogarsi circa il nesso di *proporzionalità* che deve sussistere tra l'esercizio del primo e la compressione dei secondi: mancando tale rapporto di proporzionalità, il trattamento effettuato invocando la condizione di liceità in parola dovrà considerarsi illegittimo.

Ebbene, alcune importanti, operative indicazioni in questo senso vengono fornite dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, che nel Parere 6/2014, «sul concetto di interesse legittimo», individua una serie di fattori e indici di cui occorre tenere conto nella effettuazione del bilanciamento in parola.<sup>170</sup> Ai presenti fini, risultano di immediato interesse le considerazioni che il Gruppo di Lavoro svolge intorno i) alla valutazione dell'impatto del trattamento e ii) alle modalità di trattamento dei dati; considerazioni che, per la loro chiarezza, si ritiene utile testualmente riportare di seguito: i) «nel valutare l'impatto del trattamento, occorre considerare le conseguenze sia positive che negative. Queste possono comprendere potenziali azioni o decisioni future di terzi nonché situazioni in cui il trattamento potrebbe comportare l'esclusione o la discriminazione di persone o, in senso più ampio, situazioni in cui esiste il rischio di danneggiare [...] il potere negoziale o l'autonomia dell'interessato»<sup>171</sup>; ii) circa le modalità di trattamento dei dati, poi, «potrebbe essere necessario esaminare [...] se grandi quantità di dati personali sono trattate o combinate con altri dati (per

---

<sup>170</sup> V. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE*, cit., p. 40 ss. A titolo esemplificativo, vengono menzionati la natura dei dati trattati, le ragionevoli aspettative degli interessati circa il trattamento, lo *status* del titolare del trattamento e dell'interessato.

<sup>171</sup> ID., p. 44.

esempio, nel caso dell'elaborazione di profili, a fini commerciali o per altri scopi). Dati apparentemente innocui, se trattati su vasta scala e combinati con altri dati, potrebbero dare luogo a deduzioni su dati più sensibili [...] tale analisi potrebbe anche dare luogo a strane, imprevedute e talvolta anche errate previsioni, per esempio riguardo al comportamento o alla personalità delle persone interessate. A seconda della loro natura e dell'impatto che possono avere, queste previsioni potrebbero essere estremamente invasive per la vita privata dell'interessato»<sup>172</sup>.

Ebbene, se in tali situazioni esemplificativamente individuate dal Gruppo di Lavoro, a fronte di un evidente sbilanciamento tra l'interesse legittimo del titolare, da una parte, e i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, dall'altra, un nesso di proporzionalità non può dirsi sussistere, sembra allora doversi concludere che tale medesimo nesso di proporzionalità manchi, più in generale, in tutti quei casi in cui il titolare effettui un trattamento di profilazione particolarmente "spinto" ed intrusivo, risultante nella (non verificabile) elaborazione di profili altamente dettagliati, granulari e dal potenziale notevole impatto sui soggetti profilati: in altri termini, stando perlomeno alle indicazioni fornite dal Gruppo di Lavoro, la condizione di liceità in parola non sembrerebbe compatibile con la profilazione di cui al "contesto *big data*" sopra esaminato<sup>173</sup>, la quale pertanto non potrebbe che trovare nel solo consenso dell'interessato la propria base di legittimazione.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> ID., p. 46 s.

<sup>173</sup> Tale conclusione viene confermata anche nelle successive Linee Guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione, ove il Gruppo di Lavoro, richiamando il parere in oggetto, sostiene, appunto, che «sarebbe difficile per il titolare del trattamento giustificare il ricorso al legittimo interesse come base legittima per pratiche intrusive di profilazione e tracciamento per finalità di marketing o pubblicità, ad esempio quelle che comportano il tracciamento di persone fisiche su più siti web, ubicazioni, dispositivi, servizi o l'intermediazione di dati»; così, GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 16.

<sup>174</sup> Alla medesima conclusione, pure richiamando le citate Linee Guida del Gruppo di Lavoro Articolo 29, giunge anche C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 55 s.

## **12. I diritti di accesso, rettifica e cancellazione: la loro (difficile) esercitabilità rispetto al profilo.**

Si è sopra messo in evidenza che, se il dato personale può essere fatto oggetto di trattamento da parte di terzi, esso tuttavia non può essere, in quanto attributo della persona e oggetto di un diritto fondamentale, “ceduto” in via definitiva: il titolare del dato che attraverso il consenso abbia istituito in capo al terzo titolare del trattamento un diritto alla sua utilizzazione può in qualsiasi momento e senza necessità di addurre giustificazione alcuna rientrarne in “piena” titolarità attraverso la revoca.

Ma non è questa la sola facoltà attribuita all’interessato. Il diritto fondamentale alla tutela dei propri dati personali trova invero esplicazione e declinazione non soltanto “in negativo”, ovvero nella misura in cui il titolare del dato può porre termine al trattamento (peraltro, si noti, solo se questo trova il proprio fondamento di legittimità nel consenso), ma anche “in positivo”, attraverso l’attribuzione all’interessato di una serie di prerogative la cui *ratio* è quella di garantirgli la possibilità, *in corso di trattamento*, «di seguire, controllare e indirizzare la circolazione delle proprie informazioni di carattere personale»<sup>175</sup>. Ci si riferisce ai «diritti dell’interessato»<sup>176</sup> di cui al capo III del GDPR e, in particolare, ai diritti di accesso (art. 15), rettifica (art. 16) e cancellazione (art. 17): nell’architettura della disciplina eurolunitaria, costruita attraverso un bilanciato sistema di pesi e contrappesi, il titolare del dato personale, che viene “messo a disposizione” di terzi per essere trattato, non soltanto non si spoglia mai della titolarità degli stessi, ma neppure ne perde il controllo; i dati personali, pur trattati da terzi, non escono mai dalla sfera di controllabilità del

---

<sup>175</sup> F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 394.

<sup>176</sup> Non interessa in questa sede ripercorrere il dibattito circa la natura di queste situazioni giuridiche soggettive attribuite all’interessato, che – in sintesi - ha visto contrapposte la posizione di chi vi vede dei veri e propri diritti soggettivi e quella di chi invece vi ravvisa dei “meri” interessi legittimi. Per una sintetica, ma chiara ricostruzione del tema, cfr. F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all’oblio*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 354 ss.

loro titolare, il quale, munito dei menzionati diritti, vuole così essere reso «*compartecipe* nell'utilizzazione dei propri dati personali»<sup>177</sup>.

In ossequio al già menzionato principio di trasparenza (di cui all'art. 5, lett. a), GDPR), l'art. 15 consente all'interessato di conoscere di un trattamento già in corso e dei dati trattati, tanto quindi sul presupposto che questi siano stati presso di lui raccolti, quanto nel caso in cui siano stati raccolti presso terzi (e quindi anche in assenza di consenso): la disposizione attribuisce, infatti, all'interessato il diritto di «ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali» e ad una serie di informazioni relative al trattamento.<sup>178</sup> Acquisita contezza rispetto ad un trattamento in corso e ai dati che ne costituiscono oggetto, l'interessato che ne dovesse constatare l'inesattezza (cfr. art. 5, lett. d), GDPR), si vede attribuito dall'art. 16, in quella logica “compartecipativa” di cui si diceva, il potere di intervenire attivamente sul trattamento medesimo esercitando il «diritto di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano» e «di ottenere l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa». Infine, ai sensi dell'art. 17, l'interessato può altresì ottenere la cancellazione da parte del titolare del trattamento dei dati che lo riguardano al ricorrere di una delle alternative condizioni di cui alle lettere a) - f) del paragrafo primo della disposizione medesima. Tra le altre, è previsto

---

<sup>177</sup> F. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 345, il quale richiama Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Foro it.*, 2013, 1, I, 305.

<sup>178</sup> In particolare, le informazioni incluse nel diritto di accesso di cui all'art. 15 GDPR sono: «a) le finalità del trattamento; b) le categorie di dati personali in questione; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; d) quando possibile, il periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento; f) il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; g) qualora i dati non siano raccolti presso l'interessato, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine; h) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

che la cancellazione possa essere chiesta, salvo non sussista altra condizione di liceità del trattamento, nel caso in cui l'interessato abbia revocato il proprio consenso (cfr. art. 17, lett. b).

Tanto genericamente premesso in merito alle fondamentali facoltà di cui dispone l'interessato rispetto ad un trattamento dei propri dati personali, quello che qui, evidentemente, interessa è di testarne la tenuta rispetto al trattamento di profilazione.

Ora, in primo luogo: se è chiaro che l'interessato può ottenere l'accesso, la rettifica e la cancellazione dei propri dati personali, non è in effetti altrettanto evidente che egli possa ottenere l'accesso, la rettifica e la cancellazione del proprio profilo. Tale possibilità passa, infatti, per la necessità di qualificare quest'ultimo alla stregua di un "dato personale".

Ebbene, le posizioni in merito rinvenibili sono due. Secondo alcuna dottrina<sup>179</sup>, il profilo non gode di tale *status*. Come, infatti, sopra messo in rilievo, il profilo non è il risultato della mera "algebraica" sommatoria dei dati personali del soggetto; esso è piuttosto l'esito di complesse (e non linearmente verificabili), autonome ed automatiche elaborazioni compiute da sofisticati algoritmi di IA che, rinvenendo correlazioni nascoste all'interno di un *dataset* costituito da un innumerevole quantitativo di dati – non tutti necessariamente personali in quanto non tutti necessariamente riferibili al soggetto profilato –, pervengono alla creazioni di *nuovi dati*, non direttamente forniti dal soggetto né da questo indirettamente prodotti<sup>180</sup>, bensì, appunto, autonomamente *inferiti* dall'algoritmo. Tali nuovi, inferiti dati, inoltre, potrebbero avere una portata

---

<sup>179</sup> Cfr., in particolare, M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, cit., p. 50; S. GUTWIRTH, M. HILDEBRANDT, *Some Caveats on Profiling*, cit., p. 35 ss.; B. CUSTERS, *Profiling as Inferred Data. Amplifier Effects and Positive Feedback Loops*, cit., p. 112 ss. V. anche, sul tema, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, p. 1, spec. p. 22 ss.

<sup>180</sup> Laddove con "direttamente forniti" si intendono quei dati che vengono espressamente comunicati dall'interessato (quali, nome, cognome, *email* etc. all'atto, ad esempio, di iscrizione ad un *social network*), mentre con "indirettamente prodotti" ci si riferisce ai dati che il soggetto "rilascia" quando opera in rete, pur senza espressamente comunicarli (si pensi, ad esempio, alla cronologia di navigazione).

non meramente ed oggettivamente descrittiva del soggetto cui si riferiscono, ma valutativa, soggettiva e predittiva: si pensi all'esempio del richiedente un finanziamento, il quale, all'esito delle operazioni algoritmiche di profilazione, venga classificato come "debitore non affidabile". In sintesi, dunque, vi è chi dubita che tali dati, autonomamente inferiti dall'IA (e quindi da sistemi di elaborazione peraltro tutelati dal segreto industriale) e dalla valenza più predittiva che descrittiva, possano considerarsi "appartenere" al soggetto cui, purtuttavia, sono destinati ad essere applicati.<sup>181</sup>

Il Parere 4/2007 «sul concetto di dati personali» elaborato dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 perviene invece alla soluzione opposta, invero preferibile, sia in quanto fondata su di un'attenta interpretazione del dato normativo sia poiché, in un'ottica di maggiore effettività<sup>182</sup>, permette di ampliare l'ambito di operatività dei diritti in parola.

Soffermandosi il parere sull'analisi di ogni lemma della definizione di «dato personale» di cui all'art. 2, lett. a), dell'allora Direttiva CE n. 95/46 (oggi rinvenibile all'art. 4, n. 1, GDPR), rilevano in particolare le considerazioni svolte intorno ai significati da attribuire alle locuzioni «qualsiasi informazione» e «concernente».

Circa la prima, rilevata una chiara volontà da parte del legislatore europeo «di definire un ampio concetto di dati personali», rispetto al quale, dunque, ampia ne deve essere anche l'interpretazione, si afferma che tale nozione «può quindi includere informazioni "oggettive" [...] ma anche informazioni "soggettive"

---

<sup>181</sup> Si tratta di una posizione – incidentalmente – sostenuta anche da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., p. 49, ove l'autore afferma: «Ebbene, in questo caso dovremmo ritenere che si assiste alla produzione di un nuovo bene, una nuova informazione ricavata dal dato personale quale "frutto" del suo sfruttamento, che è ormai sganciata dalla dimensione del dato personale secondo la definizione normativa. Su questa nuova informazione sorge in via originaria un diritto esclusivo del titolare».

<sup>182</sup> Sull'amplicissimo tema del principio di effettività, tra i numerosi, vedasi: E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071.

come *opinioni o valutazioni*»<sup>183</sup>. Se già questo, forse, potrebbe bastare a qualificare il profilo come un dato personale, l'analisi compiuta sulla seconda locuzione rimuove ogni eventuale dubbio residuo. Al fine di stabilire quando l'informazione "concerne" una persona, il parere individua tre alternativi elementi, relativi a "*contenuto*", "*finalità*" e "*risultato*". Se il primo corrisponde al «senso più ovvio e più diffuso della parola "concernere" [per cui] un'informazione "concerne" una persona quando la riguarda»; gli altri due risultano, ai presenti fini, risolutivi: l'elemento della "*finalità*" «può essere considerato presente quando i dati sono usati o lo saranno probabilmente, tenendo conto di tutte le circostanze del caso di specie, al fine di *valutare, trattare in un dato modo o influire* sullo stato o sul comportamento di una persona»; il "*risultato*" si riferisce invece alle situazioni in cui l'utilizzo di dati, che non riguardano direttamente il soggetto, può nondimeno «avere un impatto sui diritti e sugli interessi di quella persona, [...] trattata in modo diverso rispetto ad altre in seguito al trattamento di tali dati»<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Chiari e, ai presenti fini, decisamente rilevanti gli esempi riportati nel parere circa le «opinioni o valutazioni» qualificabili alla stregua di dati personali: «Quest'ultimo tipo di informazioni rappresenta un'ampia parte del trattamento dei dati personali nei settori bancario, per la valutazione dell'affidabilità di chi richiede un prestito ("Tizio è un cliente affidabile") e assicurativo ("Tizio probabilmente non morirà presto"), o nel mercato del lavoro ("Tizio è un buon lavoratore e merita una promozione"). Perché l'informazione diventi un 'dato personale' non è necessario che sia vera o dimostrata»; così, GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, cit., p. 6. Ulteriore, efficace esempio è quello del «disegno di un bambino»: «Nell'ambito di un test neuropsichiatrico ai fini di un procedimento giudiziario per l'affidamento di una bambina, è stato presentato un suo disegno dei familiari. Il disegno dà informazioni sullo stato d'animo della bambina e sui suoi sentimenti per i diversi membri della famiglia. Queste informazioni possono di per sé costituire "dati personali" in quanto rivelano informazioni sulla bambina (la sua salute mentale), ma anche sul comportamento della madre o del padre. I genitori possono quindi, in questa fattispecie, esercitare il diritto di accesso a tale informazione specifica» (*ivi*, p. 8).

<sup>184</sup> *Id.*, p. 10 s. Il parere ulteriormente chiarifica: «la stessa informazione può concernere simultaneamente persone diverse, a seconda dell'elemento presente in relazione a ciascuna di esse: può concernere Tizio per via dell'elemento di "contenuto" (i dati riguardano chiaramente Tizio), e Caio per via dell'elemento di "finalità" (sarà usata al fine di trattare Caio in un determinato modo) e Sempronio per via dell'elemento di "risultato" (avrà un probabile impatto sui diritti e sugli interessi di Sempronio). In altri termini, non è necessario che i dati siano "focalizzati" su una persona perché si possano considerare concernenti tale persona» (*ivi*, p. 11 s.).



Alla luce di tale estensiva interpretazione, lo stesso Gruppo di Lavoro, nelle successive Linee Guida sulla profilazione, non incontra dunque difficoltà nel sostenere la possibilità di: i) accedere «alle informazioni sul profilo e ai dettagli dei segmenti nei quali l'interessato è stato inserito», ii) rettificare «l'esattezza dei dati utilizzati e qualsiasi raggruppamento o categoria applicata»; iii) cancellare «tanto i “dati personali di input” (i dati personali utilizzati per creare il profilo) quanto i “dati di output” (il profilo stesso o il “punteggio” assegnato alla persona fisica)»<sup>185</sup>.

Superato, quindi, sul piano astratto, il problema della qualificabilità del profilo alla stregua di un dato personale, occorre cionondimeno rilevare che diverse sono le difficoltà riscontrabili rispetto all'esercizio, sul piano concreto, dei diritti menzionati.

Cominciando dall'ultimo e andando a ritroso, tracciando così un percorso a “difficoltà crescenti”, circa il diritto alla cancellazione è agevole osservare come questo trovi un forte limite, in termini di soddisfazione dell'interesse sotteso alla cancellazione medesima, nel contesto “*big data*” in cui è destinato ad essere esercitato. In un contesto, ovvero, dinamico, fluido, fisiologicamente connotato da ubiquità, in cui il consumatore è costantemente seguito nelle sue navigazioni, costantemente tracciato da molteplici entità e in cui plurimi soggetti raccolgono, analizzano, elaborano e scambiano dati e profili, risulta persino retorico chiedersi se la richiesta di cancellazione del profilo rivolta ad un titolare del trattamento possa dirsi sufficiente a farlo “scompare”.

Se rispetto al diritto alla cancellazione le problematiche riscontrabili possono, pertanto, in qualche modo definirsi “estrinseche”, quanto al diritto di rettifica la criticità è invece tutta “intrinseca”. La rettifica, infatti, postula un'inesattezza, e quindi, nel caso del profilo, una non corretta elaborazione dei

---

<sup>185</sup> GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 19. In dottrina, aderiscono a tale posizione O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., p. 596 ss.; C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 701 s.

dati, un trattamento che perviene alla creazione di nuove, inferite informazioni, le quali si assumono essere non veritiere. E tuttavia si pone, all'evidenza, un tema di verificabilità: se il diritto in parola può certo trovare soddisfazione nel caso di inesattezze "oggettive" (si pensi ad una data di nascita, ad un nome o ad un indirizzo *email* non corretti), ben più arduo – se non impossibile – ne risulta l'esercizio quando si ha a che fare con un profilo, il quale, come ampiamente già evidenziato, consiste di probabilistiche e non agilmente verificabili inferenze a carattere più predittivo che descrittivo (di nuovo, si pensi al caso del "debitore non affidabile"); in altri termini, come può assumersi l'inesattezza di una non verificabile e intrinsecamente "non oggettiva", probabilistica inferenza predittiva? Alla luce di tali osservazioni, la portata del diritto in parola ne esce drasticamente ridotta, dovendosi concludere nel senso che – oltre, naturalmente, alla possibilità di chiedere l'integrazione dei dati – al più, sarà possibile per l'interessato chiedere la rettifica dei soli dati "in entrata", ovvero di quelli a partire dai quali il profilo è stato elaborato.

Circa infine il diritto di accesso, se l'art. 15, par. 3, impone al titolare, a fronte di una richiesta dell'interessato, di fornire una copia dei dati personali oggetto di trattamento e se, come visto, questi ultimi includono tanto i dati utilizzati come *input* per creare il profilo quanto i nuovi dati da quelli inferiti, dall'altra parte il par. 4 della medesima disposizione sancisce che «il diritto di ottenere una copia di cui al paragrafo 3 non deve ledere i diritti e le libertà altrui». In altri termini, l'accesso al profilo risulta condizionato all'esito favorevole di un – torna nuovamente questo "congegno" - bilanciamento, da compiersi tra il medesimo interesse all'accesso e gli eventualmente confliggenti diritti e libertà del titolare del trattamento (che potrebbe opporre, anche ai sensi del considerando 63, il segreto industriale o un diritto di proprietà intellettuale<sup>186</sup>) o di altri soggetti interessati (i cui dati personali potrebbero essere coinvolti nelle operazioni di profilazione del soggetto richiedente l'accesso). In ogni

---

<sup>186</sup> Sebbene, in proposito, occorra comunque obiettare che lo stesso considerando 63 chiarisce che «tali considerazioni non dovrebbero condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni».

caso, ovvero anche laddove all'esito di tale bilanciamento l'interessato riuscisse ad ottenere accesso al profilo, non può, di nuovo retoricamente, non osservarsi: se la profilazione avviene attraverso il trattamento e la (nuova) elaborazione di una quantità di dati "big", che beneficio può trarre l'interessato? Di fronte ad un'immensa quantità di informazioni, il soggetto è davvero in condizione di *conoscere* il proprio profilo?

### **13. Le (poche) disposizioni che si occupano delle conseguenze dell'attività di trattamento dei dati: valutazione d'impatto e divieto di decisioni automatizzate.**

Il GDPR detta una disciplina primariamente dedicata all'*attività* di trattamento dei dati personali, più che alle *conseguenze*, agli *esiti* del trattamento stesso; una disciplina che disegna il confine di liceità di tale attività non servendosi della tecnica "chiusa" della fattispecie, ma attraverso il linguaggio "aperto" dei principi e che – come, appunto, si confà a questi ultimi – si spiega all'insegna del bilanciamento tra interessi contrapposti, effettuato, nelle circostanze del caso concreto, da parte di quegli stessi soggetti che sono protagonisti della medesima attività di trattamento.

Il Regolamento fornisce alle parti, e in primo luogo a colui che svolge l'attività, il titolare del trattamento, delle "direttive procedurali": il trattamento di dati personali è lecito nella misura in cui si svolge nel rispetto di tali indicazioni di ampio respiro. Si pensi, in questo senso, ai principi di cui all'art. 5 (alcuni dei quali – quelli di liceità, trasparenza ed esattezza - già sopra menzionati nel contesto dell'analisi delle disposizioni che ne costituiscono declinazione): il GDPR non specifica per quali finalità un trattamento dati può essere svolto, ma prescrive che questi possano essere «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità» (cfr. art. 5, lett. b); non definisce un limite alla quantità di dati trattabili, né impone un tempo massimo di conservazione, ma richiede che essi siano «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati» (cfr. art. 5, lett. c) e conservati

per un tempo non superiore al conseguimento di queste (cfr. art. 5, lett. e). Ancora, sono decisamente significative dei caratteri di cui si è detto - i) il GDPR è disciplina di un'attività ii) la cui architettura si basa su principi più che su regole – le diverse disposizioni che, nel delineare (sempre con struttura “aperta”) i doveri del titolare del trattamento, definiscono e danno forma al c.d. principio di responsabilizzazione (o *accountability*), in forza del quale è lasciato a quest'ultimo il compito di valutare ed adottare sulla base della natura dei dati, dell'oggetto, delle finalità del trattamento di cui al caso concreto, le misure tecniche e organizzative più adeguate a garantire il rispetto dei principi di cui al Regolamento, la sicurezza dei dati, la prevenzione dei rischi che possono derivare dal trattamento (cfr. artt. 5, par. 2, e 24 e 25 GDPR).

Ebbene, in tale impianto normativo, preoccupato primariamente di fornire le linee direttive all'insegna delle quali può svolgersi l'attività di trattamento, poche sono invece le disposizioni che si occupano dell'esito di questa attività, delle conseguenze che possono derivare dal trattamento dei dati. Segnatamente, si tratta delle norme di cui agli artt. 35 e 22, le quali pure, nei termini di cui subito si dirà, condividono la caratteristica che segna la cifra regolatoria di tutto il Regolamento: il bilanciamento degli antagonisti interessi in gioco, fondato sulla preventiva valutazione del rischio, è rimesso alle parti. Cominciando dall'analisi dell'art. 35, tale disposizione prevede l'obbligo per il titolare, prima di procedere ad un trattamento che, anche per l'uso di nuove tecnologie, possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, di effettuare una «valutazione di impatto». Nelle parole del Gruppo di Lavoro Articolo 29, si tratta, in sintesi, di «un processo inteso a descrivere il trattamento, valutarne la necessità e la proporzionalità, nonché a contribuire a gestire i rischi per i diritti e le libertà personali delle persone fisiche derivanti dal trattamento di dati valutando detti rischi e determinando le misure per affrontarli»<sup>187</sup>. Diversamente dal precedente art. 18 della

---

<sup>187</sup> GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il*

Direttiva CE n. 95/46 che subordinava qualsiasi attività di trattamento dati ad una previa notifica all'autorità di controllo, il Regolamento affida dunque al titolare del trattamento, secondo il poco sopra menzionato principio di responsabilizzazione ed attraverso una disposizione a carattere "aperto" e "procedurale", il compito di compiere un'auto-valutazione del trattamento che intende porre in essere e dei rischi che da questo possono derivare<sup>188</sup>.

Come bene messo in evidenza dalla dottrina<sup>189</sup>, l'art. 35 va a definire tre diversi livelli di valutazione. Il primo consiste nella generica determinazione dell'esistenza di un rischio correlato al trattamento e della sua entità. Solo laddove tale rischio – questo il secondo livello – sia "elevato", scatta l'obbligo di procedere ad una formale valutazione d'impatto. Sebbene da più parti sia stata rilevata l'indeterminatezza di tale concetto di "rischio elevato" e l'assenza di specifiche indicazioni per renderlo più chiaramente definibile<sup>190</sup>, ai presenti fini di studio del fenomeno del trattamento di profilazione tale problema non si pone. L'art. 35, par. 3, infatti, individua – ecco il terzo livello - alcuni casi tipici in cui, in forza di una presunzione relativa circa l'esistenza di un grado elevato di rischio, la valutazione d'impatto si impone come obbligatoria: tra questi, rileva il caso in cui il titolare effettui «una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche» (art. 35, par. 3, lett. a)<sup>191</sup>.

---

*trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679, adottate il 04 aprile 2017, p. 4, reperibili al link [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).*

<sup>188</sup> Cfr. R. TORINO, *La valutazione d'impatto* (Data Protection Impact Assessment), cit., p. 857 s.

<sup>189</sup> V. in particolare A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, cit., p. 156 ss.

<sup>190</sup> Vedasi A. MANTELERO, *op. ult. cit.*, p. 158; R. TORINO, *op. ult. cit.*, p. 860.

<sup>191</sup> Il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679*, cit., pp. 9-11, consegna all'interprete una serie di indicatori, criteri ed esempi concreti che sciolgono ogni eventuale residuo dubbio in merito alla necessità di effettuare la valutazione d'impatto prima di potersi procedere al trattamento di profilazione nel contesto sopra ampiamente delineato di raccolta ed elaborazione massiva di dati. Tra questi indicatori, vedasi

Il paragrafo 7 della disposizione, poi, delinea la procedura che deve essere seguita per effettuare la valutazione d'impatto, anch'essa scomponibile in tre fasi<sup>192</sup>: i) l'analisi del trattamento che si vuole svolgere; ii) la valutazione dei rischi che da questo possono derivare; iii) la definizione delle misure idonee ad eliminare o mitigare questi ultimi. Il "punto nevralgico" della valutazione è il secondo: è qui che il titolare sarà chiamato ad effettuare il bilanciamento, determinando, da un lato, la «necessità e proporzionalità del trattamento dei dati» (art. 35, par. 7, lett. b) e, dall'altro lato, i «rischi per i diritti e le libertà degli interessati» (art. 35, par. 7, lett. c). Solo qualora all'esito della valutazione così complessivamente operata residui la presenza di rischi elevati, il titolare del trattamento sarà tenuto a consultare, ai sensi dell'art. 36, l'autorità di controllo, la quale, in forza dei poteri di cui all'art. 58, potrà indicare le ulteriori misure da implementare ovvero finanche limitare o vietare *tout court* il trattamento.

Come anticipato, dunque, si tratta di una valutazione tutta rimessa al titolare e rispetto alla quale l'intervento dell'autorità di controllo si fa meramente eventuale, sussidiario e stimolato per iniziativa, di nuovo, del titolare stesso. Se a tali considerazioni, poi, si aggiunge che la predetta ipotesi tipica di cui all'art. 35, par. 3, integra, come rilevato, una presunzione relativa, e quindi laddove un trattamento pur astrattamente in essa sussumibile sia in concreto ritenuto - ancora, dallo stesso titolare - non presentare un rischio elevato (nella segnalata indeterminatezza della nozione) non si dovrà di necessità procedere

---

in particolare il n. 1 («Valutazione o assegnazione di un punteggio, inclusiva di profilazione e previsione, in particolare in considerazione di "aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato" (considerando 71 e 91). Esempi di ciò potrebbero includere: un ente finanziario che esamina i suoi clienti rispetto a una banca dati di riferimento in materia di crediti [...] oppure un'impresa che crea profili comportamentali o per la commercializzazione basati sull'utilizzo del proprio sito web o sulla navigazione sullo stesso») e il n. 9 («Quando il trattamento in sé "impedisce agli interessati di esercitare un diritto o di avvalersi di un servizio o di un contratto" (articolo 22 e considerando 91). Ciò include i trattamenti che mirano a consentire, modificare o rifiutare l'accesso degli interessati a un servizio oppure la stipula di un contratto. Un esempio di ciò è rappresentato dal caso in cui una banca esamina i suoi clienti rispetto a una banca dati di riferimento per il credito al fine di decidere se offrire loro un prestito o meno»).

<sup>192</sup> Di nuovo, vedasi, A. MANTELETO, *op. ult. cit.*, p. 158 s.; R. TORINO, *op. ult. cit.*, p. 868 ss.

ad effettuare la valutazione d'impatto<sup>193</sup>, si possono allora cogliere le perplessità che rispetto a tale strumento sono state espresse da alcuna dottrina: rispetto ad un modello in cui l'*an* sull'effettuazione della valutazione d'impatto, il *quomodo* della valutazione e l'intervento dell'autorità di controllo sono tutti rimessi alla discrezionalità di un soggetto che ha un diretto interesse nello svolgimento del trattamento, non è in effetti peregrino domandarsi «se non fosse stato meglio, quantomeno in relazione ad alcune applicazioni maggiormente pervasive e di alto impatto (quali i *Big Data analytics*) rivitalizzare il modello autorizzatorio impiegato dalle prime generazioni di normative sui dati personali»<sup>194</sup>.

Ma vi è una seconda non trascurabile criticità che impone di essere altresì messa in evidenza, relativa, su di un piano per così dire operativo, allo svolgimento in sé di tale valutazione e che, in sintesi, attiene al *come* possa effettivamente e concretamente essere individuato, stimato e quindi affrontato quel rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche che giustifica e impone la valutazione d'impatto stessa, in una situazione in cui tale medesimo rischio deriva da un trattamento che, come precedentemente rilevato, per le caratteristiche dei sistemi di IA di cui si serve, risulta intrinsecamente connotato da opacità e inspiegabilità. In altri termini, non può, retoricamente, non domandarsi: può davvero essere efficacemente svolta una *valutazione* relativa all'impatto di un trattamento che, appunto ricorrendo ad algoritmi operanti secondo logiche decisionali autonome e non pienamente ricostruibili, si svolge all'insegna dell'inconoscibilità *ex ante* degli esiti cui può condurre e della non spiegabilità *ex post* dei percorsi che a quegli esiti hanno condotto? Si consideri ora l'altra menzionata disposizione del Regolamento, l'art. 22, che si occupa dei potenziali esiti del trattamento di profilazione e che, perlomeno

---

<sup>193</sup> GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 13, secondo il quale, in tali casi, il titolare del trattamento dovrà «giustificare e documentare i motivi che lo hanno spinto a non effettuare una valutazione d'impatto».

<sup>194</sup> A. MANTELETO, *op. ult. cit.*, p. 162.

a prima vista, parrebbe massimamente garantista e rigorosa, sancendo per l'interessato il «diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Premesso che secondo l'interpretazione ampiamente dominante la norma in parola non va a meramente conferire all'interessato un diritto di opporsi o contestare una decisione automatizzata già presa, ma istituisce un vero e proprio divieto generale per il titolare del trattamento a farne ricorso<sup>195</sup>, risulta opportuno analizzarne più in dettaglio, seppur sinteticamente, gli elementi costitutivi.

In primo luogo, il divieto opera solo per le decisioni che siano *unicamente* fondate su di un trattamento automatizzato e dunque, in altri termini, per le decisioni autonomamente prese dall'IA (si pensi al caso dell'algorithmo che, profilato il soggetto richiedente un finanziamento come debitore non affidabile, ne rigetti automaticamente la richiesta), ovvero per le decisioni che, pur formalmente adottate da un essere umano, si basano comunque in via esclusiva sui risultati raggiunti dall'algorithmo, applicati in modo acritico dal soggetto che assume la decisione (il caso è quello della decisione di rigetto di

---

<sup>195</sup> Alcune dottrine hanno invero sollevato il dubbio che l'ambigua locuzione «diritto di non essere sottoposto» rimandasse, più che ad un generale divieto per il titolare di assumere una decisione automatizzata, alla facoltà per l'interessato di opporsi a quest'ultima (così, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 20 s.). Diversamente, il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 21 s., chiarisce che si tratta di un vero e proprio divieto generale, facendo leva sul testo dello stesso art. 22, che al paragrafo secondo ne prevede delle tassative eccezioni, e sulla lettera del considerando 71, dalla cui formulazione pure si ricava che la possibilità di adottare decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato sussiste al solo ricorrere delle eccezioni di cui al 22, par. 2. All'interpretazione adottata dal Gruppo di Lavoro aderiscono, tra gli altri, O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., p. 604 s.; A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, cit., p. 436 s.



una richiesta di finanziamento assunta da un soggetto che si sia limitato a “prendere atto” della profilazione operata dall’IA).<sup>196</sup>

In secondo luogo, affinché operi il divieto è necessario che la decisione unicamente fondata sul trattamento automatizzato produca effetti sulla sfera giuridica dell’interessato o comunque «incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»: non occorre dunque che la decisione in parola impatti sui diritti o sullo *status* della persona nei confronti della quale questa viene assunta (si pensi, ad esempio, alla risoluzione di un contratto o al rigetto di una richiesta di cittadinanza)<sup>197</sup>, essendo sufficiente che essa incida «significativamente» sul soggetto, colpendone anche interessi che non assurgono a diritti. Ai fini che qui interessano, utili indicazioni sono fornite, ancora una volta, dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, che spiega come possano considerarsi avere un effetto di impatto rilevante, tra le altre, quelle decisioni capaci di incidere sul «comportamento o sulle scelte dell’interessato» o che possono portare, nei casi più estremi, «all’esclusione o alla discriminazione di persone», come nel caso di «decisioni che influenzano le circostanze finanziarie di una persona, come la sua ammissibilità al credito» o di «decisioni che negano a una persona un’opportunità di impiego»<sup>198</sup>. Ancora, il Gruppo di Lavoro prende, poi, espressamente posizione anche in tema di c.d. pubblicità mirata: se è vero, sostiene, che «in numerosi casi, la decisione di proporre pubblicità basata sulla profilazione non inciderà in modo analogo significativamente sulle persone [...] tuttavia è possibile che ciò possa accadere, a seconda delle particolari caratteristiche del caso, tra le quali: l’invasività del processo di profilazione, compreso il tracciamento delle persone su siti web, dispositivi e servizi diversi; le aspettative e le volontà delle

---

<sup>196</sup> Vedasi sul punto, G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 251 s.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy, Commentario*, cit., p. 223; A. PIERUCCI, *op. ult. cit.*, p. 437 s.

<sup>197</sup> Cfr. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 23.

<sup>198</sup> ID., p. 24.

persone interessate; il modo in cui viene reso disponibile l'annuncio pubblicitario; o lo sfruttamento della conoscenza di vulnerabilità degli interessati coinvolti»<sup>199</sup>.

Ebbene, al ricorrere di tali cumulative condizioni, al titolare è fatto divieto di assumere una decisione automatizzata, compresa la profilazione.

Se la disposizione, dunque, si fermasse qui sarebbe giocoforza concludere che, alla luce delle caratteristiche di cui si è detto sopra, la profilazione nel contesto *big data* potrebbe, forse, ritenersi lecita esclusivamente in un limitato e affatto problematico numero di casi. E tuttavia, il paragrafo secondo prevede invece una serie di eccezioni in presenza delle quali il divieto di cui al paragrafo primo non opera (e rispetto alla cui portata alcuna dottrina è stata spinta a domandarsi se la loro applicazione non si traduca in una sostanziale limitazione della tutela che la disposizione avrebbe dovuto apprestare)<sup>200</sup>.

Tra queste eccezioni figura un'ipotesi che non era peraltro contemplata dal precedente art. 15 della Direttiva CE n. 95/46: il consenso esplicito dell'interessato (cfr. art. 22, par. 2, lett. c), GDPR). Il soggetto profilato, destinatario della decisione automatizzata, è reso così nuovamente arbitro della valutazione relativa ai rischi connessi alle conseguenze della profilazione e della decisione che sulla base di questa viene assunta nei suoi confronti<sup>201</sup>. A

---

<sup>199</sup> *Ibidem*. E prosegue portando alcuni, significativi esempi: «una persona di cui sono note le difficoltà finanziarie, effettive o potenziali, e che riceve regolarmente annunci pubblicitari di prestiti ad alto interesse potrebbe sottoscrivere tali offerte e incorrere così in ulteriori debiti. Anche un processo decisionale automatizzato che si traduce in una fissazione dei prezzi differenziata basata su dati personali o caratteristiche personali potrebbe incidere in maniera significativa se, ad esempio, prezzi proibitivi elevati impediscono effettivamente a una persona di ottenere determinati beni o servizi» (p. 25).

<sup>200</sup> Cfr. L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 274.

<sup>201</sup> Si è parlato del principio di responsabilizzazione del titolare del trattamento; ebbene, alla luce di quanto sin qui a più riprese rilevato, potrebbe invero parlarsi altresì di una responsabilizzazione del soggetto interessato dal trattamento: come detto per la disciplina consumeristica (cfr. *supra* al§ 5), la quale, più che caratterizzarsi come disciplina di stampo paternalistico, intende invece esaltare l'autoresponsabilità del consumatore rendendo effettiva la sua capacità decisionale attraverso il riequilibrio di un'asimmetria informativa, così il GDPR vede nell'interessato, più che un soggetto "debole" da tutelare, un soggetto che, informato e quindi messo in condizione di esprimere una scelta che possa dirsi consapevole, deve essere considerato responsabile per le proprie scelte e quindi unico, più autorevole arbitro di queste ultime.

garantire l'effettiva consapevolezza sulla quale il consenso prestato deve fondarsi sono preposti i menzionati diritti di informativa di cui agli artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. g) (rispettivamente relativi ai casi di raccolta dei dati presso l'interessato e di raccolta dei dati presso terzi), ai sensi dei quali l'interessato, informato dell'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, di cui all'articolo 22, deve ricevere «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento».

Tralasciando le già accennate perplessità (cfr. *supra*, § 10), di carattere prettamente empirico, che possono essere sollevate rispetto alla prestazione del consenso (sulle quali si tornerà diffusamente più avanti<sup>202</sup>), nonché il problema del significato e della portata che devono essere attribuiti alle richiamate disposizioni di cui agli artt. 13 e 14 GDPR (su cui si tornerà tra un attimo), occorre infine rilevare che, quando una decisione automatizzata può essere validamente assunta ai sensi dell'art. 22, par. 2, lett. c) GDPR, il paragrafo terzo della medesima disposizione “controbilancia” l'apertura al consenso del soggetto profilato con l'obbligo per il titolare del trattamento di attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato» e, segnatamente, misure che consentano a quest'ultimo di esercitare «il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione».

Ora, l'esercizio del diritto di esprimere un'opinione e contestare la decisione postula, è evidente, la possibilità, per l'interessato che tale opinione intenda esprimere e tale contestazione intenda sollevare, di avere spiegazione dei meccanismi che hanno condotto a quella decisione automatizzata. Ebbene, sul punto, si rende necessario segnalare come, tuttavia, molto si sia discusso in dottrina in merito alla possibilità di leggere nelle maglie delle disposizioni menzionate l'esistenza di un c.d. “diritto alla spiegazione”: se alcuni autori

---

<sup>202</sup> V. *infra*, cap. III, § 2 ss.

argomentano in senso negativo<sup>203</sup>, altra letteratura, prendendo espressamente posizione rispetto agli argomenti portati dai primi e confutandoli, arriva a sostenere l'esistenza, più che di un "diritto alla spiegazione", di un "diritto alla leggibilità" dei dati e degli algoritmi<sup>204</sup>.

Gli argomenti principali invocati a sostegno della tesi negativa sono tre: i) un vero e proprio diritto alla spiegazione viene unicamente menzionato dal (non vincolante) considerando 71, il quale utilizza un lessico invero del tutto identico<sup>205</sup> a quello di cui all'art. 22, rendendo così evidente che l'omessa menzione di questo dalla disposizione normativa deve ritenersi intenzionale e non una mera svista<sup>206</sup>; ii) l'esistenza del diritto in parola non può nemmeno essere inferita da una lettura sistematica dell'art. 22, par. 3, in combinato disposto con gli artt. 13-15 GDPR poiché, se è vero che questi ultimi impongono al titolare di fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste» dal trattamento, cionondimeno, come desumibile anche dal lemma «conseguenze *previste*», si tratterebbe di disposizioni "orientate al futuro", che, in altri termini, attribuirebbero al titolare solo un obbligo di fornire, in una prospettiva *ex ante*, delle generali informazioni sulla funzionalità dell'algoritmo e non, invece, un obbligo di fornire *ex post* una puntuale spiegazione delle ragioni che hanno condotto all'adozione di una specifica decisione<sup>207</sup>; iii) in ogni caso, se pure un diritto alla spiegazione dovesse essere riconosciuto esistente superando le predette obiezioni, la sua portata risulterebbe significativamente limitata dalla possibilità, per il titolare del trattamento, di invocare il diritto al segreto

---

<sup>203</sup> S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, cit., p. 1 ss.

<sup>204</sup> G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, cit., p. 243 ss. (da notare che sin dal titolo gli autori assumono una posizione dichiaratamente speculare, simmetricamente opposta, rispetto a quella assunta dagli autori di cui alla nota precedente).

<sup>205</sup> Recita, infatti, il considerando 71: «tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, *di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione* e di contestare la decisione».

<sup>206</sup> Cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. ult. cit.*, p. 4 ss.

<sup>207</sup> *Id.*, p. 7 ss.

industriale e aziendale e alla tutela della proprietà intellettuale, espressamente menzionati dal considerando 63 quali interessi per la cui tutela il diritto di accesso può subire limitazioni<sup>208</sup>.

Come anticipato, tali argomenti hanno trovato puntuale confutazione da parte di altra dottrina, la quale ha in particolare spiegato: i) vero che i considerando non sono vincolanti, essi costituiscono tuttavia, come sostenuto anche dalla Commissione europea, degli strumenti interpretativi capaci di svolgere un «ruolo normativo supplementare», potendo essere presi in considerazione per risolvere ambiguità del testo normativo o chiarificarne la portata; il considerando 71 può bene dunque essere invocato al fine di rendere più chiaro quali siano quelle «misure appropriate» che ai sensi dell'art. 22, par. 3, devono essere adottate dal titolare del trattamento quando opera l'eccezione di cui all'art. 22, par. 2, lett. c)<sup>209</sup>; ii) se una prospettiva di “mera”, generale informativa *ex ante* può essere ravvisata rispetto agli artt. 13 e 14, i quali invero recano un obbligo di informazione che si situa al momento della raccolta dati e dunque necessariamente prima dell'adozione di una decisione automatizzata, diverso è invece il discorso rispetto all'art. 15 che disciplina un diritto (quello di accesso) che, potendo essere esercitato in qualsiasi momento, può temporalmente collocarsi anche *a seguito* di una decisione automatizzata, circa la quale vengono, appunto, richieste «significative informazioni» sulla «logica (che è stata) *utilizzata*» (con utilizzo di un lemma interpretabile al passato), non costituendo peraltro una valida obiezione a tale argomento quella secondo la quale anche l'art. 15, lett. h, - così come gli artt. 13, lett. f) e 14, lett. g) – fa riferimento, in una presunta prospettiva “orientata al futuro”, alle «conseguenze *previste*» poiché, a ben vedere, rispetto ad una decisione (pur già) adottata, le conseguenze di questa si situano, logicamente, in un momento temporalmente successivo<sup>210</sup>; iii) da un confronto tra il considerando 63 del GDPR, che nel testo in lingua inglese afferma che il diritto di accesso «*should*

---

<sup>208</sup> ID., p. 18 e *passim*.

<sup>209</sup> G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *op. ult. cit.*, p. 254 s.

<sup>210</sup> ID, p. 255 s.

*not adversely affect*» il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, con il considerando 35 della Direttiva UE n. 2016/934, ove invece in via più radicale si legge che la disciplina sui segreti commerciali «*should not affect*» i diritti sanciti in materia di tutela dei dati personali, si può inferire, se non una prevalenza, una chiara “preferenza” da parte del legislatore europeo per questi ultimi diritti sui primi, preferenza che troverebbe ulteriore conferma nello stesso considerando 63 nella parte in cui prevede che le prerogative legate ai segreti commerciali, in ogni caso, «non dovrebbero condurre a un diniego a fornire all’interessato tutte le informazioni»; se dunque, senza dubbio, il titolare potrà rifiutarsi di divulgare il codice algoritmico (il c.d. “codice sorgente”) alla base del trattamento (informazione questa, peraltro, nella maggior parte dei casi inutile in quanto nemmeno intellegibile dall’interessato) egli non potrà tuttavia astenersi dal fornire le motivazioni che si pongono a fondamento di una decisione algoritmica<sup>211</sup>.

Esaurita, come vuole il “metodo baconiano”, la *pars destruens* e quindi destituiti di fondamento gli argomenti addotti a sostegno della inesistenza di un “diritto alla spiegazione”, la dottrina in esame giunge, in prospettiva *construens*, a ipotizzare l’introduzione da parte del Regolamento di un “diritto alla leggibilità”.

Il primo passaggio del ragionamento è costituito dall’interpretazione del sintagma «informazioni significative», che nel testo inglese coincide con il lemma polisemico «*meaningful information*»: per potersi dire “*meaningful*”, nel doppio senso della parola, un’informazione deve essere i) comprensibile, deve rendere intellegibile un significato e ii) rilevante, completa.<sup>212</sup> In secondo luogo, vengono presi in considerazione gli elementi rispetto ai quali è previsto debbano essere fornite «informazioni significative», ovvero la «logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste» dal trattamento: la prima coincide con quella che viene definita l’«*architettura*» dell’algoritmo,

---

<sup>211</sup> ID., p. 262 ss.

<sup>212</sup> ID., p. 257.

ovvero la sua operatività (su quali dati l'algoritmo ha svolto la fase di apprendimento, quali dati del soggetto sono stati elaborati, quali sono i parametri attraverso i quali i dati vengono "pesati", ad esempio, ai fini dell'attribuzione di un punteggio, etc.); le seconde corrispondono invece alla sua «implementazione», ovvero all'utilizzo che dell'algoritmo viene fatto in uno certo contesto e quindi agli impatti che da questo possono derivare (le finalità per le quali l'algoritmo è impiegato, la natura commerciale o meno del processo decisionale, le potenziali conseguenze per i consumatori, etc.).<sup>213</sup> Il diritto alla leggibilità è, in sintesi, il risultato della combinazione dei significati normativi così ricostruiti: il diritto a ricevere complete e intelleggibili informazioni tanto rispetto alla intrinseca funzionalità dell'algoritmo, l'architettura, quanto rispetto al suo utilizzo in un dato contesto, l'implementazione.

Ebbene, rispetto a tale conclusione si ritiene di svolgere due considerazioni. La prima: che lo si voglia denominare "diritto alla spiegazione", "diritto alla leggibilità" o diversamente ancora, non si può fare altro che concordare con l'impostazione di chi riconosce all'interessato un "diritto a conoscere", ovvero ad essere messo nelle condizioni di sapere dell'esistenza di un trattamento di profilazione che può avere sulla sua persona delle conseguenze e di comprendere come e perché tale trattamento può su di lui impattare. Ancora retoricamente, infatti, ci si domanda: mancando tale presupposto, come potrebbe l'interessato svolgere quella funzione di arbitro di cui si diceva, esercitare una scelta (*ex ante*) operando una consapevole valutazione degli interessi in gioco ed eventualmente contestare (*ex post*) l'esito del trattamento cui ha acconsentito?

E tuttavia se pure, alla luce di quanto appena rilevato, un "diritto alla spiegazione" può dirsi esistente, permane, cionondimeno, una non irrilevante difficoltà, ed è qui che si situa la seconda considerazione: come ormai a più riprese segnalato, il trattamento automatizzato di profilazione che si serve di

---

<sup>213</sup> ID., p. 258 s.

altamente sofisticati e autonomamente operanti algoritmi di IA è connotato da un'intrinseca oscurità, da un'inevitabile imprevedibilità e opacità, rispetto alle quali sono state da più parti denunciate tanto la tecnologica difficoltà di una ricostruzione *ex post* dei processi elaborativi che hanno condotto ad un certo esito quanto l'impossibilità *ex ante* di prevederne le conseguenze. Rispetto a tali considerazioni, insomma, a ben vedere emerge con evidenza come il vero tema problematico si situi altrove: la questione critica non è se un diritto alla spiegazione esista, ma se una spiegazione possa effettivamente essere data.<sup>214</sup>

#### **14. Alcune considerazioni di sintesi.**

Prima di proseguire oltre, è opportuno prendere un momento per “tirare le fila” e condurre a sintesi i discorsi svolti in questa seconda sezione dedicata alla profilazione.

Dopo averne preliminarmente delimitato e definito la nozione rilevante ai presenti fini, segnalando al contempo come la stessa non possa certo dirsi costituire una pratica nuova né recente, e dopo averne più dettagliatamente

---

<sup>214</sup> Molto efficace A. ROUVROY, “*Of Data and Men*”: *Fundamental Rights and Freedoms in a World of Big Data*, p. 34 s., reperibile al link [www.semanticscholar.org](http://www.semanticscholar.org): «*In the context of decisions taken on the basis of Big Data-type processing, especially when they involve self-learning algorithms, the requirement that data subjects should be provided with “knowledge of the reasoning underlying data processing” is both unrealistic and deeply paradoxical. It is unrealistic in so far as, possibly by definition, algorithms (particularly self-learning ones) operate in accordance with inductive processes which, as they do not involve theories or hypotheses, cannot be easily communicated or are not intelligible to human beings. These processes cannot be readily translated into any narrative form. In the case of unsupervised algorithms, they may not actually even be “logical processes”, but “insights” of the algorithm, which identifies models or patterns among relatively unstructured masses of data, depending in particular on priorities linked to the need to optimise its own functioning. And what algorithms “see” is not visible to us. We can experience the effects when decisions are taken on the basis of the “algorithmic insight” but we cannot explain the process which governs the identification by the algorithm of the correlations liable to form themselves into a model. This requirement to communicate the “reasoning underlying data processing” is also paradoxical in that, as David Golumbia explains, “computational, mechanical, informatic, physical ‘perception’ of processes and objects takes place at all time, without reference to us and in modalities we cannot see, register or necessarily understand. Demanding that we be able to see something that is at the same time invisible to and unrelated to human being and human perception is a clear paradox that demands both a and not-a be true at once*». V. anche, tra gli altri, T. Z. ZARSKY, *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, cit., p. 1017; C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, cit., p. 719; C. TABARRINI, *Comprendere la “bigmind”. Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, cit., p. 586 ss. Su questi temi si tornerà più diffusamente *infra*, al cap. III, sezione II.



analizzate le fasi di cui si compone e le finalità cui è tesa, si è potuto fondatamente sostenere e concludere che la creazione di profili dei consumatori svolta dagli operatori del mercato altro non è se non strumento per il migliore e più efficiente esercizio, da parte di questi, della libertà di impresa di cui all'art. 41, comma primo, Cost.

Successivamente, si è osservato come tale fenomeno, di per sé affatto nuovo né particolarmente problematico (ed, anzi, sicuramente lecito), abbia assunto e stia sempre più assumendo, nell'era della esponenzialmente crescente "datizzazione", un'inedita fisionomia, risultando, nel nuovo contesto *big data*, del tutto rinnovate, sia quantitativamente sia qualitativamente, le modalità attraverso le quali vengono operate quelle tradizionali analisi e previsioni dei comportamenti dei consumatori in cui possono essere compendiate l'essenza ed il fine della profilazione. Affidata a sofisticati e autonomi algoritmi di IA che, macinando ad alta velocità un'enorme mole di dati, scoprono e rivelano nuove informazioni sotto forma di non verificabili, probabilistiche correlazioni individuate attraverso inferenze non comprensibili all'essere umano, la profilazione, si è osservato, assume un carattere inevitabilmente invasivo e rischioso.

Ed è proprio all'insegna della valutazione del rischio e del bilanciamento di confliggenti interessi che, come si è cercato di mettere in evidenza, è improntata la disciplina di cui al GDPR, ovvero la disciplina di quel peculiare mercato che vede come bene in esso circolante, fatto oggetto di scambio e trattamento, il dato personale, materia prima di un vero e proprio processo produttivo e, al contempo, attributo della persona.

Il Regolamento europeo, che, attraverso una normazione per principi più che per regole, si preoccupa di dettare una disciplina che guarda in misura decisamente preminente alle condizioni e modalità con le quali l'attività di trattamento dei dati personali può svolgersi e si occupa invece meno delle conseguenze e degli esiti che da tale attività possono derivare, costruisce un sistema "ellittico", ovvero un sistema il cui equilibrio ruota tutto intorno a due "fuochi": il titolare e l'interessato. Sono essi, invero, gli indiscussi protagonisti

di ogni fase che caratterizza il trattamento, i soggetti ai quali è volta a volta demandato il compito di arbitrare il bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco di cui loro stessi sono portatori e ai quali è quindi richiesto di compiere quella valutazione del rischio su cui il medesimo bilanciamento si fonda.

E tuttavia, a più riprese si è avuto modo di denunciare le difficoltà e i limiti ravvisabili in quei congegni attraverso i quali si esprime il ruolo di titolare e interessato, la responsabilizzazione e il consenso, rispetto ad un'attività di trattamento, la profilazione, intrinsecamente connotata da una non rischiarabile opacità.

A fronte degli elementi sin qui rilevati e con il latente dubbio che il sistema costruito dal GDPR possa non rappresentare una sufficiente garanzia rispetto ai rischi che dall'attività di profilazione possono derivare per l'autonomia negoziale del consumatore, nel prossimo capitolo, svolgendo – per usare un termine a questo punto acquisito – una sorta di “valutazione d'impatto”, si cercherà di andare a meglio individuare, appunto, tali pregiudizi che, a valle di un trattamento di profilazione, può subire l'autonomia negoziale del consumatore intesa in quel suo significato fondamentale di capacità di compiere una scelta che possa dirsi effettivamente libera e consapevole e che, come già visto, costituisce l'imprescindibile presupposto di un mercato autenticamente concorrenziale.

## CAPITOLO SECONDO

### LESIONE DELLA LIBERTÀ DI SCELTA DEL CONSUMATORE PROFILATO.

#### **1. Libertà (di scelta), autonomia (negoziale) e profilazione: un'introduttiva analisi fondata su una bipartizione concettuale.**

L'individuo autonomo, etimologicamente capace di dare a se stesso le regole della propria condotta, è un individuo *libero*: l'autonomia postula (essendo ciò implicito sin dalla prima componente del termine stesso – “auto”) la libertà del soggetto che la esercita.

Esemplificative in questo senso le parole di Giuseppe Stolfi, che nella «Introduzione» al suo «Teoria del negozio giuridico» - significativamente intitolata *Libertas est radix voluntatis* – scriveva: «perché gli uomini possano vivere l'uno accanto all'altro, e quindi stringere i legami familiari che danno senso alla vita o scambiare i beni ed i servizi che permettono di viverla, senza sentirsi mai impacciati dalla coesistenza altrui, occorre che ognuno di loro possa agire come più gli sembri conveniente, quali ne siano lo stimolo o l'occasione [...]. Nell'esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell'uomo il quale può ed anzi dev'essere arbitro di assumere gl'impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede [...]»<sup>215</sup>.

L'autonomia quale potere riconosciuto al soggetto dall'ordinamento di adottare decisioni che incidono sulla propria sfera giuridica<sup>216</sup> trova la sua radice filosofica nell'autonomia della volontà kantiana<sup>217</sup>: intesa come «quel carattere della volontà per cui essa è legge a se stessa»<sup>218</sup>, l'autonomia come soggezione ad una legge che si è a se stessi prescritta può predicarsi libera in tanto in quanto è indipendente da fattori esterni rispetto al soggetto che quella

---

<sup>215</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. XII.

<sup>216</sup> Cfr. anche le considerazioni svolte *supra* al cap. I, § 2.

<sup>217</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 1037.

<sup>218</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bari, 1980, p. 76.

medesima legge ha posto.<sup>219</sup> L'autonomia, si può in via di prima approssimazione sintetizzare, è *libertà* in quanto facoltà di dare regole a se stessi in assenza di costrizioni e condizionamenti estranei alla volontà del soggetto che quelle stesse regole pone.

Ma la complessa e “porosa”<sup>220</sup> nozione di “libertà”, così intimamente connessa con il significato di autonomia, merita, ai fini dei discorsi che seguiranno, di essere un poco più approfonditamente indagata: in particolare, si prenderà a specifico punto di riferimento la ricostruzione che di tale concetto ha svolto un filosofo inglese contemporaneo, Isaiah Berlin, che ad esso ha dedicato una buona parte dei suoi studi e delle sue opere.<sup>221</sup>

Quel concetto di libertà come «indipendenza da fattori esterni» di cui si diceva trova nel pensiero sviluppato da Berlin una doppia e complementare specificazione, la quale riempie compiutamente di significato altresì la correlata nozione di autonomia.

Segnatamente, ripercorrendo la storia della filosofia moderna, egli distingue, appunto, due accezioni del termine “libertà”<sup>222</sup>: il senso “negativo” (libertà *da*) ed il senso “positivo” (libertà *di*). Tali significati, spiega Berlin, rispondono rispettivamente a due differenti domande: la prima, «qual è l'area entro cui si

---

<sup>219</sup> «La libertà è obbedienza, ma obbedienza ad una legge che prescriviamo a noi stessi e nessuno può rendere se stesso schiavo. L'eteronomia è la dipendenza da fattori esterni, la possibilità di essere un giocattolo nelle mani del mondo esterno che non riesco a controllare pienamente e che *pro tanto* mi controlla e ‘mi rende schiavo’. Sono libero solo nella misura in cui la mia persona non è ostacolata da nulla che obbedisca a forze esterne sulle quali non ho controllo [...]»; così, parafrasando il pensiero kantiano, I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000, p. 31. Riprende e valorizza tale equivalenza tra autonomia e indipendenza anche G. CRICENTI, *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 204 ss.

<sup>220</sup> I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, cit., p. 11.

<sup>221</sup> Pur prendendosi nel prosieguo a riferimento le riflessioni da questi svolte nel suo, già citato, «Due concetti di libertà», si segnalano altresì dello stesso autore: *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, Milano, 1994; *Il potere delle idee*, Milano, 2003, spec. p. 175 ss.; *La libertà e i suoi traditori*, Milano, 2005; *Libertà*, Milano, 2010.

<sup>222</sup> Vero che Berlin, analizzando il concetto dall'angolo visuale del filosofo politico, è interessato a delinearne un significato, appunto, “politico”, cioè relativo ai rapporti tra l'individuo e l'autorità pubblica, cionondimeno, come dovrebbe emergere dalla stessa trattazione che seguirà, si ritiene che i significati elaborati dal filosofo possano ben essere generalizzati e quindi altresì applicati ai rapporti tra l'individuo e i c.d. “poteri privati” (cfr. F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 507) che dominano il mercato digitale dell'era *big data*.

lascia o si dovrebbe lasciare al soggetto la libertà di fare o di essere ciò che è capace di fare o di essere, senza interferenze da parte di altre persone?»; la seconda, «che cosa, o chi, è la fonte del controllo o dell'ingerenza che può indurre qualcuno a fare, o ad essere, questo invece di quello?»<sup>223</sup>.

Più specificamente, il primo significato del termine, quello definito come libertà negativa, corrisponde dunque con il più comunemente diffuso e accolto intendimento circa la situazione che identifica la nozione di libertà: essa coincide con la possibilità del soggetto di agire senza essere ostacolato da altri, di decidere per se stesso senza subire interferenze da parte di terzi.<sup>224</sup> Libertà *da* o libertà negativa, quindi, in quanto assenza di ostacoli esterni che impediscano «di perseguire il nostro proprio bene a modo nostro»<sup>225</sup>. Ecco che, intesa in questo senso – prosegue Berlin - la nozione di libertà si riferisce essenzialmente all'*ampiezza* dello *spazio* di controllo che un individuo ha sulla propria esistenza, all'*ampiezza* dell'area entro la quale un soggetto può muoversi per perseguire, nel modo in cui ritiene più opportuno per se stesso, i propri interessi e fini. Se, poi, circa la necessaria esistenza di tale area di non interferenza (senza la quale la stessa essenza della natura umana finirebbe con l'essere negata)<sup>226</sup> si può dire che tutti i moderni filosofi concordino, ciò che resta aperto a dibattito è proprio la questione dell'*ampiezza* di tale area<sup>227</sup>: si tratta, in altri termini, del tema dei *limiti* della libertà, discendente dalla evidente constatazione secondo la quale una libertà assoluta non può darsi

---

<sup>223</sup> I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, cit., p. 12.

<sup>224</sup> *Ibidem*, ove si aggiunge: «Nella misura in cui mi si impedisce di fare qualcosa che altrimenti potrei fare, io non sono libero». Si tratta di una nozione che coincide ampiamente con la c.d. "autodeterminazione": vedasi, in proposito, C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., p. 1037, che spiega, infatti, che «autodeterminazione è parola che nasce a metà dell'Ottocento a indicare il diritto degli individui e delle nazioni di scegliere da sé medesime il proprio destino. La libertà a riguardo di se stessi, che essa significa, fa sì che la si trovi utilizzata come sinonimo della stessa libertà a seconda dei contesti e delle lingue».

<sup>225</sup> I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, cit., p. 18. E prosegue spiegando, ancora: «la difesa della libertà consiste nell'obiettivo "negativo" di respingere l'interferenza» (*ivi*, p. 19).

<sup>226</sup> *Ibidem*.

<sup>227</sup> *Id.*, p. 14 ss.

senza che questa si risolva nella sua stessa negazione, poiché «la libertà di alcuni deve essere limitata per assicurare quella di altri»<sup>228</sup>.

Ma un conto – ecco il punto che qui interessa porre in rilievo - è il determinare *fino a che punto* si è «liberi di fare o di essere ciò che si è capaci di fare o di essere», un conto è lo stabilire *chi* governa quello spazio di libertà; un conto è il tema relativo al cosa si è liberi di fare, ovvero all'ampiezza dello spazio di libertà, un conto è il tema dell'*origine*, della *fonte* di essa: è precisamente sul solco di tale distinzione che Berlin individua la distanza tra i concetti di libertà in senso negativo e in senso positivo.

Ebbene, la libertà positiva, o “libertà *di*”, coincide dunque essenzialmente con il desiderio dell'individuo di essere «padrone di se stesso», di governare da sé la propria vita. Nella (necessaria) area di non interferenza in cui si esprime la libertà negativa, la libertà positiva si identifica nella capacità dell'individuo di prendere da sé le decisioni del suo agire. Le parole del filosofo esprimono il concetto in questione in modo cristallino e suggestivo: «voglio essere strumento dei miei stessi atti di volontà e non di quelli di altri. Voglio essere un soggetto e non un oggetto; voglio essere mosso da ragioni, da propositi consapevoli che siano proprio i miei e non da cause che mi condizionano [...]; voglio essere un agente – uno che decide, non uno per cui si decide; che è autodiretto e non uno su cui agiscono la natura esterna e altri uomini, come se fossi una cosa, un animale o uno schiavo incapace di impersonare un ruolo umano e cioè di concepire degli obiettivi e una propria linea di condotta [...]»<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> ID., p. 17. Rispetto al tema della libertà contrattuale che qui interessa più da vicino, invero, le considerazioni di cui *supra* (cfr. cap. I, § 2) sono state tutte volte, appunto, a determinarne i limiti. A titolo esemplificativo, si possono in tal senso ancora richiamare le parole di G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XII: «se gli uomini non possono non essere liberi di sé ed arbitri del loro allorquando prescelgono di vincolarsi, il legislatore deve provvedere a che la libertà dell'uno, attuandosi, non violi la identica libertà dell'altro».

<sup>229</sup> I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, cit., p. 24. Ancora, «se l'essenza dell'uomo è quella di essere un'entità autonoma – autore di valori e di fini in sé, la cui autorità ultima consiste precisamente nel fatto che sono voluti liberamente – allora non c'è nulla di peggio che trattarlo come se non fosse autonomo e fosse invece un oggetto naturale su cui agiscono influenze causali, una creatura alla mercé di stimoli esterni, le cui scelte possono essere manipolate da chi la domina [...]»; così ID., p. 31.

In sintesi, per potersi dire libero, l'individuo necessita non soltanto della possibilità di uno spazio (per quanto in certa necessaria misura limitato) entro il quale muoversi e agire in assenza di interferenze che *dall'esterno* lo limitino, ma anche della possibilità, entro tale spazio, di determinare se stesso e la propria condotta senza essere *dall'interno* influenzato e condizionato, manovrato nel suo muoversi e agire.

Ora, alla luce della così ricostruita nozione di libertà, si torni a considerare quella di autonomia privata e negoziale, la quale, come visto, appunto nella libertà trova il proprio fondamento concettuale. Invero, anche la nozione in parola può essere riguardata e analizzata attraverso le lenti di lettura fornite dalla distinzione appena tracciata.

Circa lo "spazio di autonomia" concesso al privato, già si è avuto modo di osservare<sup>230</sup> come esso trovi delimitazione ad opera del medesimo ordinamento giuridico che quella stessa autonomia riconosce e attribuisce al soggetto (cfr. art. 1322 c.c.): la legge segna il confine entro il quale un atto di autonomia deve ritenersi valido e può quindi, in quanto ad essa conforme, dispiegare i propri voluti effetti. Entro tale spazio, l'individuo è libero di muoversi, di dare agli accordi che stipula il contenuto e la forma che meglio rispondono ai rapporti ed interessi che intende regolare.

Concessa e delimitata quella libertà, quello spazio di autonomia, l'ordinamento si preoccupa altresì di tutelare "quell'altra" libertà del soggetto che, nel muoversi entro quello spazio, vuole essere "padrone" delle proprie decisioni: ci si riferisce, evidentemente, in particolare alla disciplina dei vizi del consenso.

Ora, nel mercato degli scambi di massa, anche questo già lo si è osservato facendo richiamo alle efficaci parole di Natalino Irti<sup>231</sup>, il significato del principio di autonomia contrattuale si è in certo senso e misura ristretto e modificato. In un mercato in cui non esiste più per una delle due parti, il

---

<sup>230</sup> V. *supra*, cap. I, § 2.

<sup>231</sup> Cfr. *supra* cap. I, §§ 1 e 5; nonché N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, spec. p. 71 ss.; ID., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347.

consumatore, la libertà di determinare il contenuto negoziale di un contratto cui non può che “binariamente” aderirsi o meno; in cui masse anonime non dialoganti, attraverso «meccanica iterazione di gesti»<sup>232</sup>, non negoziano più, ma si limitano alla semplice scelta di beni offerti; in cui tra chi offre e chi sceglie esiste una fisiologica asimmetria informativa; ebbene, in questo mercato, la definizione dello spazio di libertà dell’agire degli attori che lo costituiscono e la tutela della libertà di adottare una decisione non perturbata assumono, a loro volta, un rinnovato aspetto. Come lo stesso Irti, infatti, dopo avere così fotografato l’immagine attuale degli scambi di massa, sinteticamente conclude, «ciò che la parte perde in tutela del consenso (ossia, dell’accordo nato dal dialogo), guadagna in tutela generale del mercato [...] l’autonomia privata trova disciplina e protezione nell’*ordine giuridico del mercato*»<sup>233</sup>: in tale contesto, così lontano da quello degli scambi di cui al codice civile, la tutela dell’autonomia privata diventa tutela della *libertà di scelta*, ovvero tutela – in primo luogo – della possibilità di scelta, della presenza di una pluralità di offerte disponibili al consumatore e rispetto alle quali egli ha perciò la possibilità di esprimere una preferenza; e, in secondo luogo, della capacità di compiere una scelta genuinamente libera e consapevole, non indotta o condizionata e pienamente informata.<sup>234</sup>

Ecco così nuovamente ritrovate, sotto rinnovate spoglie, le due libertà di cui ai discorsi che si vanno conducendo: lo spazio entro cui la libertà di scelta - intesa come possibilità di esprimere una preferenza – può svolgersi è quello che è definito e tutelato dalla disciplina della concorrenza; la tutela della libertà di scelta - intesa come capacità di adottare una decisione libera e consapevole, della quale, riprendendo la metafora di cui sopra, ci si possa definire “padroni”

---

<sup>232</sup> N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 72.

<sup>233</sup> ID., *Scambi senza accordo*, cit., p. 363.

<sup>234</sup> Oltre ai contributi già menzionati, cfr. anche M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in M. GRILLO (a cura di), *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010, p. 23 s.; M. BARCELLONA, *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, *passim*; M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, *passim*.



- vede invece la sua paradigmatica espressione nella disciplina dei contratti del consumatore.<sup>235</sup>

Ebbene, il prosieguo della trattazione intende dimostrare come nel mercato dominato dalla profilazione algoritmica la libertà di scelta del consumatore, intesa in tale duplice significato, sia messa gravemente a rischio.

Se nel precedente capitolo si è cercato di adottare il punto visuale dell'impresa profilante, giungendo a spiegare come la profilazione, supportandone ed indirizzandone le scelte relative al se, con chi e a quali condizioni contrarre, risulti essenzialmente strumentale al migliore e più efficiente esercizio della propria autonomia negoziale<sup>236</sup>, ora invece, capovolgendo la prospettiva, l'attenzione verrà rivolta al consumatore profilato e alla sua (compromessa) libertà di scelta.

Come, infatti, l'impresa, attraverso lo strumento rappresentato dalla profilazione, *decide* relativamente al se, con chi e a quali condizioni contrarre, così, per converso, il consumatore profilato, proprio in quanto profilato, proprio in virtù e a causa del peculiare profilo che gli viene dall'esterno attribuito, *subisce* tali decisioni quale destinatario passivo delle medesime, essendo ammesso alla contrattazione solo laddove il proprio profilo corrisponda a quello voluto dall'impresa come controparte negoziale e vedendosi applicate delle condizioni contrattuali che, ancora, in tale profilo algoritmicamente eterodeterminato trovano ragione; un profilo che, peraltro, alla luce di quanto sopra argomentato<sup>237</sup>, il consumatore deve ritenersi, di fatto, impossibilitato a conoscere tanto nella completezza dei suoi attribuiti costitutivi quanto nelle ragioni che lo sottendono, ovvero nelle inferenze

---

<sup>235</sup> Già si è osservato come, peraltro, tale libertà consistente nella capacità di scelta consapevole sia strettamente connessa al buon funzionamento del mercato concorrenziale: affinché si possa dare concorrenza, il consumatore deve essere "arbitro" della medesima, e tale può essere solo se messo in condizioni di scegliere "bene", ovvero liberamente, senza subire condizionamenti – di qui, ad es., la disciplina delle pratiche commerciali scorrette – e in modo consapevole, adeguatamente informato rispetto allo scambio cui acconsente – di qui, ad es., la disciplina degli obblighi informativi. Cfr. *supra*, cap. I, § 5 e la bibliografia *ivi* citata.

<sup>236</sup> Cfr. *supra* cap. I, § 7.

<sup>237</sup> Cfr. *supra*, cap. I, §§ 8 e 12.

compiute dall'Intelligenza Artificiale che hanno condotto alla costruzione del medesimo.

Come meglio e più ordinatamente si cercherà di far emergere, il consumatore si ritrova così incanalato, per il tramite di tale inconoscibile profilo, all'interno di un mercato "individualizzato", ovvero dall'esterno costruito "a sua misura", fatto di *selezionate* offerte di prodotti e servizi del tutto *personalizzate*, tanto nelle formali modalità attraverso le quali gli vengono presentate quanto nei sostanziali termini contrattuali.

Già si possono, allora, intravedere, per quanto per il momento solo sommariamente, le ragioni che inducono a parlare di lesione delle due "forme" di libertà di scelta di cui si diceva: per un verso, infatti, il consumatore finisce per potersi muovere solo entro gli stretti limiti che sono (etero)definiti dal profilo, il quale, in altri termini, segna il confine delle possibilità cui questi ha accesso, delimitando quindi quell'area entro la quale la sua capacità di esprimere una preferenza può essere esercitata; per altro verso, confinato entro quello spazio, i suoi movimenti, le sue decisioni, per le ragioni e nei modi di cui meglio si dirà, risultano in qualche modo, ancora per il tramite di quel medesimo profilo, "indirizzati". In sintesi, nel mercato guidato dalla profilazione algoritmica, il consumatore - si dimostrerà - vede compromessa tanto la sua libertà "negativa" di scelta, il suo "spazio di azione", quanto la sua libertà di scelta "positiva", la sua capacità di esprimere una decisione che possa definirsi consapevole e libera, informata e non eterodiretta o condizionata.

Nel prosieguo, la trattazione verrà, secondo la dicotomia individuata, suddivisa in due parti: la prima dedicata alla lesione della libertà definita "positiva", la seconda focalizzata sulla compromissione di quella definita "negativa". Nel complesso, saranno individuati tre crescenti livelli di lesione della libertà di scelta del consumatore.

Sotto un differente ma complementare angolo visuale, si evidenzia inoltre, mentre la prima parte si incentrerà su quello che verrà definito essere il volto "patologico" della profilazione, la seconda andrà invece a disvelare le conseguenze della sua natura "fisiologica".

Più in particolare, la prima sezione prenderà in considerazione due pratiche, la discriminazione di prezzo e la “pubblicità comportamentale”, che rischiano di attentare alla libertà “positiva” del consumatore attraverso lo *sfruttamento* a suo sfavore del profilo algoritmicamente costruito. Come si avrà modo di porre in rilievo, infatti, la profilazione determina l’emersione di una nuova, altamente problematica asimmetria informativa: il professionista profilante non soltanto, in quanto “professionista”, meglio del consumatore conosce il contenuto dell’affare che egli stesso predispose, ma di più, in quanto “profilante”, arriva alla contrattazione conoscendo nei suoi interessi e nelle sue debolezze la controparte negoziale, ovvero il consumatore profilato, forse meglio di quanto quest’ultimo non conosca se stesso, e di tale conoscenza si avvantaggia a suo discapito; il consumatore, per converso, non solo è parte “debole” in quanto tale, ma di più, in quanto profilato, si trova in particolare condizione di vulnerabilità poiché, “nudo” davanti alla conoscenza che di lui ha il professionista, non è in grado di conoscere quello stesso profilo che lo rende così “esposto” e sul fondamento del quale vengono nei suoi confronti e a suo svantaggio adottate delle decisioni. Torneranno allora alla mente le parole di Isaiah Berlin secondo le quali libero (in senso positivo) è colui che è «agente, uno che decide, non uno per cui si decide; che è autodiretto e non uno su cui agiscono»: con difficoltà potrà negarsi che il consumatore profilato sia «uno per cui si decide», «uno su cui agiscono».

Nella seconda sezione si guarderà invece a quello che fisiologicamente, per sua intrinseca funzione, la profilazione comporta: una *selezione*. Il profilo risulta determinante dei beni e servizi cui il consumatore può accedere, poiché in tanto egli sarà destinatario di determinate offerte in quanto i beni e servizi di cui alle medesime offerte possano dirsi “rispecchiare” il suo profilo algoritmicamente determinato. Ma come l’algoritmo definisce ciò che è opportuno “entri” nel profilo, così, da una prospettiva inversa, quello stesso algoritmo decreta ciò che è opportuno venga da questo *escluso*. Come ogni selezione, la profilazione implica limitazione, confinamento, chiusura: in sintesi, appunto, esclusione (dall’accesso a determinati beni o servizi). Di qui,

l'evidente compressione dello spazio di libertà entro il quale il consumatore può muoversi, definito da un inconoscibile, algoritmicamente costruito profilo. È chiara la differenza rispetto alla casistica "patologica": mentre quest'ultima si fonda sullo sfruttamento a svantaggio del consumatore di informazioni e conoscenza relative al medesimo, nel caso definito "fisiologico" non vi è nulla di tutto questo, non vi è nulla di subdolo o manipolatorio, poiché si tratta "meramente" di quello che l'algoritmo "fa" quando profila. E tuttavia, le conseguenze sulla libertà di scelta del consumatore, in questo secondo caso, possono forse dirsi più gravi e radicali, risultando compromessa non tanto la sua capacità di compiere una scelta libera e consapevole, bensì la possibilità stessa di compiere, *tout court*, una scelta.

**SEZIONE I**  
**LESIONE DELLA LIBERTÀ POSITIVA. LE PATOLOGIE**  
**DELLA PROFILAZIONE.**

**2. Discriminazione di prezzo e compromissione della capacità di compiere una scelta consapevole.**

Come già si è avuto modo di rilevare (cfr. *supra*, cap. I, § 7), uno dei più tradizionali scopi per il perseguimento del quale l'impresa ricorre alla profilazione è quello della c.d. discriminazione di prezzo.

In via di prima approssimazione, si può dire che con tale lemma ci si riferisce alla pratica consistente nell'offerta di identici prodotti o servizi per un diverso prezzo a diversi soggetti, fondata sull'utilizzazione di alcune rilevanti informazioni relative ai medesimi soggetti destinatari dell'offerta stessa.<sup>238</sup> Tale differenziazione, è necessario evidenziare, *non* deve dipendere, affinché possa propriamente parlarsi di discriminazione di prezzo, da una differenza nei costi che l'impresa sostiene per fornire quel determinato bene o servizio. A titolo d'esempio: il costo di trasporto di un prodotto può variare a seconda del luogo in cui il medesimo deve essere recapitato, facendo conseguentemente differire il prezzo che verrà corrisposto dall'acquirente; il *quantum* di un premio assicurativo differirà a seconda dello stimato costo che l'assicurazione dovrà sostenere nell'ipotesi in cui si verificasse il sinistro. In tali casi, nonostante la diversità di prezzo per un medesimo prodotto o servizio (fondata – specialmente nel secondo esempio – su informazioni relative al destinatario dello stesso), non si ha discriminazione di prezzo in senso tecnico.<sup>239</sup>

Volendo, allora, fornire una definizione più precisa ed esaustiva del fenomeno che tenga specialmente conto di quanto affermato dalla letteratura economica,

---

<sup>238</sup> Cfr. A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, in *Journal of Technology Law & Policy*, 2014, p. 44; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, p. 348.

<sup>239</sup> A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, Massachusetts, 2016, p. 85 ss.; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 351.

si dirà che l'espressione in parola «viene utilizzata per indicare tutti quei casi di concorrenza imperfetta nei quali una impresa offre il medesimo bene a prezzi differenti e maggiori del costo marginale di quel prodotto o servizio; [...] scopo precipuo delle imprese che optano per questa strategia è quello di calcolare dei prezzi che, anziché dipendere dai costi di produzione e commercializzazione, derivano dalla domanda e, in particolare, dalla disponibilità a pagare (anche detta, prezzo di riserva) dei loro diversi acquirenti»<sup>240</sup>. In sintesi: la differenza nel prezzo corrisposto, questo il dato su cui focalizzare l'attenzione, non dipende dal differente costo del prodotto, bensì dalla differente *disponibilità a pagare* del soggetto che lo vuole acquistare.<sup>241</sup>

E dunque: come individuare tale “prezzo di riserva” dell'acquirente?

Ebbene, da tempo sono note e ampiamente praticate (nonché, tendenzialmente accettate)<sup>242</sup> forme di discriminazione cc.dd. “di terzo grado”<sup>243</sup>, basate ovvero sulla segmentazione dei consumatori in categorie – o, usando una terminologia ormai acquisita, in ampi (e approssimativi) profili - attraverso l'utilizzazione di criteri agilmente verificabili, quali ad esempio la provenienza geografica o

---

<sup>240</sup> Così M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, pp. 99-101; si veda l'ampia bibliografia *ivi* citata.

<sup>241</sup> Cfr. anche T. DE GRAAF, *Consequences of nullifying an agreement on account of personalised pricing*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, p. 184, il quale riporta: «According to the OECD Secretariat's background note titled 'Personalised Pricing in the Digital Era', personalised pricing can be defined as “any practice of price discriminating final consumers based on their personal characteristics and conduct, resulting in prices being set as an increasing function of consumers' willingness to pay”. Using personalised pricing, suppliers seek to sell goods and services to each individual consumer at the maximum price they are prepared to pay for such good or service».

<sup>242</sup> Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 351; C. TOWNLEY, E. MORRISON, K. YEUNG, *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, in *Yearbook of European Law*, 2017, p. 704

<sup>243</sup> Sui diversi “gradi”, ovvero sulle tipologie di discriminazione di prezzo di cui alla letteratura economica, su tutti, H. R. VARIAN, J. FARREL, C. SHAPIRO, *The Economics of Information Technology – An Introduction*, Cambridge, United Kingdom, 2004, p. 12 ss. Vedasi, altresì: K. CARROLL, D. COATES, *Teaching Price Discrimination: Some Clarification*, in *Southern Economic Journal*, 1999, p. 470 s.; A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 55 s.; M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., pp. 101-103; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 350 ss.

l'età, che vengono adottati a indice, appunto, della loro differente disponibilità a pagare. L'esempio più comune è quello della sala cinematografica che, sull'assunto di una ridotta capacità di spesa, pratica un prezzo ridotto per bambini, studenti e anziani.<sup>244</sup>

Ma nel già ampiamente sopra descritto<sup>245</sup> attuale contesto “datificato”, in cui la profilazione operata per il tramite di algoritmi di IA, al costante aumentare di dati, conquista livelli di sofisticatezza ed individualizzazione fino ad alcuni anni fa non immaginabili, quelle forme di grossolana segmentazione “di terzo grado” fondata su limitate e facilmente conoscibili informazioni stanno gradualmente lasciando spazio a ben più raffinate e sempre più ristrette “clusterizzazioni” capaci di individuare, con elevata e dettagliata approssimazione, la disponibilità a pagare dei consumatori digitali. Nel contesto *big data*, le costantemente crescenti capacità di minuziosa profilazione e, dunque, di sempre più dettagliata individuazione del prezzo di riserva del consumatore, in altri termini, stanno progressivamente avvicinando la discriminazione di terzo grado a quella che, fino a pochi anni fa, era considerata dalla letteratura un'ipotesi non più che teorica: la c.d. discriminazione “perfetta” o di “primo grado”, consistente nell'applicazione di un prezzo propriamente “personalizzato” in quanto corrispondente alla massima disponibilità a pagare del singolo acquirente.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 101.

<sup>245</sup> Cfr. in particolare cap. I, § 8.

<sup>246</sup> Sebbene alcuni autori sostengano che: «*What is particularly new in the data-driven economy is that first-degree price discrimination becomes possible. Firms obtain data on individual consumers—such as their location, device and browser used for orders, and browsing and shopping history—that allow firms to assess each individual consumer's reservation price for a particular product or service*» (così, G. WAGNER, H. EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, p. 585 s.); la dottrina maggioritaria avverte, più precisamente, che, pur nel contest *big data*, la profilazione, in verità, consente non tanto di raggiungere la discriminazione di prezzo perfetta, quanto piuttosto una sofisticata forma di discriminazione di terzo grado che ad essa può dirsi avvicinarsi: cfr. A. ACQUISTI, C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, in *Journal. of Economic Literature*, 2016, p. 466; M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 103 s.; O. BAR-GILL, *Algorithmic Price Discrimination When Demand is a Function of Both Preferences And (Mis)Perceptions*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, p. 217. Per una sintetica spiegazione delle ragioni economiche in forza delle

Come suggestivamente osserva un'autrice, si assiste ad una sorta di peculiare ritorno al passato: se è vero che, rispetto ad una precedente epoca in cui gli scambi avvenivano attraverso transazioni individualizzate e in cui il prezzo veniva individuato all'esito di «serrate contrattazioni faccia a faccia» tra venditore e compratore, la rivoluzione industriale ha condotto ad una tendenziale uniformazione dei prezzi, determinati non più su base individuale, bensì in ragione dei costi di produzione; ebbene, la nuova era *data-driven* sta senza dubbio rappresentando un ritorno ai prezzi individualizzati, non più dipendenti dall'analisi dei *costi*, bensì ricavati dall'analisi dei *consumatori*.<sup>247</sup> E tuttavia, proprio da tale ultimo elemento evocato, quello, cioè, dell'analisi dei consumatori, sorge spontanea una parziale correzione, o meglio un'integrazione, della riportata suggestione. Si tratta, a bene vedere, di un ritorno al passato che conserva una fondamentale caratteristica del presente: l'assenza di trattative, poiché il prezzo individualizzato della contemporaneità *data-driven*, invero, non costituisce affatto l'esito, dipendente dalle mutevoli abilità di contrattazione delle parti, di un confronto faccia a faccia tra le medesime, bensì consiste in una unilaterale imposizione da parte del venditore che si fonda sulla conoscenza (ancora, unilaterale) di informazioni personali del compratore, informazioni dalle quali il primo è in grado di disvelare, a proprio profitto, la massima disponibilità a pagare del secondo. Ora, sul piano fattuale, guardando alle evidenze empiriche, è doveroso riportare che, in effetti, a parte qualche noto caso giunto agli onori delle

---

quali la c.d. discriminazione di primo grado costituisce ancora un risultato, nella pratica, non compiutamente raggiungibile, cfr. A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 57 s.

<sup>247</sup> M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 103, nota 16, ove richiama R.G. CROSS, A. DIXIT, *Customer-centric pricing: the surprising secret for profitability*, in *Business Horizons*, 2005, p. 483.



cronache<sup>248</sup>, benché non manchino studi tesi a dimostrarne l'esistenza<sup>249</sup>, la letteratura tende ad avvertire lo studioso del tema in esame della mancanza di univoche evidenze in merito al fatto che le imprese facciano effettivamente ricorso a tale pratica in via diffusa e sistematica<sup>250</sup>. E tuttavia, d'altra parte, la medesima letteratura riconosce, da un lato, che, considerata la difficoltà di dare puntuale prova del fenomeno, non è possibile escludere che lo stesso già non sia più diffuso di quanto non sembri<sup>251</sup> e, dall'altro lato e in ogni caso, che, esistendone senza dubbio le possibilità tecniche di realizzazione nonché l'evidente interesse economico a farvi ricorso, non può essere escluso che le imprese non metteranno in campo tale pratica, appunto in via diffusa e

---

<sup>248</sup> Si è cominciato a parlare del fenomeno della discriminazione di prezzo *online*, e quindi a studiarlo, quando nel 2000 diverse testate giornalistiche denunciarono la vendita di DVD da parte di Amazon a prezzi differenti, la cui variabilità, più in particolare, parve correlata ai precedenti acquisti compiuti sul medesimo sito: cfr. A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 48, il quale richiama un articolo del *Washington Post* del 27 settembre 2000 (“*On the Web, Price Tags Blur*”), reperibile al [linkwww.washingtonpost.com](http://linkwww.washingtonpost.com); F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 349, il quale richiama un articolo della *BBC* dell'08.09.2000 («*Amazon's old customers 'pay more'*»), reperibile al [linkwww.news.bbc.co.uk](http://linkwww.news.bbc.co.uk). Un altro caso che ha occupato le pagine dei giornali è quello della nota società di prodotti di cancelleria *Staples Inc.*: come riportano C. TOWNLEY, E. MORRISON, K. YEUNG, *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, cit., p. 683, «*a Wall Street Journal investigation found that Staples Inc.'s website displays different prices to people after estimating their locations. If rival stores were physically located within approximately 20 miles from that person's estimated location, Staples.com usually showed a discounted price*».

<sup>249</sup> Cfr. M. ROSE, M. RAHMAN, *Who's Paying More to Tour These United States? Price Differences in International Travel Bookings*, in *Technology Science*, 2015, p. 1; O. BAR-GILL, *Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)Perceptions*, cit., p. 223, il quale riporta: «*Hannak et al. analyzed real-world data from 300 consumers who visited 16 e-commerce websites and found evidence of personalization on four general retailers and five travel sites, including cases where sites altered prices by hundreds of dollars*».

<sup>250</sup> Cfr. A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 52; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 349; A. PEZZOLI, A. TONAZZI, *Discriminazione e collusione tacita tra lessico, intelligenza artificiale e algoritmi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, p. 203.

<sup>251</sup> Vedasi F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 349, il quale evidenzia: «*personalized pricing may happen covertly. It is difficult to detect whether companies actually adjust prices based on an individual's characteristics. Prices may fluctuate for generic reasons. For instance, [...] airline ticket prices fluctuate based on many factors such as the days before departure and the seats left. Hence, if you delete your cookies and see a different price for an airline ticket, it is not proven that the airline adapts prices to people's cookie profiles*».

puntuale, in un prossimo futuro.<sup>252</sup> In altri termini, sebbene sul piano empirico ancora non vi siano incontrovertibili prove circa un esteso ricorso da parte delle imprese a una simile avanzata forma di discriminazione di prezzo, risulta nondimeno opportuno determinare se e per quali ragioni essa possa integrare una pratica problematica di cui è bene che l'ordinamento giuridico si interessi. Benché, infatti, nel contesto dei discorsi che si vanno conducendo, possa già risultare intuitivamente evidente la problematicità che caratterizza il fenomeno in parola, al fine di propriamente inquadrare giuridicamente le ragioni in forza delle quali è bene che l'ordinamento se ne interessi, è necessario in primo luogo dare conto delle ragioni in virtù delle quali esso, in verità, problematico *non* è.

### **3. *Segue.* Alcune obiezioni al fatto che la discriminazione di prezzo costituisca un problema di cui l'ordinamento si dovrebbe interessare.**

Se si guarda alla discriminazione di prezzo dall'economico angolo visuale degli effetti che determina sull'efficienza del mercato, essa, invero, lungi dal costituire un fenomeno problematico, sembra invece integrare una pratica, per diverse ragioni, addirittura desiderabile.<sup>253</sup>

Così è, senza dubbio, laddove si consideri l'effetto che essa determina sul c.d. "benessere totale o sociale": attraverso i prezzi personalizzati, infatti, l'impresa aumenta la produzione e innalza i livelli della domanda, poiché rende accessibile il bene prodotto anche a quei soggetti i quali, in un mercato "a prezzo fisso" superiore alla loro disponibilità a pagare, non avrebbero

---

<sup>252</sup> Cfr. A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 70; F. ZUIDERVEEN BORGESIUUS, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 350; G. WAGNER, H. EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, cit., p. 586.

<sup>253</sup> Si tenga presente che la prospettiva che viene qui adottata è quella di un'efficienza di mercato che guarda al c.d. benessere del consumatore, ovvero ai riverberi che la discriminazione di prezzo ha su quest'ultimo. In altri termini, esulano dall'ambito di interesse dei presenti discorsi le questioni che la pratica in esame solleva rispetto al diritto della concorrenza "in senso stretto", ovvero rispetto ai rapporti tra imprese che di essa si possono avvalere (poiché possiedono i mezzi, in primo luogo il capitale, per farlo) e imprese che, non avendo invece la possibilità di servirsene, rischiano di essere estromesse dal mercato.

acquistato il bene. Sul piano dell'efficienza allocativa, in altri termini, la letteratura è concorde nello schierarsi in favore della pratica in esame.<sup>254</sup>

Anche dal punto di vista del c.d. "benessere individuale", sebbene gli effetti della discriminazione siano in questo caso, per vero, più ambigui, paiono comunque avanzabili delle valide ragioni a suo sostegno.

Dall'un lato, occorre, infatti, considerare che, più la discriminazione di terzo grado, grazie alle sofisticate tecnologie di cui si è detto, si avvicina a quella di primo grado, più il prezzo praticato al consumatore si avvicinerà alla sua massima disponibilità a pagare: quest'ultimo, dunque, si vedrà diminuire il proprio "surplus individuale"<sup>255</sup>. In altri termini, se il mercato, oltre che strumento di allocazione delle risorse, vuole altresì essere efficiente strumento distributivo di ricchezza, da tale ultimo punto di vista pare necessario constatare che la discriminazione di prezzo si risolve in uno squilibrato arricchimento dell'impresa.<sup>256</sup> Per di più, allo squilibrio distributivo che si determina tra impresa e consumatore, si cumula, evidentemente, un secondo squilibrio, tra consumatore e consumatore. Come, infatti, affermato con efficace sintesi: «*price discrimination creates winners and losers*»<sup>257</sup>. Si consideri il seguente esempio (dal quale si può anche plasticamente cogliere la differenza tra benessere totale e individuale): due consumatori, rispetto a un bene il cui costo marginale di produzione equivale a €1, hanno una disponibilità a pagare rispettivamente di €2 ed €1,5; ebbene, se ai fini del

---

<sup>254</sup> Cfr. M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 98 e 111 ss.; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 353 ss.; M. CAPPAL, *Social economy, gestione dei dati e tutela della concorrenza*, in *Consumerism 2017. Decimo Rapporto annuale. Dalla sharing alla social, alla data economy. Big data, fake news, privacy e pubblicità*, 2017, p. 43, reperibile al link [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it); AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020, p. 106, reperibile al link [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>255</sup> Come chiaramente lo definiscono C. TOWNLEY, E. MORRISON, K. YEUNG, *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, cit., p. 689: «*The surplus of an individual consumer is the difference between what she is willing to pay for the good and the price of the good*».

<sup>256</sup> M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 123; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 355.

<sup>257</sup> C. TOWNLEY, E. MORRISON, K. YEUNG, *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, cit., p. 700.

benessere totale è del tutto indifferente che il bene stesso venga venduto al primo per € 2 ed al secondo per €1,5 ovvero ad entrambi per un prezzo fisso di €1,5, ai fini del benessere individuale è invece più che evidente lo squilibrio che si determina tanto tra impresa e consumatori quanto tra consumatore e consumatore se il bene viene venduto al primo per € 2 e al secondo per € 1,5. Dall'altro lato, tuttavia, e sempre su di un piano di giustizia distributiva, occorre altresì rilevare che, se è vero che la disponibilità a pagare è espressione, oltre che delle preferenze, anche del reddito dei consumatori, allora si deve concludere che i prezzi personalizzati, «maggiori per coloro che hanno disponibilità superiori e minori per coloro che hanno disponibilità inferiori, [...] rendono più poveri i più ricchi e meno poveri i meno ricchi»<sup>258</sup>: nei termini di cui sopra, i “losers” sono i soggetti con maggiori risorse, i “winners” sono i meno abbienti, coloro che hanno minore capacità di spesa. In secondo luogo, se, come detto, è vero che l'impresa tenderà a ridurre, a proprio vantaggio, il *surplus* del consumatore, d'altra parte, il *surplus* aggregato, complessivo dei consumatori tenderà ad aumentare a mano a mano che più consumatori, prima esclusi dal mercato a prezzi fissi superiori alla loro disponibilità, potranno accedervi grazie alla personalizzazione del prezzo.<sup>259</sup>

Come si diceva, insomma, perlomeno sul piano economico, tanto da un punto di vista allocativo delle risorse, quanto da un punto di vista distributivo della ricchezza, sembrerebbero esservi valide motivazioni invocabili a sostegno della pratica in esame.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 98.

<sup>259</sup> Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIJUS, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 353 ss.

<sup>260</sup> È alla luce delle riportate considerazioni che viene tendenzialmente esclusa la sussumibilità della pratica in esame nell'ambito di operatività dell'art. 102 TFUE, la quale disposizione, vietato al par. 1 «lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno», al par. 2, lett. c) individua quale esemplificativa pratica abusiva vietata «l'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza». Vero, che, dall'un lato, si ritiene possibile superare in via ermeneutica l'ostacolo rappresentato dal dato testuale facente riferimento ai “rapporti commerciali con gli altri contraenti” (e, dunque, per interpretazione consolidata, ai soli rapporti tra imprese) in favore di un'evolutive interpretazione secondo la quale – in estrema sintesi – se la *ratio* sottesa alla disposizione in parola è quella della tutela della concorrenza intesa (anche) come benessere

Ebbene, rispetto a tale complessiva ricostruzione, è stata cionondimeno sollevata da diversi autori<sup>261</sup> una non secondaria critica: non corrisponde al vero affermare che i consumatori che si vedono praticati prezzi più elevati sono i consumatori “più ricchi” o con maggiore capacità di spesa, per la semplice ragione che l’algoritmicamente individuata disponibilità a pagare non è, in effetti, meramente e pianamente dipendente da quest’ultima. Invero, i “losers”, i consumatori ai quali l’algoritmo decide di applicare un prezzo più elevato, non sono soltanto i soggetti rispetto ai quali è individuata una maggiore disponibilità economica, ma sono anche coloro che, affatto necessariamente “benestanti”, vengono dall’IA qualificati come “indifferenti” o “insensibili” al prezzo<sup>262</sup>. E ciò può bene accadere se, a titolo d’esempio, il consumatore, per le più diverse ragioni (fretta, pigrizia, mancanza di perizia nell’uso dello strumento tecnologico...), quando compie acquisti *online*, si ferma, per così dire, alla prima vetrina, non navigando oltre in cerca di offerte e prezzi più convenienti per il prodotto che intende acquistare.<sup>263</sup>

---

del consumatore, allora la medesima previsione di cui al 102 TFUE deve essere riferita (anche al pregiudizio subito da quest’ultimo (cfr. sul punto, tra gli altri, M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 120 ss. e la bibliografia *ivi* citata); ebbene, se pure tale esito interpretativo può essere accolto, si diceva, resta comunque ferma, dall’altro lato, la difficoltà a ritenere integrato l’illecito di cui a tale disposizione appunto in considerazione della difficoltà ad «ipotizzare condotte di sfruttamento quando i prezzi personalizzati hanno un impatto negativo sul benessere di alcuni consumatori, quelli con la disponibilità a pagare maggiore, ma hanno un impatto positivo sul benessere di altri consumatori, quelli con la disponibilità a pagare minore»); così, tra gli altri, AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 106. Sul tema, vedasi anche C. TOWNLEY, E. MORRISON, K. YEUNG, *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, cit., p. 719 ss.

<sup>261</sup> Cfr., tra gli altri, T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2003, p. 30 s.; C. TOWNLEY, E. MORRISON, K. YEUNG, *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, cit., p. 717; K. YEUNG, *Five fears about mass predictive personalization in an age of surveillance capitalism*, in *International Data Privacy Law*, 2018, p. 262; G. WAGNER, H. EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, cit., p. 588.

<sup>262</sup> K. YEUNG, *op. ult. cit.*, *ivi*, richiamando A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition*, Cambridge, Massachusetts, 2016, p. 114, li definisce “*sleepers*”. Cfr. anche T. Z. ZARSKY, *op. ult. cit.*, p. 30: «*Products could be overcharged when it is evident from the information at hand that the customer is uninformed, unaware of competing products, hurried, or simply indifferent to the price of the product*».

<sup>263</sup> Vedasi K. YEUNG, *op. loc. ult. cit.*, la quale osserva, peraltro, che i soggetti dall’algoritmo qualificati come “indifferenti” al prezzo «*are likely to be vulnerable individuals, including*

A tale ultima pur fondata osservazione si può, tuttavia, opporre un argomento di natura affatto diversa, il quale andrebbe a vigorosamente rinsaldare la (apparente) convinzione per la quale il fenomeno in esame non costituisce un problema di cui il giurista avrebbe da interessarsi: salvo casi eccezionali quali, ad esempio, l'imposizione di un prezzo *ex lege* (cfr. art. 1339 c.c.), l'ordinamento giuridico si disinteressa di quest'ultimo, non imponendo alcun controllo sulla sua congruità. Paradigmatico, in questo senso, l'art. 34, comma 2, cod. cons. in tema di clausole vessatorie, ai sensi del quale «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile»: in altri termini, se il consumatore è messo in condizione di comprendere con chiarezza lo scambio cui acconsente, la disposizione ammette finanche la corresponsione di un prezzo squilibrato.

Invero, come affermato con efficace sintesi da autorevole dottrina, «il prezzo non è, nei singoli casi, né giusto né ingiusto»<sup>264</sup>. Come, infatti, già si è avuto modo di ricordare (cfr. *supra*, cap. I, § 2), in virtù del principio di autonomia contrattuale, le parti devono ritenersi libere di determinare il contenuto del contratto e, dunque, in primo luogo, il prezzo.<sup>265</sup> Se il venditore stabilisce un certo prezzo ed il compratore liberamente lo accetta, non si vede ragione per la quale l'ordinamento dovrebbe intervenire. Ancora, altra dottrina significativamente rileva: «radicata nella teoria liberale è cioè l'idea che il valore dei beni debba essere determinato esclusivamente dal giudizio soggettivo delle parti, motivo per cui sono rifiutate non troppo implicitamente

---

*those on low incomes, the elderly, the digitally disempowered (including those with no ready access to the internet), and the poorly educated. The digital footprint of these individuals may superficially suggest that they have a low price-elasticity of demand (meaning that they are not very responsive to, nor care much about, price changes) because they fail to search out the best deal or switch providers when prices rise. Accordingly, these individuals are more likely to be offered higher prices than well informed, digitally engaged and financially savvy consumers who regularly switch prices».*

<sup>264</sup> Così, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 70.

<sup>265</sup> Su tutti, cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXI, tomo 1, Milano, 1968, p. 43.

quelle teorie del ‘giusto prezzo’ che appartengono invece alla tradizione del diritto romano e del diritto medievale, secondo le quali i beni avrebbero un prezzo equo, indipendente e obiettivo»<sup>266</sup>.

Per di più, merita altresì di essere evidenziato, nelle ipotesi in esame si tratta di un prezzo che non è affatto “strappato” all’acquirente che versi in stato di pericolo o di bisogno (cfr. artt. 1447 e 1448 c.c.) o il cui consenso sia stato carpito con artifici o raggiri (cfr. art. 1440 c.c.); bensì si tratta di un prezzo che rispecchia a pieno, pur nella sua massima misura, la sua disponibilità a pagare, il valore che egli attribuisce al bene che intende acquistare: di nuovo, allora, se il compratore, non costretto né ingannato, liberamente acconsente a pagare la cifra che corrisponde precisamente a quanto egli stesso è disposto a spendere, dove si pone il problema? È a questa domanda che si cercherà di dare risposta nelle pagine successive.

#### **4. *Segue. “Ingiustizia” nel processo di formazione del prezzo: una nuova asimmetria informativa.***

Poco sopra, facendo ricorso alle autorevoli parole di Natalino Irti, si è osservato che il prezzo *in sé* «non è né giusto né ingiusto». Se ciò, come si è sinteticamente cercato di dimostrare, è vero, è ora il momento, tuttavia, di integrare tale affermazione: come lo stesso autore ammonisce e ricorda, infatti, «*la giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione: in ciò, che venditori e compratori abbiano osservato le regole della gara*»<sup>267</sup>. La risposta alla domanda posta in chiusura al precedente paragrafo è tutta racchiusa in tale affermazione.

Come ricorda sempre Irti, facendo a sua volta ricorso all’autorevolezza di Luigi Einaudi, «il mercato [...] non afferma che un prezzo sia più giusto dell’altro; ma dice semplicemente: quello è il prezzo. Il prezzo che si paga

---

<sup>266</sup> M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 125.

<sup>267</sup> N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 70.

effettivamente; non il prezzo basso di abbondanza desiderato dai consumatori e neppure il prezzo di scarsità che sarebbe l'ideale dei produttori»<sup>268</sup>.

Tale mercato al quale Einaudi fa riferimento è il mercato “tradizionale”, quello in cui il prezzo costituisce il fisiologico esito dell'incontro aggregato della domanda e dell'offerta che, nel “gioco” della concorrenza, raggiungono «uno stato ottimale di equilibrio»<sup>269</sup>: in tale mercato, i consumatori si tutelano vicendevolmente, poiché i meno “attenti” o “accorti”, coloro che sopra sono stati definiti “indifferenti” o “insensibili” al prezzo, beneficiano del comportamento dei più “sensibili”, i quali muovono al ribasso il “prezzo di mercato”.<sup>270</sup>

Ma nel mercato *data-driven* “il gioco” si svolge affatto diversamente, poiché all'interno di esso il consumatore è solo: o meglio, come efficacemente affermato, «*each individual becomes his or her own market*»<sup>271</sup>. In tale mercato, il procedimento di formazione del prezzo sfugge alla classica dinamica cui fa riferimento Einaudi per andare invece a esattamente corrispondere, nel momento in cui uguaglia la massima disponibilità a pagare del compratore, al «prezzo di scarsità ideale per i produttori».

Si osservava poco sopra: la profilazione algoritmica sta segnando un peculiare ritorno al passato nel senso di un abbandono della standardizzazione in favore di una spiccata individualizzazione. Ma, come appunto si diceva, più che di un ritorno al passato, sarebbe forse più opportuno parlare di un “ritorno al futuro”: la standardizzazione dei prezzi non cede il posto ad una individualizzazione

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, ove l'autore cita L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1948, p. 8.

<sup>269</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, cit., p. 21.

<sup>270</sup> Esemplicative in questo senso le parole di G.WAGNER, H. EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, cit., p. 606 s.: «*Markets are never perfect, and consumers are never perfectly informed. But under circumstances as they prevailed in the past, ill-informed consumers could often rely on a rather small group of well-informed consumers to move the market in the right direction. The most straightforward example is price: every consumer benefits from a comparatively low market price that is the fruit of competition of sellers for the relatively small group of consumers who do engage in price comparisons and search for the lowest price*».

<sup>271</sup> *Id.*, p. 607.



fondata sulle trattative di due parti che, attraverso di esse, *si conoscono* e così scoprono le reciproche disponibilità a vendere e ad acquistare, bensì cede il passo ad una personalizzazione che trova la propria possibilità di esistere nel fatto che una parte, quella che fissa il prezzo, *unilateralmente conosce* l'altra. Come già si è avuto modo di rilevare (cfr. *supra*, cap. I, § 5), il mercato "tradizionale" è notoriamente caratterizzato da una "fisiologica debolezza"<sup>272</sup> del consumatore rispetto al professionista, debolezza che si identifica nell'asimmetria informativa che connota i rapporti tra i due soggetti e che è imputabile al «deficit di potere contrattuale che contraddistingue una parte rispetto all'altra»<sup>273</sup>. Spiega, infatti, Alberto Maria Benedetti che «il consumatore è in definitiva debole perché non sa, e questa sua ignoranza spazia dai contenuti dell'affare di cui il contratto è veste giuridica [...] alle modalità anche procedurali con cui egli è chiamato ad esprimere la propria volontà di concluderlo»<sup>274</sup>.

Ebbene, nel mercato *data-driven*, in ragione di quanto argomentato, si assiste all'emersione di un'inedita forma di asimmetria tra il professionista profilante ed il consumatore profilato, di un'inedita debolezza che colpisce quest'ultimo e che si colora di "patologico", poiché essa non riguarda la naturale condizione in cui versano le parti rispetto all'affare da concludere, rispetto, cioè, ad un assetto di interessi di cui il professionista, operando «nell'esercizio della propria attività di impresa, commerciale, artigianale o professionale» (cfr. art. 3, lett. c), cod. cons.), è per definizione esperto, laddove invece il consumatore, il quale «agisce per scopi estranei» a tali attività (cfr. art. 3, lett. a), cod. cons.), per definizione esperto non è; tali inedite debolezza e asimmetria, invece, derivano dalla conoscenza che il profilante acquisisce rispetto alla *stessa persona* del consumatore: "seguito" e "osservato" nei suoi più diversi movimenti in rete, "analizzato" e "ricostruito" sotto forma di profilo attraverso

---

<sup>272</sup> A. M. BENEDETTI, voce "Contratto asimmetrico", in *Enc. del dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 373.

<sup>273</sup> *Id.*, p. 374.

<sup>274</sup> *Ibidem*.

opache e non immediatamente percepibili e spiegabili operazioni algoritmiche<sup>275</sup>, quest'ultimo, reso "trasparente", viene disvelato e scoperto nelle sue intenzioni di acquisto, nella sua capacità di spesa, nella sua sensibilità o insensibilità al prezzo, nella sua disponibilità a pagare.

Se le «regole della gara» cui faceva riferimento Irti vogliono tutelare la sovranità del consumatore intesa come capacità di esercitare una *scelta consapevole*<sup>276</sup>, emerge in tutta la sua evidenza, di fronte alla nuova asimmetria di cui si è detto, l'insufficienza delle tradizionali regole approntate per riequilibrare e rimuovere un'asimmetria informativa e una debolezza profondamente diverse.

Si pone, in altri termini, un nuovo problema di (in)consapevolezza. Invero, potrebbe avere un sapore quasi retorico il domandarsi se sia "sovrano" e "consapevole", nel suo muoversi nel mercato, un consumatore che non sa: i) che la controparte lo "segue", "osserva" e "analizza" al fine di potergli praticare, una volta conosciuta la sua disponibilità a pagare, un prezzo personalizzato; ii) quali sono le informazioni dalla controparte conosciute e qual è il profilo inferito dall'algoritmo sulla base del quale il prezzo viene personalizzato; iii) le ragioni in forza delle quali l'algoritmo è giunto a costruire quel profilo e come, laddove egli ritenga erronea la medesima determinazione algoritmica<sup>277</sup>, influire su di essa.

---

<sup>275</sup> V. cap. I, sezione II, *passim* e spec. § 8.

<sup>276</sup> Cfr., tra gli altri, A. M. BENEDETTI, voce "Contratto asimmetrico", cit., p. 375; M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, cit., p. 27 e v. cap. I, § 5 e la bibliografia *ivi* citata.

<sup>277</sup> Rispetto alla possibilità che l'algoritmo, pur elaborando informazioni veritiere, possa giungere a conclusioni erronee, si consideri l'esempio proposto da T. Z. ZARSKY, "Mine your own business!": *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, cit., p. 21: «Ms. Gray has received notice indicating that she would be charged a high premium for insurance. [...] the facts accumulated by the company are true: Ms. Gray subscribes to Scuba Magazine, visits Internet sites discussing bungi jumping, and travels each year to the Himalayas. Given these facts, the insurance firm concluded that Ms. Gray is a "risk-taker" and priced her policy accordingly. However, this conclusion is far from accurate, as Ms. Gray's idea of risk-taking is buying blue chip stocks and boarding the subway after 6 p.m. She is currently writing an article about the dangers of extreme sports, and travels to Tibet to visit her son».

È allora opportuno brevemente sottoporre a verifica tali individuati “livelli di inconsapevolezza”. Rispetto ad ognuno di essi, in effetti, la soluzione normativa sembrerebbe già esistere; e tuttavia, come già rilevato (vedasi *supra*, cap. I, sezione II, *passim*) e come nuovamente si cercherà di porre in evidenza, diversi sono gli aspetti problematici che ciononostante permangono.

Cominciando dal primo, immediato è il richiamo alle disposizioni di cui al GDPR: dalla trama di principi - in particolare, di correttezza, trasparenza e limitazione delle finalità di cui all’art. 5, lett. a) e b) - e di regole - in particolare, tra le altre, gli obblighi informativi di cui agli artt. 12 ss. - sanciti dal Regolamento, il consumatore interessato da un trattamento dei propri dati personali deve senza dubbio assumersi normativamente messo nelle condizioni di essere ben consapevole, nel momento della raccolta dei dati, del fatto che essi verranno, appunto, trattati e delle specifiche finalità cui il trattamento medesimo è teso. Ancora, e in via più specifica, sarà agevole osservare che ai sensi del combinato disposto degli artt. 22, par. 2, lett. c) e 13, par. 2, lett. f), GDPR il consumatore interessato da un trattamento automatizzato quale la profilazione deve essere puntualmente informato, affinché il consenso al trattamento stesso possa dirsi validamente prestato<sup>278</sup>, della esistenza di tale medesimo processo decisionale automatizzato, nonché delle «conseguenze previste». In altri termini e in sintesi: il consumatore che viene sottoposto a profilazione per finalità relative all’applicazione di un prezzo personalizzato deve considerarsi, nel momento in cui acconsente alla profilazione stessa, consapevole della messa a disposizione dei propri dati, consapevole del trattamento di profilazione che ne seguirà e consapevole del fatto che quest’ultima condurrà alla discriminazione di prezzo. In secondo luogo, merita di essere rilevata la recente modifica apportata alla Direttiva UE n. 2011/83 sui diritti dei consumatori dalla Direttiva UE n. 2019/2161 (c.d. “Direttiva *omnibus*”): preso atto, al considerando 45, che «i professionisti possono

---

<sup>278</sup> Si ricorda che, come già argomentato (cfr. *supra*, cap. I, § 11), il consenso dell’interessato deve ritenersi l’unica possibile condizione di liceità *ex art.* 6 GDPR per un trattamento di profilazione.

personalizzare il prezzo delle loro offerte per determinati consumatori o specifiche categorie di consumatori sulla base di processi decisionali automatizzati e di profilazione del comportamento dei consumatori che permettono ai professionisti di valutare il potere d'acquisto dei singoli consumatori», e rilevato conseguentemente che «i consumatori dovrebbero pertanto essere chiaramente informati quando il prezzo che è loro offerto è personalizzato sulla base della decisione automatizzata, in modo da poter tenere conto dei potenziali rischi insiti nel loro processo decisionale di acquisto», l'art. 4, n. 4), lett. a), ii), Direttiva UE 2019/2161 ha disposto l'inserimento all'art. 6, Direttiva UE 2011/83 della “lettera e bis)”, ai sensi della quale, per i contratti conclusi a distanza, è fatto obbligo al professionista di informare il consumatore che «il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato».

Ebbene, tralasciando il fatto che, come rilevato da alcuni autori<sup>279</sup>, sul piano empirico, in evidente non conformità ai principi e alle regole di cui al GDPR sopra richiamati, nella maggior parte dei casi, l'interessato che abbia cura di diligentemente leggere l'informativa resa dal titolare si troverà dinanzi a vaghe e generiche locuzioni analoghe alla seguente: «*we use personal data to offer our customers better personalised services*»; come già osservato (cfr. *supra*, cap. I, § 10) e come meglio si dirà anche più avanti (cfr. *infra*, cap. III), il vero problema risiede nel fatto stesso di affidare la possibilità di effettuare un trattamento di profilazione al consenso dell'interessato, il quale, realisticamente, con grande difficoltà potrà dirsi esprimere una volontà davvero “informata”: di nuovo, sul piano empirico, numerose sono, infatti, le evidenze che dimostrano come quest'ultimo o non legga affatto o non comprenda l'informativa resa dal titolare, che per essere completa ed esaustiva non può che essere molto lunga e molto tecnica<sup>280</sup>; alla prova dei fatti,

---

<sup>279</sup> F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, cit., p. 359.

<sup>280</sup> Cfr., tra i numerosi, A. MANTELERO, *Children online and the future EU data protection framework. Empirical evidences and legal analysis*, in *International Journal of Technology Policy & Law*, 2016, p. 169; ID., *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto*

insomma, il consenso reso non è nulla più di un'automatica, sbrigativa e disattenta "spunta".<sup>281</sup> In secondo luogo, per quanto si possa ritenere senza dubbio opportuna la previsione di cui alla Direttiva sui diritti dei consumatori di un obbligo informativo rispetto all'applicazione da parte del professionista di un prezzo algoritmicamente personalizzato, non può tuttavia non osservarsi che, invero, è ben scarna l'utilità della medesima informazione se il consumatore non conosce il profilo in forza del quale quel prezzo gli è stato praticato e se egli non sa come influire sulla formazione del profilo stesso.

Venendo, allora, a quest'ultimo proposito, agli ulteriori "livelli di inconsapevolezza" sopra individuati, circa il tema della conoscibilità del profilo (in virtù del quale il prezzo personalizzato viene applicato), è opportuno richiamare le considerazioni già sopra svolte (cfr. cap. I, § 13) rispetto alla esercitabilità del diritto di accesso di cui all'art. 15 GDPR.

Positivamente superata l'obiezione secondo la quale il profilo non costituirebbe un "dato personale", si è ammessa la possibilità, per l'interessato, di richiedere al titolare l'accesso tanto alle "informazioni di *input*", quelle cioè utilizzate dall'algoritmo per costruire il profilo, quanto alle "informazioni di *output*", ovvero le nuove informazioni inferite dall'algoritmo che vanno a costituire il profilo vero e proprio: in sintesi, come chiarificato anche dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 nelle Linee Guida sulla profilazione, si è potuto fondatamente sostenere l'esistenza di un diritto ad accedere «alle informazioni sul profilo e ai dettagli dei segmenti nei quali l'interessato è inserito»<sup>282</sup>. E tuttavia, tra gli altri ostacoli ravvisabili all'esercizio del diritto in parola, si è in

---

*dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. MANTELETO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 289, spec. p. 293 s.; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 94.

<sup>281</sup> Circa la consapevolezza dell'interessato rispetto al trattamento di profilazione, lapidarie le parole di M. HILDEBRANDT, *The dawn of a critical transparency right for the profiling era*, in *Digital Enlightenment Yearbook*, 2012, p. 49: «Whatever the written safeguards we find in the data protection directive, in practice most people most of the time do not have a hunch of what is happening to which data resulting in the application of what profiles».

<sup>282</sup> Così GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017, reperibili al link [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), p. 19.

via più radicale (retoricamente) osservato: se la profilazione avviene attraverso il trattamento e la (nuova) elaborazione di una quantità di dati “big”, che beneficio può trarre l’interessato dalla possibilità di accedere al profilo? Di fronte ad un’immensa quantità di informazioni, cui pure ha accesso, egli può davvero dirsi in condizione di *conoscere* il proprio profilo?

E ancora - e qui si pone il terzo individuato “livello di inconsapevolezza” -, se pure si ammette la possibilità di accedere al profilo, come può l’interessato affermare di averne conoscenza se non è in grado di comprendere il *perché* di quelle algoritmiche inferenze che lo costituiscono? In altri termini, la consapevolezza del consumatore cui è applicato un prezzo personalizzato postula di necessità che egli sia messo in condizioni di conoscere le ragioni in forza delle quali l’algoritmo ha determinato che quel prezzo dovesse essere “il suo prezzo”. Peraltro, è solo conoscendo le “motivazioni” dell’algoritmo sottostanti alla sua collocazione in un profilo invece che in un altro che il consumatore potrà dirsi avere la possibilità di influire, rettificandola, sulla costruzione del profilo medesimo.

E tuttavia – anche questo già lo si è argomentato<sup>283</sup> - rispetto a tale ultimo rilievo, non può non essere constatata l’esistenza dell’invalidabile barriera costituita dall’intrinseca in conoscibilità delle operazioni compiute dall’IA. Pertanto, se è vero che l’art. 16, GDPR attribuisce all’interessato il «diritto di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano», la portata applicativa di tale diritto rispetto al profilo risulta (se non del tutto inesistente) drasticamente limitata dal fatto che una possibilità di correzione postula, appunto, una *dimostrabile inesattezza*, una *verificabile* erronea determinazione: e tale dimostrabilità o verificabilità non appaiono, invero, predicabili rispetto al profilo costruito dall’IA.<sup>284</sup>

Volendo allora portare a sintesi i discorsi sin qui svolti, alla luce delle ultime considerazioni, dovrebbe risultare in tutta la sua evidenza come il problema

---

<sup>283</sup> Cfr. *supra*, cap. I, sezione II, *passim* e spec. § 8.

<sup>284</sup> V. anche *supra*, cap. I, § 12.

non sia rappresentato dalla pratica dei prezzi personalizzati *in sé* (in favore della quale, anzi, possono essere avanzati dei validi argomenti di carattere in primo luogo economico), quanto piuttosto dal fatto che il *processo* che conduce alla formazione del prezzo è connotato da una non riequilibrabile asimmetria tra la conoscenza che il professionista ha del consumatore e l'inconsapevolezza di quest'ultimo rispetto a tale medesimo processo e ai suoi meccanismi di funzionamento. Se pure, infatti, non volendosi guardare alla realtà fattuale, il consumatore, in virtù del “congegno” del consenso informato, può normativamente assumersi conoscere l'esistenza di un trattamento di profilazione finalizzato all'applicazione di un prezzo personalizzato, resterebbe in ogni caso l'ineliminabile ostacolo rappresentato dalla (in)conoscibilità del profilo costruito dall'IA: in definitiva, al consumatore cui viene applicato un certo prezzo, corrispondente alla sua algoritmicamente inferita disponibilità a pagare, non è dato sapere *perché* quello sia il “suo prezzo” e cosa eventualmente fare, come comportarsi per fare in modo che l'algoritmo determini altrimenti.

A rendere, infine, vieppiù problematico il quadro delineato si pone l'assenza di alternativa: se nella “realtà *offline*” il consumatore, non conosciuto nelle sue preferenze e capacità di spesa, può liberamente muoversi alla ricerca del prezzo che più si avvicina alle proprie migliori aspettative, al contrario, nella “realtà *online*” lo scenario che gli si presenta è del tipo «*take it or leave it*»<sup>285</sup>, poiché il profilo attraverso il quale egli è “scoperto” e “disvelato” è ubiquo come quella realtà e ineluttabilmente lo segue, come un' «ombra digitale»<sup>286</sup>, ovunque egli si muova nelle sue navigazioni.

---

<sup>285</sup> A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 55.

<sup>286</sup> M. S. GAL, *Algorithmic Challenges to Autonomous Choice*, in *Michigan Technology Law Review*, 2018, p. 68.

## 5. Pubblicità comportamentale e compromissione della capacità di compiere una scelta libera, non “condizionata”.

La profilazione, oltre a risultare strumentale all’analizzata pratica della discriminazione di prezzo, viene utilizzata dall’impresa all’ulteriore, più generale, scopo di operare una vera e propria discriminazione *tra gli stessi consumatori*. La quale discriminazione, in questo contesto, non deve essere intesa nell’accezione che essa assume quando viene considerata dalla c.d. disciplina antidiscriminatoria, ma deve essere invece compresa nel suo più generico e neutro, letterale ed etimologico significato di “separazione” o “distinzione”<sup>287</sup>: la profilazione consente di distinguere tra i potenziali acquirenti dei beni o servizi offerti dall’impresa e coloro che ai medesimi non sono, all’opposto, interessati.

Nella letteratura di *marketing* è nota e ricorrente l’espressione: «so che metà della mia pubblicità è sprecata. Il problema è che non so quale metà»<sup>288</sup>. In altri termini, se è vero che una delle principali preoccupazioni dell’impresa concerne non solo la capacità di far sapere che i propri prodotti sono sul mercato, ma anche quella di fare in modo che tale informazione raggiunga, nella massa indistinta dei soggetti che costituiscono la domanda, quei consumatori che, con maggiore probabilità, sono interessati ad acquistarli, la segmentazione dei consumatori in profili risulta precisamente funzionale a tale obiettivo, consentendo, appunto, di discriminare, di distinguere i soggetti cui indirizzare la pubblicità di un certo prodotto da coloro che possono invece essere ignorati in quanto presumibilmente non interessati all’acquisto.

Ora, analogamente a quanto osservato rispetto alla discriminazione di prezzo, da tempo l’industria pubblicitaria conosce e pratica, al fine di migliorare l’efficienza “allocativa” del messaggio pubblicitario, approssimative e, per

---

<sup>287</sup> Quando T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, cit., p. 22 e nota 60, afferma che, sulla base della profilazione, «*vendors have the ability to discriminate between consumers*», specifica poi, per l’appunto, che «*discrimination should be taken literally as “treating differently”*».

<sup>288</sup> A. MCSTAY, *Digital advertising*, Basingstoke, 2009, p. 187.



così dire, intuitive segmentazioni dei consumatori in ampie categorie sulla base di alcune note caratteristiche, quali, ad esempio, il sesso, l'età o la provenienza geografica.<sup>289</sup> Invero, nel contesto “statico” dei tradizionali canali pubblicitari (giornali cartacei, televisione, radio...) <sup>290</sup> più di questo non si può fare: si pensi al settimanale di moda femminile che pubblicizza capi d'abbigliamento da donna; o alla réclame di giochi per bambini presentata nella fascia oraria televisiva a questi dedicata; o, ancora, all'annuncio trasmesso da una radio locale dell'apertura in zona di un nuovo ristorante.

Il contesto “dinamico” della rete apre, invece, nuove possibilità. In primo luogo, merita osservare che nel *web*, in virtù delle caratteristiche strutturali dello stesso, gli spazi pubblicitari sono “flessibili”, “elastici”, poiché non conoscono il limite materiale, il “confine fisico” che, diversamente, strutturalmente connota i canali tradizionali. Paradigmaticamente, sul giornale cartaceo l'annuncio pubblicitario, una volta stampato, è evidentemente insostituibile; all'opposto, sul medesimo sito *web* risulta fattualmente possibile presentare a ogni visitatore un differente annuncio.

Ma tale fattuale possibilità resterebbe sterile e ignorata se non vi fosse modo di sapere come collegare il “giusto annuncio alla giusta persona”. La soluzione a tale problema – a questo punto del discorso, scontata – risiede nella profilazione algoritmica.

Invero, originariamente, i primi *banner* pubblicitari *online* negli anni '90 del secolo scorso e nei primi anni '2000 potevano ancora dirsi ampiamente rientrare nella tipologia di pubblicità c.d. “contestuale” (“*contextual*

---

<sup>289</sup> Cfr. J. TUROW, *The Daily You. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, New Haven, London, 2011, p. 4 e *passim*; GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, p. 5 e nota 3, reperibile al *link*: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>290</sup> Per una sintetica, ma chiara ricostruzione del “mercato della pubblicità”, ovvero dei meccanismi che governano i rapporti tra coloro che vogliono “piazzare” la pubblicità, gli *advertisers*, e coloro che la “ospitano”, i c.d. *publishers*, nel contesto dei *media* tradizionali e per un confronto con i diversi meccanismi che reggono invece il medesimo mercato nel contesto *online*, vedasi F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015, p. 17 ss.

*advertising*”)<sup>291</sup>: si trattava, cioè, di pubblicità strettamente - e, dunque, più rigidamente - legata al contenuto del sito visitato dall'utente. In termini esemplificativi, analogamente a quanto visto rispetto ai *media* tradizionali, sulla pagina *web* dedicata all'offerta di servizi di catering matrimoniale poteva essere verosimile trovare annunci pubblicitari aventi ad oggetto la confezione di abiti da sposa.

Volendo semplificare all'estremo, oggi, diversamente, in virtù della profilazione algoritmica, il visitatore di quella medesima pagina *web* continuerà a vedere proposti gli stessi annunci aventi ad oggetto abiti da sposa se il proprio profilo personale suggerisce un interesse in quel senso; ma se il profilo del visitatore suggerisce un interesse per le macchine da corsa, è verosimile che pure visitando quel medesimo sito dedicato a servizi di catering matrimoniale egli si vedrà proposti annunci pubblicitari relativi a vetture sportive.

Oggi, in termini più “tecnici”, la pubblicità *online*, in virtù dell'impetuosa avanzata della profilazione algoritmica, non è più (solo) contestuale, ma è (prevalentemente)<sup>292</sup> “comportamentale” (c.d. “*behavioural advertising*”)<sup>293</sup>. Come, infatti, riportato in letteratura: «*behavioural targeting, also referred to*

---

<sup>291</sup> Cfr., tra i numerosi, K. J. STRANDBURG, *Free Fall: The Online Market's Consumer Preference Disconnect*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2013, p. 99 e *passim*. Peraltro, come osserva anche l'autrice (*ivi*, p. 101 s.), è opportuno altresì evidenziare che tale tipologia di pubblicità non solo non è affatto scomparsa, ma in qualche modo, nel *web*, finisce invero con il con-fondersi con la c.d. pubblicità comportamentale – di cui subito si dirà – basata sulla profilazione.

<sup>292</sup> Circa la diffusione che tale tipologia di pubblicità già aveva poco meno di un decennio fa, *Id.*, p. 100 s.

<sup>293</sup> Su tutti, v. in particolare J. TUROW, *The Daily You. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, cit.; F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, cit., p. 15 ss. Vedasi anche GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, cit.; S. C. BENNETT, *Regulating Online Behavioral Advertising*, in *The John Marshall Law Review*, 2011, p. 899 ss.; O. TENE, J. POLONETSKY, *To Track or "Do Not Track": Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising*, in *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, 2012, p. 281 ss., K. J. STRANDBURG, *Free Fall: The Online Market's Consumer Preference Disconnect*, cit., p. 95 ss.; S. C. BOERMAN, S. KRUIKEMEIER, F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Advertising*, 2017, p. 363 ss.

*as behavioural advertising or online profiling, involves monitoring people's online behaviour, and using the collected information to show people individually targeted advertisements. [...] A technique used by online publishers and advertisers to increase the effectiveness of their campaigns. Behavioral targeting uses information collected on an individual's web browsing behavior such as the pages they have visited or the searches they have made to select which advertisements to be displayed to that individual. Practitioners believe this helps them deliver their online advertisements to the users who are most likely to be influenced by them»<sup>294</sup>.*

Al pari di quanto rilevato circa la discriminazione di prezzo, insomma, anche la pubblicità è sempre più personalizzata: costantemente seguito e osservato nei suoi “comportamenti” *online*, ovvero nelle sue azioni e navigazioni digitali, il consumatore rilascia dati<sup>295</sup> da cui originano, secondo il processo già ricostruito, profili sempre più specifici e dettagliati; sulla base della conoscenza rappresentata da questi ultimi, l'impresa è così in grado, nell'ambiente strutturalmente flessibile della rete, di proporre a ciascun consumatore una pubblicità sempre più mirata e aderente ai suoi personali interessi.

A fronte di tali constatazioni, sorge spontaneo l'interrogativo: qual è il problema? Di tale mirata (o “targettizzata”) pubblicità beneficia, infatti, non solo l'impresa offerente, la quale, raggiungendo un pubblico interessato, vede

---

<sup>294</sup> Così, F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, cit., p. 15. Similmente, spiega il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale* online, cit., p. 5: «la pubblicità comportamentale si basa sull'osservazione del comportamento delle persone nel tempo. Questo tipo di pubblicità cerca di studiare le caratteristiche del comportamento delle persone attraverso le loro azioni (frequentazione ripetuta di certi siti, interazioni, parole chiave, produzione di contenuti online, ecc.) al fine di elaborare un profilo specifico e quindi inviare messaggi pubblicitari che corrispondano perfettamente agli interessi dedotti».

<sup>295</sup> Si ricordi l'immagine del c.d. consumatore “iperconnesso” o “mediato” (cfr. cap. I, § 8) dallo strumento tecnologico, che, nel tenere traccia dei suoi movimenti digitali, esemplificativamente conosce «il numero di volte che egli ha visitato quel sito in precedenza; quale sito egli stava visitando immediatamente prima; quali pagine, in generale, ha visitato e per quanto tempo; quali prodotti ha acquistato e quali prodotti ha quasi acquistato; dove si trovava fisicamente quando ha visitato il sito; quale computer o *browser* stava utilizzando [...]»; così R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014, p. 1003 s. (traduzione a cura di chi scrive).

aumentate le probabilità di un acquisto, ma anche il consumatore, destinatario di offerte, appunto, di suo diretto interesse e aderenti alle sue preferenze di consumo.

Ora, noto e socialmente accettato (o, quantomeno, comunemente tollerato) il fatto che il fine cui mira la pubblicità non ha meramente natura informativa ma altresì persuasiva<sup>296</sup>, per rispondere all'interrogativo sollevato non può, forse banalmente o retoricamente, non osservarsi che, invero, in un contesto nel quale chi trasmette il messaggio pubblicitario puntualmente conosce gli interessi e le preferenze di chi lo riceve, il confine tra un'efficace, in quanto mirata, informazione pubblicitaria e un inopportuno, "invasivo" (se non manipolatorio) condizionamento si fa molto sottile, così come si fa sfumata la linea di demarcazione che vorrebbe distinguere tra una proposta pubblicitaria indirizzata ad un consumatore in virtù dei suoi rilevati interessi e preferenze e, all'opposto, un'offerta che, consapevole di questi, intende reindirizzarli, ovvero orientarli verso una diversa direzione.

Si consideri il seguente esempio fittizio ormai, nei suoi diversi riadattamenti, divenuto quasi tralaticio nella letteratura di settore.<sup>297</sup>

Da qualche tempo Tizio visita spesso siti *web* animalisti e ne condivide i contenuti sui *social network* ai quali è iscritto; sempre più frequentemente acquista al supermercato, tramite apposita *app*, tofu ed altri prodotti vegani; ha recentemente sottoscritto un abbonamento alla rivista *online* "National Geographic" e acquistato dei biglietti di ingresso per visitare una riserva naturale: sebbene non sia ancora giunto alla decisione di smettere di consumare carne, l'algoritmo responsabile della costruzione del suo profilo digitale per

---

<sup>296</sup> Significativa la definizione di "advertising" resa da J.I. RICHARDS, C.M. CURRAN, *Oracles on "advertising": searching for a definition*, in *Journal of Advertising*, 2002, p. 74: «[a] paid, mediated form of communication from an identifiable source, designed to persuade the receiver to take some action, now or in the future».

<sup>297</sup> Cfr. T. Z. ZARSKY, "Mine your own business!": making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion, cit., p. 39 s.; M. HILDEBRANDT, B. KOOPS, *The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era*, in *The Modern Law Review*, 2010, p. 435; M. HILDEBRANDT, *The dawn of a critical transparency right for the profiling era*, cit., p. 49; F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, cit., p. 81.

conto di “*Carne a volontà*”, una *joint venture* di imprese produttrici di carni bovine e suine, conclude che esiste un’elevata probabilità che egli, in pochi mesi, possa diventare vegetariano. In via del tutto automatizzata, l’algoritmo lancia dunque una massiccia campagna pubblicitaria finalizzata a far sì che Tizio mantenga le sue carnivore abitudini di consumo: così, egli inizia a ricevere via *email* alcuni buoni acquisto spendibili al *fast-food* vicino alla sua abitazione, il quale viene frequentemente pubblicizzato nei *banner* dei siti *web* da lui visitati; il suo “*news feed*” gli propone articoli scientifici relativi all’importanza di avere una dieta equilibrata e proteica che preveda il consumo di carne; l’*app* del supermercato presso il quale fa acquisti gli mette in più visibile evidenza, in quanto scontati, prodotti quali affettati e insaccati. Tizio, inconsapevole dell’interesse che l’algoritmo nutre nei suoi confronti, usufruendo con compiaciuta soddisfazione dei *coupon* e degli sconti ricevuti, continua così a consumare carne. In uno scenario parallelo, l’analisi dei comportamenti *online* di Tizio e l’inferita elevata probabilità di abbandono del consumo di carne sono invece attribuibili all’algoritmo impiegato da “*Vegalimentation*”, *joint venture* di imprese produttrici di alimenti vegani: nel finale di questa alternativa versione, evidentemente, Tizio, “aiutato” da un’efficace e mirata campagna pubblicitaria di segno opposto, prenderà la speculare decisione di smettere di consumare carne.

La “fiaba moderna” appena raccontata descrive, è chiaro, una situazione estremizzata<sup>298</sup>. E tuttavia essa consente di plasticamente rimarcare alcuni elementi – pur già segnalati - degni di nota: l’individuo, reso “*oggetto*” datificato *al centro* di un algoritmico processo automatizzato che lo studia e lo analizza, resta *sullo sfondo* di tale medesimo processo come “*soggetto*”, come *persona*, come – ricordando le parole di Isaiah Berlin – “un agente”, “uno che decide”, rassomigliando piuttosto ad “uno *per cui* si decide”, “*su cui* altri

---

<sup>298</sup> Ma non così lontana dalla realtà come si potrebbe essere indotti a credere. Si pensi, in tutt’altro ambito, al noto scandalo “*Cambridge Analytica*” e alla personalizzazione dei messaggi pubblicitari lanciati per influenzare il voto nel corso della campagna che ha condotto alla “*Brexit*”: vedasi B. KAISER, *La dittatura dei dati*, Milano, 2019.

agiscono”. Se, certamente, la decisione finale – qualunque essa sia - sarà da egli presa e se, senza dubbio, rispetto a questa non si potranno affatto ravvisare gli estremi di un giuridico vizio della volontà, tuttavia con difficoltà si potrà negare che tale scelta sia stata dall’esterno in qualche modo indirizzata e “incoraggiata”; inoltre, altrettanto difficilmente potrà mettersi a tacere quel vago dubbio per cui, forse, avesse saputo del minuzioso studio di cui è stato fatto oggetto, Tizio avrebbe deciso diversamente.<sup>299</sup>

La pubblicità comportamentale si fonda, traendo a sintesi quanto osservato, su un meccanismo che, secondo un’espressione ormai pure tralatizia, è stato definito «*autonomy trap*»<sup>300</sup>: il consumatore manifesta in rete interessi e preferenze che, sottoforma di dati, vengono sottoposti ad algoritmico processo di analisi da cui originano dettagliati profili predittivi; tale dettagliata forma di conoscenza rappresentata dai profili, di cui il consumatore, nei termini di cui si è detto, è inconsapevole, viene sfruttata dall’impresa per indirizzare il suo comportamento attraverso informazioni pubblicitarie che, in quanto confezionate “su misura”, possono ritenersi dotate di un’efficacia persuasiva senza dubbio potenziata.

Ebbene, se, secondo un assunto perlomeno intuitivo, si può ragionevolmente sostenere che, nonostante l’accentuata persuasività della pubblicità personalizzata, nella maggior parte dei casi e delle situazioni l’individuo compirà purtuttavia una scelta comunque “*sua*”, la quale, per quanto “indirizzata”, non può ancora propriamente qualificarsi come “condizionata” da fattori esterni; che dire, però, di quei casi e di quelle situazioni in cui tale scelta viene compiuta da un individuo definibile, per le più diverse ragioni,

---

<sup>299</sup> Come sinteticamente affermano anche M. HILDEBRANDT, B. KOOPS, *The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era*, cit., p. 436, «*profiling [...] first generates knowledge about a person's lifestyle and preferences [...]. Second, it enables the use of such knowledge in order to 'manipulate' a person into choices she may have resisted had she been aware of what is known about her*».

<sup>300</sup> Cfr. T. Z. ZARSKY, “*Mine your own business!*”: *making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion*, cit., p. 35 ss., al quale tutti gli autori che trattano il tema fanno richiamo.

“vulnerabile”<sup>301</sup>? Che dire, ad esempio, della scelta compiuta dal minore di età? O dell’obeso che acquista una “miracolosa cura dimagrante”? O, ancora, del ludopatico che riceve pubblicità di giochi d’azzardo *online*?<sup>302</sup>

Invero, secondo le Linee Guida sul processo decisionale automatizzato e sulla profilazione rilasciate dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, casi come quelli appena menzionati possono ben dirsi rientrare nell’ambito di applicabilità dell’art. 22 GDPR nella parte in cui, sancendo il divieto ad essere sottoposti ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, prevede che quest’ultima debba *incidere significativamente sulla persona*. Nell’interpretazione resa nelle Linee Guida, infatti, tale circostanza esemplificativamente ricorre laddove la decisione automatizzata sia in grado di «incidere in maniera significativa [...] sul comportamento o sulle scelte dell’interessato». Ebbene, rispetto al caso specifico della pubblicità

---

<sup>301</sup> Per un inquadramento giuridico del sociologico concetto di “vulnerabilità”, vedasi in particolare A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 41 ss. (e, svolgendo considerazioni del tutto analoghe, E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, p. 283 ss.). Vedasi altresì A. FUSARO, *L’atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, spec. p. 5 ss., la quale, dopo avere rilevato la difficoltà nel rendere una definizione rigida ed esaustiva «capace di includere in un’unica nomenclatura le molteplici sfumature della vulnerabilità», significativamente, rispetto ai discorsi che si stanno conducendo, richiama come concetto ad esso (in parte) antitetico quello di “autonomia”, inteso come «capacità di governarsi con proprie leggi, indipendenza, *capacità di pensare e di agire liberamente senza subire influenze estranee*» (*ivi*, p. 7 s.).

<sup>302</sup> Come osserva A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, cit., p. 46, «il ‘vulnerabile’ non è una figura teorica del diritto come il ‘creditore’ o il ‘proprietario’. La vulnerabilità non è mai astratta ma sempre specifica». Analogamente, rileva anche A. FUSARO, *L’atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit. p. 6: «vi è chi è svantaggiato alla nascita, chi è debole in via transitoria (come il malato o le donne in stato di gravidanza), chi è in difficoltà sotto alcuni profili e non su altri (come gli alcolisti o i detenuti), chi è vulnerabile in una prospettiva specifica (come i lavoratori subordinati)»; in altri termini, come osservato per inciso anche alla nota precedente, è opportuno evidenziarsi come il concetto di vulnerabilità opponga resistenza ad una rigida e predefinita definizione, costituendo invece una categoria, per così dire, fluida e porosa, che richiede di essere, volta a volta, indagata, con metodo casistico, su di un piano concreto. Una significativa indicazione, in ogni modo, circa le cause da cui può derivare una condizione di vulnerabilità si può rinvenire nella Direttiva CE n. 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali, all’art. 5, par. 3: «Le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente *vulnerabili* alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce *a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità*, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo».

comportamentale, espressamente presa in considerazione, il Gruppo di Lavoro osserva che se «in numerosi casi, la decisione di proporre pubblicità mirata basata sulla profilazione non inciderà significativamente sulle persone [...], tuttavia è possibile che ciò possa accadere, a seconda delle particolari caratteristiche del caso, tra le quali: l'invasività del processo di profilazione, compreso il tracciamento delle persone su siti *web*, dispositivi e servizi diversi; le aspettative e le volontà delle persone interessate; il modo in cui viene reso disponibile l'annuncio pubblicitario; o lo sfruttamento della conoscenza di vulnerabilità degli interessati coinvolti. Un trattamento che potrebbe avere un impatto minimo sulle persone in generale potrebbe in effetti incidere in maniera significativa su taluni gruppi della società, quali gruppi minoritari o adulti vulnerabili. Ad esempio, una persona di cui sono note le difficoltà finanziarie, effettive o potenziali, e che riceve regolarmente annunci pubblicitari di prestiti ad alto interesse potrebbe sottoscrivere tali offerte e incorrere così in ulteriori debiti»<sup>303</sup>.

Ma la preoccupazione nei confronti dei rischi legati alla pubblicità comportamentale trova ulteriore specifico riscontro, ancora a livello eurounitario, nella recente proposta di Regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. “legge sui servizi digitali” o “*Digital Service Act*”, in seguito “*DSA*”)<sup>304</sup>. Seguendo un'impostazione tradizionale, ciò che si intende correggere è, di nuovo, un difetto di conoscenza e di consapevolezza. Se gli obblighi informativi di cui al GDPR si collocano in un momento *ex ante*, ovvero al momento della raccolta dei dati, quando l'interessato dovrebbe essere reso edotto, tra le altre informazioni, delle finalità del trattamento, dell'esistenza di un trattamento di profilazione e della «logica utilizzata» nel

---

<sup>303</sup> Così, GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, adottate il 03 ottobre 2017, versione emendata e adottata il 06 febbraio 2018, reperibili al link: [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), p. 24 s. Sul punto, cfr. anche G. MALGIERI, *Manipolazione commerciale e privacy mentale all'ombra del GDPR*, in A. MANTELETO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 349 ss.

<sup>304</sup> Reperibile al link: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).



corso di quest'ultimo (cfr. artt. 13-15. GDPR); gli obblighi informativi di cui al DSA si collocano invece *ex post*, ovvero al momento in cui la pubblicità comportamentale, esito del trattamento di profilazione, raggiunge il suo destinatario, appunto, già profilato.

Più in particolare, l'art. 24 DSA, rubricato «Trasparenza della pubblicità *online*», impone alla “piattaforma *online*”<sup>305</sup> di provvedere «affinché i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro e non ambiguo e in tempo reale, per ogni singolo messaggio pubblicitario mostrato a ogni singolo destinatario: a) la natura pubblicitaria delle informazioni visualizzate; b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità; c) informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità»<sup>306</sup>.

In altri termini, e secondo una logica già emersa nel corso dei presenti discorsi, la pubblicità comportamentale, come si può induttivamente ricavare dalla richiamata normativa, non costituisce un problema *in sé*, in quanto tale, ma diventa problematica nella misura in cui può essere confezionata e trasmessa

---

<sup>305</sup> Definita all'art. 2, lett. h), DSA come «un prestatore di servizi di *hosting* che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento».

<sup>306</sup> Si segnala altresì l'originale previsione di una sorta di “controllo pubblico diffuso” rispetto al ricorso, da parte delle piattaforme, al tipo di pubblicità in esame: rilevato, al considerando 63, che «i sistemi pubblicitari utilizzati dalle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi pongono rischi particolari e richiedono ulteriore vigilanza pubblica e regolamentare in ragione del loro raggio d'azione e della loro capacità di rivolgersi ai destinatari del servizio e raggiungerli in base al loro comportamento [...]», al fine di «facilitare la vigilanza e la ricerca sui rischi emergenti derivanti dalla distribuzione della pubblicità *online*, ad esempio in relazione alla pubblicità illegale o alle tecniche di manipolazione [...]», l'art. 30 DSA impone alle medesime piattaforme di compilare e rendere disponibile al pubblico per un anno dalla data dell'ultima visualizzazione della pubblicità sulle loro interfacce *online* un registro contenente «come minimo tutte le informazioni seguenti: a) il contenuto della pubblicità; b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità; c) il periodo durante il quale è stata visualizzata la pubblicità; d) un'indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata ad essere mostrata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine; e) il numero totale di destinatari del servizio raggiunti e, ove opportuno, i dati aggregati relativi al gruppo o ai gruppi di destinatari ai quali la pubblicità era specificamente destinata».

in modo opaco, non trasparente, all'insaputa del destinatario della stessa, "vulnerabile" o meno che egli sia: se, al contrario, il consumatore *sa* di essere profilato, di ricevere pubblicità "a misura" del suo profilo e *conosce* i "parametri" e la "logica" utilizzati nella sua costruzione, si può dire scongiurato il pericolo di condizionamento, poiché la scelta compiuta a valle di tale *consapevolezza* sarà libera, sarà sua.

Ancora una volta, insomma, il bilanciamento tra la libertà del profilante (di ricorrere alla pubblicità comportamentale) e la libertà del profilato (di non essere da questa oltremodo condizionato nelle sue scelte) viene affidato allo strumento dell'informativa.

E tuttavia, ancora una volta, occorre denunciare i limiti di una normativa che continua a ricorrere, pur di fronte ad un fenomeno significativamente nuovo, a rimedi tradizionali.

Rispetto alle disposizioni di cui al GDPR, già si è avuto modo di evidenziare, in particolare, la fragilità della tutela rappresentata dall'art. 22 (e dagli obblighi informativi ad esso correlati) nella misura in cui la medesima disposizione consegna la possibilità di disinnescare il divieto in essa sancito al (fattualmente "disinteressato" e inevitabilmente "disinformato") consenso informato dell'interessato; così come già si è avuta occasione di porre in rilievo i limiti intrinseci ravvisabili, nello specifico tecnologico contesto in cui la profilazione è destinata a svolgersi, rispetto ad un (peraltro, ipotetico) "diritto alla spiegazione".<sup>307</sup>

Circa, invece, gli obblighi previsti *de iure condendo* dal DSA, due sono le osservazioni critiche che possono sollevarsi.

La prima, che pure si riallaccia a considerazioni già svolte e sulle quali, come anticipato altrove, si tornerà nuovamente in seguito (*v. infra*, cap. III, sezione I), è di carattere generale, riferendosi allo "strumento informativo" in quanto tale. Se pure, in linea teorico-astratta, è evidente l'opportunità di un'informazione che vuole colmare un difetto di conoscenza (e, quindi, di

---

<sup>307</sup> V., in particolare, cap. I, §§ 10 e 13.

consapevolezza), sul piano concreto la realtà dei fatti ne smentisce l'utilità: subissato di informazioni, il consumatore digitale non ne trae alcun beneficio, poiché lapalissiano è il paradosso per il quale un eccesso informativo finisce con il corrispondere con il suo contrario.<sup>308</sup>

La seconda osservazione è invece specificamente correlata alla pubblicità comportamentale, o meglio, alle peculiari modalità attraverso le quali la pratica in oggetto può essere ulteriormente implementata. Sin qui, infatti, ci si è limitati a porre in evidenza come, nella sua minima declinazione, essa coincida, in sintesi, con il proporre “il giusto annuncio alla giusta persona”; ma, invero, la profilazione algoritmica consente di fare molto più di questo. Sfruttando le analitiche conoscenze acquisibili sul consumatore, essa permette non soltanto di individuare la pubblicità dal contenuto per egli più rilevante, ma altresì, con evidente potenziata efficacia condizionante, i *momenti* in cui questi potrebbe essere più incline all'acquisto nonché le specifiche *modalità persuasive* capaci di esercitare su quest'ultimo maggiore presa.

Nelle prossime pagine si cercherà di dare conto di ciò in via un poco più esaustiva: dal quadro che complessivamente si potrà trarre circa le effettive potenzialità della pubblicità comportamentale emergeranno, allora, gli ulteriori limiti ravvisabili rispetto agli obblighi informativi di cui si è detto.

---

<sup>308</sup> Cfr. F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 398, il quale osserva: «L'ipertrofia delle comunicazioni [...] non è necessariamente sinonimo di efficienza informativa, né può intendersi quale strumento per la compiuta realizzazione di un obiettivo incremento qualitativo e quantitativo dei livelli di conoscenza dei soggetti deboli del mercato: il perseguimento intransigente di un'informazione assorbente, dettagliata, precisa e puntuale tramuta realisticamente in un esubero di informazioni e l'inadeguatezza di una smisurata pletora di comunicazioni, somministrate per lo più in moduli standardizzati e formulari, può concretamente assurgere ad un'errata valutazione [...]». Vedasi anche, per un'analisi complessiva delle problematiche legate alla c.d. *disclosure regulation*, F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, spec. p. 113 ss.

## 6. *Segue. “Distorsioni cognitive” e rilevamento delle emozioni: verso una “digital market manipulation”.*

Differentemente da quello che vorrebbero i postulati dei tradizionali modelli economici, costruiti sulla figura del c.d. “*homo oeconomicus*”, il consumatore non compie sempre ed immancabilmente la scelta razionalmente più corrispondente al suo migliore interesse. Egli, invero, nella maggior parte dei casi, lungi dal comportarsi secondo una rigorosa logica razionale e matematica, tutt’al contrario, nel prendere una decisione, agisce guidato da emozioni<sup>309</sup> e “deviato” da scorciatoie (c.d. euristiche) e pregiudizi (o “*bias*”) cognitivi<sup>310</sup>. Sulle emozioni, si tornerà (in via più sintetica) a breve; per ora, merita spendersi qualche parola sulle peculiari possibilità che la profilazione offre rispetto allo sfruttamento di quelle che potrebbero comprensivamente chiamarsi “distorsioni cognitive”<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Come rilevano J. S. LERNER, Y. LI, P. VALDESOLO, K. S. KASSAM, *Emotion and Decision Making*, in *Annual Review of Psychology*, 2015, p. 801, «*Indeed, many psychological scientists now assume that emotions are, for better or worse, the dominant driver of most meaningful decisions in life. [...] Put succinctly, emotion and decision making go hand in hand*» (v. *ivi* per ampi riferimenti bibliografici). Una paradigmatica dimostrazione dell’assunto secondo il quale l’individuo, quando compie una scelta, agisce primariamente governato dagli stati emotivi piuttosto che dal puro calcolo matematico è offerta dal “gioco dell’ultimatum”. Si tratta di un esperimento condotto con due individui: «uno ottiene 100 dollari, che deve dividere tra sé e l’altro partecipante nel modo che preferisce. [...] L’altro giocatore può scegliere tra una di queste due azioni: accettare la divisione suggerita o rifiutarla. Se rifiuta la divisione, nessuno ottiene niente. [...] secondo le teorie economiche classiche la maggior parte della gente terrà per sé 99 dollari e offrirà 1 dollaro all’altro partecipante. Sempre secondo le teorie l’altro partecipante accetterà l’offerta. Una persona razionale a cui venga offerto un dollaro dirà sempre di sì. Che cosa gliene importa se l’altro giocatore ottiene 99 dollari? [...] nel mondo reale la maggior parte degli individui rifiuta le offerte troppo basse perché percepite come ‘ingiuste’. Preferiscono perdere un dollaro che sembrare stupidi. Poiché è così che il mondo reale funziona, pochi individui fanno offerte troppo basse»; così, Y. N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017, p. 218.

<sup>310</sup> «*Much individual decision-making occurs subconsciously, passively and unreflectively rather than through active, conscious deliberation*»; così K. YEUNG, *Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design*, in D. BEER (a cura di), *The social power of algorithms*, New York, 2018, p. 120. Sul tema, oltre ai contributi che verranno nel prosieguo citati, vedasi, tra i numerosi: A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, p. 453 ss.; ID., *Judgment Under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982; R. H. THALER, *The Winner’s Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*, Princeton, 1992; D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012.

<sup>311</sup> Cfr. K. YEUNG, *Nudge as Fudge*, in *The Modern Law Review*, 2012, p. 124.

Ebbene, si diceva: come rilevato da decennali studi della psicologia cognitiva e comportamentale<sup>312</sup>, l'individuo spesso, fondando le proprie valutazioni su identificabili "pregiudizi cognitivi" e fallaci "scorciatoie di apprendimento"<sup>313</sup>, adotta delle conseguenti decisioni in modo «prevedibilmente irrazionale»<sup>314</sup> (o comunque, in termini meno drastici, in via non necessariamente razionale o rispondente al suo migliore interesse). Dalla identificabilità di tali diffuse e ricorrenti falle o distorsioni cognitive segue che le medesime possano altresì essere sfruttate per incanalare in una determinata direzione il comportamento del soggetto che deve prendere una decisione.

Ogni scelta, infatti, avviene all'interno di un contesto, il quale può essere ad arte costruito e configurato in modo tale da poterla indirizzare: ecco il c.d. «nudge», il «pungolo»<sup>315</sup>, definito da Richard Thaler e Cass Sunstein nel loro noto omologo *best-seller* come «qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile»<sup>316</sup>. Il classico esempio proposto in letteratura è quello del virtuoso manager di una caffetteria che, consapevole della tendenza a scegliere l'opzione più immediatamente disponibile, indirizza i propri clienti verso cibi sani collocandoli all'altezza dello sguardo, in posizione privilegiata rispetto ai prodotti ipercalorici che vengono invece disposti più in alto o più in basso.<sup>317</sup> Ad una logica del tutto simile – sebbene applicata per il perseguimento di finalità meno nobili ed altruistiche - rispondeva la pratica rilevata e sanzionata

---

<sup>312</sup> Cfr. gli autori e i contributi di cui alla nota 312 e v. T. Z. ZARSKY, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, in *Theoretical Inquires in Law*, 2019, p. 169 s. e la bibliografia *ivi* citata.

<sup>313</sup> Per un esemplificativo elenco e una sintetica spiegazione di tali note "falle cognitive", v. K. YEUNG, *Nudge as Fudge*, cit., p. 124 ss., la quale sintetizza la dettagliata ricognizione di R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014, spec. p. 25 ss.

<sup>314</sup> Molto diffusamente sul tema, anche D. ARIELY, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, 2008.

<sup>315</sup> Così nella traduzione italiana di R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 10.

<sup>316</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>317</sup> K. YEUNG, *Nudge as Fudge*, cit., p. 123. V. anche R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 7 ss.

(per violazione del divieto di abuso di posizione dominante) dalla Commissione Europea nel c.d. “caso *Google Shopping*”<sup>318</sup>: sfruttando la medesima euristica, l’inerzia dell’utente, il quale tende a fermarsi ai primi risultati indicizzati dal motore di ricerca, l’algoritmo di *Google* era programmato in modo da favorire, a discapito dei concorrenti, il proprio servizio di acquisti comparativi, il cui *link* veniva, appunto, posto in posizione preminente rispetto agli altri.<sup>319</sup>

Quello appena proposto costituisce un esempio concreto della pratica che alcuni autori hanno efficacemente definito “«*market manipulation*»<sup>320</sup>, la quale, in estrema sintesi, altro non è se non una forma di «*nudging for profit*»<sup>321</sup>: facendo consapevole leva sui *bias* cognitivi del consumatore, l’impresa organizza di conseguenza la “architettura della scelta” in modo da poterne indirizzare il comportamento a proprio vantaggio.

Si tratta, invero, di pratiche note, ampiamente diffuse e affatto illecite<sup>322</sup>. Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una proposta contrattuale che, sfruttando il c.d. «*bias dello status quo*», ovvero la tendenza a non modificare la condizione in cui già ci si trova<sup>323</sup>, offra al consumatore un servizio gratuito per un periodo di prova e solo successivamente a pagamento, ponendo, con consapevole

---

<sup>318</sup> V. Decisione della Commissione, 27 giugno 2017, relativa a un procedimento a norma dell’articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea e dell’articolo 54 dell’accordo SEE (Caso AT.39740 – *Google Search Shopping*), reperibile al *link* [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Sulla decisione, cfr. A. BUTTÀ, *Google search (shopping): an overview of the european commission’s antitrust case*, in *Antitrust and Public Policies*, 2018, p. 45 ss.

<sup>319</sup> Cfr. anche K. YEUNG, *Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design*, cit., p. 121: «*although theoretically free to review all the potentially relevant pages (from the hundreds of thousands ranked), in practice each individual searcher is likely to visit only those on the first page or two [...] Hence the user’s click through behavior is subject to the ‘priming’ effect, brought about by the algorithmic configuration of her informational choice architecture seeking to ‘nudge’ her click through behavior in directions favoured by the choice architect. For Google, this entails driving web traffic in directions that promote greater use of Google applications (thereby increasing the value of Google’s sponsored advertising space)*».

<sup>320</sup> J. D. HANSON, D. A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999, p. 632; ID., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 1999, p. 1420.

<sup>321</sup> R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., p. 1001.

<sup>322</sup> Nel caso *Google Shopping* la riscontrata illiceità era riconducibile, come sopra detto per inciso, alla violazione del divieto di abuso di posizione dominante di cui all’art. 102 TFUE.

<sup>323</sup> Cfr. R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 43 s.

sfruttamento di altra scorciatoia cognitiva, in più marcata visiva evidenza la prima informazione, quella relativa alla temporanea gratuità del servizio, rispetto alla seconda, relativa invece al prezzo da corrispondersi in un momento successivo<sup>324</sup>. O, più banalmente, si pensi all'offerta di un prodotto ad € 299,90 invece che € 300: condizionato dal c.d. «*framing effect*»<sup>325</sup>, il consumatore è tendenzialmente indotto a ponderare la propria scelta inconsciamente avvicinando il prezzo alla cifra di € 200 invece che a quella di € 300.<sup>326</sup> O ancora, alcuni consumatori, influenzabili dallo «*scarcity bias*»<sup>327</sup>, potrebbero essere più facilmente indotti all'acquisto da un annuncio che paventa che il prodotto sta per terminare; altri, invece, persuasi dalla bontà delle scelte della maggioranza (si tratta del *bias* delle «*endogenous preferences*»<sup>328</sup>), potrebbero essere condizionati dal fatto che il prodotto pubblicizzato è “il più venduto”.

L'elenco potrebbe andare avanti a lungo, ma quello che ai presenti fini si vuole porre in rilievo è che ogni consumatore, per quanto non ne sia consapevole (d'altra parte, tali falle operano per definizione a livello inconscio), agisce secondo le *sue* euristiche ed i *suoi* pregiudizi cognitivi. Ogni consumatore, in altri termini, presenta un'inevitabile tendenza ad apprendere “per scorciatoie” e a farsi deviare dalla decisione più razionale secondo i *propri schemi*: vi è, dunque, chi è più incline a lasciarsi influenzare da un certo *nudge* che sfrutta un certo *bias*, chi è più facilmente persuadibile da altro *nudge* facente leva su un altro *bias*.

---

<sup>324</sup> È precisamente così costruita l'offerta per il servizio “*Amazon prime*”: v. al link [www.amazon.it](http://www.amazon.it).

<sup>325</sup> Cfr. K. YEUNG, *Nudge as Fudge*, cit., p. 126.

<sup>326</sup> Tale distorsione viene altresì definita come «*price blindness*»: cfr. J. D. HANSON, D. A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, cit., p. 1441 s.

<sup>327</sup> Tra gli altri, v. L. MITTONE, L. SAVADORI, *The scarcity bias*, in *Applied Psychology*, 2009, p. 453 ss.

<sup>328</sup> Cfr. R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 61 ss.

La profilazione algoritmica, questo il punto, permettendo di disvelare i “punti deboli” di ciascun consumatore profilato, consente conseguentemente all’impresa di utilizzare nei suoi confronti il *nudge* più appropriato.

Nel contesto fluido e flessibile della rete ciascun consumatore, allora, non soltanto si vedrà personalizzato, come già sopra visto, il panorama pubblicitario, poiché altresì personalizzate saranno le modalità attraverso le quali quelle pubblicità gli verranno presentate, le cc.dd. “architetture delle scelte”: per ciascun consumatore e per ciascuna pubblicità l’algoritmo di IA sarà in grado di identificare ed applicare il “giusto pungolo”.<sup>329</sup> Dallo sfruttamento di comuni, condivisi *bias* per il tramite di statici ed indifferenziati *nudge*, genericamente rivolti alla indistinta massa dei consumatori, la sempre più specifica e puntuale segmentazione in profili, dall’un lato, e la struttura flessibile della rete, dall’altro, aprono così la strada alla possibilità di applicare, in via automatizzata e in tempo reale, dinamici e personalizzati *nudge* (i quali, alla luce di tali rinnovate caratteristiche, si sono in letteratura guadagnati l’appellativo di «*hypernudge*»)<sup>330</sup>.

In questo descritto salto qualitativo che riesce a coniugare la *sistematicità* del marketing con un elevato livello di *individualizzazione* delle tecniche persuasive si compendia il passaggio dalla ormai in via di superamento «*market manipulation*» alla emergente «*digital market manipulation*»<sup>331</sup>.

Ma quanto sin qui rilevato non esaurisce il quadro problematico che i discorsi da cui si sono prese le mosse impongono di tracciare: la personalizzazione, infatti, attraverso l’individuazione della situazione o della *condizione emotiva*

---

<sup>329</sup> Cfr. R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., *passim* e spec. p. 1016 s., ove, richiamando M. KAPTEIN, D. ECKLES, *Heterogeneity in the Effects of Online Persuasion*, in *Journal of Interactive Marketing*, 2012, p. 176 ss., riporta: «*Researchers like Maurits Kaptein look beyond matching the right ad to the right person. Rather, for any given ad, the techniques these researchers are investigating would find the exact right pitch for that person. This new research starts from the premise [...] that consumers differ in their susceptibility to various forms of persuasion. [...] Kaptein and his colleagues show that companies can discover what motivates a given consumer and dynamically change the advertisement accordingly in real time—a technique called persuasion profiling*».

<sup>330</sup> K. YEUNG, *Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design*, cit., p. 118 ss.

<sup>331</sup> Espressione coniata da R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., p. 995 ss.



in cui il consumatore può essere più incline a compiere una scelta di acquisto, può arrivare a riguardare anche il *momento* in cui la somministrazione dell'annuncio pubblicitario può spiegare maggiore efficacia.

Emblematico in questo senso quanto portato alla luce nel 2017 dal quotidiano *The Australian* attraverso la divulgazione di un *report* confidenziale proveniente da alcuni dirigenti di *Facebook*.<sup>332</sup> In tale documento, specificamente rivolto agli inserzionisti australiani e neozelandesi, si spiegava come il *social network*, attraverso l'analisi del vasto *dataset* a disposizione, fosse in grado di «individuare l'esatto momento in cui un giovane ha bisogno di 'un'iniezione di sicurezza' ed è pertanto più vulnerabile a certe configurazioni di inviti pubblicitari e *nudge*: monitorando post, immagini, interazioni e navigazione, Facebook può capire quando i giovani si sentono 'stressati', 'schiacciati', 'ansiosi', 'nervosi', 'stupidi', 'sciocchi', 'inutili' e 'falliti'»<sup>333</sup>.

Di più, le tecnologie già esistenti consentono non soltanto di poter inferire gli stati emotivi dall'analisi dei dati disponibili, bensì addirittura di poterli *rilevare*. Numerosi, invero, sono i progetti, le ricerche e gli investimenti che da qualche anno vengono portati avanti nel campo del c.d. «*affective computing*»<sup>334</sup> o della «analisi dei sentimenti» o, ancora, della «intelligenza artificiale delle emozioni».<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> Vedasi S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, p. 321.

<sup>333</sup> *Ibidem*, ove si aggiunge: «[il *report*] fornisce informazioni dettagliate sugli 'sbalzi d'umore' dei giovani basandosi su 'dati interni di Facebook' e afferma che i propri prodotti predittivi [i profili] non solo possono 'individuare i sentimenti' ma anche prevedere come le emozioni saranno comunicate in diversi momenti della settimana, correlando ogni fase emotiva con ads appropriati per un profitto massimo e garantito». Sulla possibilità di inferire gli stati emotivi degli utenti attraverso l'analisi dei *social network*, v. anche lo studio (di diversi anni precedente) di M.A. MORENO, L.A. JELENCHICK, K.G. EGAN, E. COX, H. YOUNG, K.E. GANNON, T. BECKER, *Feeling bad on Facebook: depression disclosures by college students on a social networking site*, in *Depression & Anxiety*, 2011, p. 447 ss.

<sup>334</sup> Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit., p. 297 ss.

<sup>335</sup> Cfr. R. YONCK, *Heart of the machine: our future in a world of artificial emotional intelligence*, New York, 2017; A. MCSTAY, *Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional life: an unusual consensus on privacy*, in *Big Data & Society*, 2020, p. 1 ss.

Si consideri, in via del tutto esemplificativa, il progetto «SEWA: *Automatic Sentiment Estimation in the Wild*», finanziato tra il 2015 ed il 2018 dalla Commissione europea nell'ambito del Programma Quadro dell'Unione Europea per la ricerca e l'innovazione *Horizon 2020*<sup>336</sup>: «lo scopo era sviluppare una tecnologia automatica in grado di leggere le emozioni di una persona mentre questa vedeva un contenuto, per stabilire poi come si correlavano all'apprezzamento del contenuto stesso»<sup>337</sup>.

Come efficacemente spiega Shoshanna Zuboff, «i prodotti destinati all'analisi delle emozioni come il SEWA utilizzano un software specializzato per scandagliare volti, gesti, corpi e menti [...]. Questo complesso di intelligenza artificiale viene addestrato a isolare e catturare i comportamenti più sfumati e intimi: da un inconsapevole battito di ciglia a una mascella che si serra per la sorpresa in una frazione di secondo. La combinazione di sensori e software può riconoscere e identificare i volti; tracciare distinti punti facciali per interpretare 'micro-espressioni', movimenti dell'occhio, emozioni, umori, stress, bugie, noia, confusione, intenzioni e molto altro»<sup>338</sup>.

In sintesi e conclusione, alla luce di tutto quanto riportato, emergono, allora, a pieno le effettive possibilità che la profilazione algoritmica e le nuove tecnologie di IA aprono alla pubblicità comportamentale: non si tratta, meramente, di proporre “il giusto annuncio alla giusta persona”, di proporre al consumatore la pubblicità che più rispecchia e anticipa i suoi gusti, interessi e preferenze, poiché, di più, quel medesimo “giusto annuncio” può altresì essere presentato nel “giusto momento” (quello di maggiore “vulnerabilità emotiva”) e con le “giuste modalità persuasive” (quelle che meglio rispondono alle sue “vulnerabilità cognitive”).

Ebbene, così più compiutamente delineato il contesto all'interno del quale si deve collocare il fenomeno in esame, prima di tornare alla questione sopra

---

<sup>336</sup> V. <https://cordis.europa.eu/project/id/645094/it>.

<sup>337</sup> Così riporta S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit., p. 297.

<sup>338</sup> *Ibidem* s.

lasciata in sospeso - l'efficacia di una risposta regolatoria tutta incentrata sugli obblighi informativi -, è infine necessario affrontare, seppur brevemente, un interrogativo invero non peregrino, che sottende una possibile obiezione. Se l'interrogativo è: "quanto di ciò che si è detto effettivamente esiste?", l'obiezione a questo sottesa riguarda l'inutilità di un eventuale intervento del regolatore rispetto ad un fenomeno della cui esistenza ancora non vi sono chiare evidenze. In effetti, così come già osservato anche rispetto alla discriminazione di prezzo, non sembra potersi affermare che lo scenario nelle ultime pagine descritto, il "salto" verso una vera e propria "*digital market manipulation*", corrisponda ad un già esistente, attuale stato di fatto: se senza dubbio la pubblicità comportamentale esiste nella forma di una pubblicità rilevante per il destinatario nei termini di cui si è detto al precedente paragrafo, tuttavia non sussistono (ancora) prove empiriche del fatto che tale pratica si avvantaggi altresì del rilevamento delle emozioni e dello sfruttamento dei *bias* cognitivi del consumatore. Cionondimeno (e questa considerazione si ritiene essere dirimente tanto rispetto all'interrogativo sollevato quanto nei confronti della obiezione ad esso sottesa), a fronte di tecnologie - queste sì già esistenti - che quel "salto" di cui si è detto consentono di compiere, la letteratura che si occupa di tali questioni manifesta il fondato timore che le pratiche descritte possano concretizzarsi in un futuro prossimo: come già osservato anche rispetto al rilevamento delle emozioni, invero, gli ingenti investimenti delle imprese sembrano suggerire un inequivoco movimento in tale direzione.<sup>339</sup>

---

<sup>339</sup> Cfr. R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., p. 1019 s., il quale rileva: «*A recent patent filed by Pitney Bowes—a 5.3 billion dollar company with 29,000 employees—describes a “system and method for generating targeted advertising that utilizes behavioral economics marketing experts to generate advertising.” Some researchers involved in experiments like the ones described in this Part [esperimenti, cioè, relativi all'individuazione di bias cognitivi] have since been hired by companies whose lifeblood is digital advertising*». Vedasi anche T. Z. ZARSKY, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, cit., p. 183 e G. WAGNER, H. EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, cit., p. 593, i quali osservano come, invero, algoritmi programmati per sfruttare i *bias* cognitivi dei consumatori già siano in alcuni contesti impiegati: «*Online gaming algorithms are designed to create and maintain behavioral addictions. The online shopping website GILT is reported to use so-called*

## 7. *Segue. L'insufficienza degli obblighi informativi e la necessità di un divieto (già previsto dall'ordinamento).*

Alla luce dei discorsi sino a questo punto affrontati, sarà facile constatare la “fragile” condizione in cui si viene a trovare un consumatore così esposto di fronte all'impresa profilante, così conoscibile nel profondo delle proprie debolezze, fin nei suoi stati emotivi e difetti cognitivi.

Sopra, si è posto il problema degli effetti della pubblicità comportamentale sui soggetti vulnerabili: alla luce delle ulteriori considerazioni appena svolte, dovrebbe risultare di tutta evidenza la inevitabile ed ineliminabile vulnerabilità che colpisce *ogni* consumatore<sup>340</sup>, proprio in quanto esposto e conosciuto nei suoi punti più deboli, avvicicabile nei suoi momenti di maggiore incertezza e fragilità.<sup>341</sup> La vulnerabilità, infatti, non costituisce una qualità necessariamente statica o definitiva, che esclusivamente colpisce identificabili e specifiche categorie di soggetti, bensì, all'opposto, integra una condizione dinamica, contestuale e relazionale, la quale in diverso grado e in diversi momenti può colpire chiunque.<sup>342</sup>

---

*'micro-cliffhangers' to get customers hooked. Such cliffhangers and the status quo bias are also instrumental in engineering a string of film purchases and 'binge-watching'».*

<sup>340</sup> Cfr. anche G. MALGIERI, *Manipolazione commerciale e privacy mentale all'ombra del GDPR*, cit., p. 363, il quale, infatti, sostiene essere venuto meno, perlomeno nel contesto descritto, il senso della distinzione tracciata dall'art. 5, par. 3, Direttiva CE n. 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette (e ripresa dall'art. 20, comma 3, cod. cons.) tra il c.d. «consumatore medio» e l'individuo appartenente «ad un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità»: premesso che «l'idea del consumatore 'medio', 'razionale' e consapevole ha dimostrato di essere una illusione: ogni consumatore è relativamente irrazionale e vulnerabile in alcune specifiche circostanze» e che «la vulnerabilità è oggi considerata graduale, contestuale e non limitata a 'gruppi' legalmente riconosciuti», l'autore conclude appunto sostenendo che «l'idea di considerare le vulnerabilità (come deviazioni dal consumatore medio) in gruppi specifici 'chiaramente individuabili' è anacronistica [...]».

<sup>341</sup> «La vulnerabilità ha il suo focus nell'esposizione ad altro da sé, a ciò o a chi può ferire»; così A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 5.

<sup>342</sup> Vero che possono essere empiricamente isolate alcune cause da cui origina una condizione di vulnerabilità per determinate categorie di soggetti (vedasi, in particolare, A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, cit., p. 42 ss., il quale opera una «classificazione delle vulnerabilità» muovendo «dall'osservazione che il benessere delle persone ha da sempre tre nemici: la natura, la società, la legge»; di qui, l'individuazione di una serie – dichiaratamente non esaustiva – di condizioni di vulnerabilità, appunto, di origine naturale, sociale o legale); si condividono – in una prospettiva non mutualmente escludente – le considerazioni di A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 7 s.,

Se, come visto, la profilazione algoritmica e le tecnologie di cui essa si serve possono disvelare tali momenti di maggiore debolezza e rivelare le individuali fragilità e le specifiche tecniche persuasive, che, facendo su queste ultime leva, sono capaci di avere sul consumatore maggiore presa, la *digital market manipulation*, in estrema sintesi, consiste appunto nel consapevole sfruttamento di tali conosciute individuali vulnerabilità.<sup>343</sup>

Come già osservato rispetto alla discriminazione di prezzo, ci si trova, insomma, nuovamente di fronte ad una peculiare, inedita forma di asimmetria che interessa direttamente la *persona* del consumatore, non semplicemente conosciuto dall'impresa profilante nei suoi interessi, gusti e preferenze, ma altresì scoperto nelle sue più intime debolezze emotive e cognitive.

Ebbene, come sopra si anticipava, necessita di essere evidenziata l'insufficienza del tradizionale rimedio che pretenderebbe di riequilibrare una simile condizione di disparità conoscitiva per il tramite di un'informativa.

In primo luogo, riprendendo il discorso da dove lo si era lasciato trattando degli obblighi informativi *de iure condendo* previsti dall'art. 24 DSA, evidenti sono le lacune che presenta la disposizione in parola laddove rapportata a quanto ricostruito nelle pagine precedenti. Previsto, infatti, un dovere di informazione in merito alla natura pubblicitaria dei contenuti visualizzati dal consumatore e

---

secondo la quale: «in senso ampio, [...] la vulnerabilità indica quella carenza di difesa, quella debolezza vuoi nella relazione con l'ambiente esterno, vuoi nelle relazioni sociali o affettive: 'una condizione che appartiene a tutti i viventi, segnata, a seconda delle situazioni, da gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione'. [...] esiste una dimensione *intangibile* della vulnerabilità che è propria di ogni essere umano [...] se i soggetti meno autonomi si trovano certamente in posizione di debolezza, al contempo esiste un 'fondo oscuro, di debolezza e dipendenza' che affligge anche i soggetti più autonomi». In tema, vedasi anche B. HOFFMASTER, *What Does Vulnerability Mean?*, in *The Hastings Center Report*, 2006, p. 38 ss., il quale, attraverso il suggestivo e toccante racconto della propria esperienza familiare, restituisce al lettore una vivida immagine delle differenti, non definitivamente definibili, e alle volte impalpabili forme e sfumature che la vulnerabilità può assumere.

<sup>343</sup> «*In its purest form, digital market manipulation recognizes that vulnerability is contextual and a matter of degree and specifically aims to render all consumers as vulnerable as possible at the time of purchase. A given consumer may not be vulnerable most of the time and will act rationally in her own interest. But under very specific conditions—say, when confronted with scarcity by a trusted source after a long day at work or upon making her hundredth decision of a day—she may prove vulnerable for a short window*»; così R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., p. 1033.

circa la persona fisica o giuridica per conto della quale la stessa pubblicità viene proposta, la norma prescrive che debbano altresì essere fornite «informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità»: detto altrimenti, per ritenersi adempiuto l'obbligo in questione, sarà sufficiente che il consumatore venga messo a conoscenza dei criteri in forza dei quali l'algoritmo ha determinato la rilevanza della pubblicità rispetto al suo profilo. In altri termini ancora, volendo richiamare un'espressione cui si è fatto in queste pagine frequente ricorso, la norma impone una *disclosure* meramente riferibile ai criteri utilizzati per individuare “il giusto annuncio per la giusta persona”, ma nulla più di questo: del tutto ignorata ed esclusa dall'ambito della disposizione è dunque un'informativa relativa alle *modalità* attraverso le quali quel giusto annuncio viene presentato al suo destinatario, un'informativa, cioè più specificamente, finalizzata a mettere il consumatore in condizione di sapere della possibile personalizzazione, oltre che dei contenuti proposti, altresì delle tecniche persuasive utilizzate facendo leva sui suoi biometricamente rilevati stati emotivi ed algoritmicamente inferiti difetti cognitivi.

Ma, occorre di nuovo rilevare, più radicalmente, è lo strumento dell'informativa *in sé* che male si presta a costituire efficace rimedio al pregiudizio che l'autonoma scelta del consumatore può subire dallo sfruttamento della disparità conoscitiva di cui si è detto.

Invero, se, dall'un lato, un'informazione generica non sarebbe sufficiente, dall'altro lato, un'informazione troppo specifica non servirebbe allo scopo. Nel primo caso, infatti, deve concordarsi con chi ritiene non bastevole informare il consumatore in via troppo generica e vaga in merito al possibile utilizzo di subliminali tecniche manipolatorie di condizionamento<sup>344</sup>, poiché se è vero che l'efficacia di tali medesime tecniche dipende, proprio in quanto, appunto, subliminali, da una certa dose di inconsapevolezza del destinatario delle

---

<sup>344</sup> Cfr. S.I. BECHER, Y. FELDMAN, *Manipulating, Fast and Slow: The Law of Non-verbal Market Manipulations*, in *Cardozo Law Review*, 2016, p. 493.

stesse<sup>345</sup>, allora deve ammettersi che per potersi nullificare tale potenziale effetto condizionante sia necessaria una “*full disclosure*”: solo se il consumatore è *puntualmente* informato, la sua consapevolezza è risvegliata e il rischio di manipolazione può dirsi evitato. E tuttavia, in tale secondo caso di puntuale e specifica informativa si ricadrebbe nuovamente nell’ormai già più volte segnalato paradosso che colpisce l’eccesso di informazione, tanto più inefficace nell’ambiente della rete, ove la velocità e l’immediatezza che esige l’utente affatto si conciliano con il tempo richiesto per la lettura di quello che a quest’ultimo apparirebbe come nulla più di un ulteriore elenco di non facilmente comprensibili informazioni tecniche.

Appurata, allora, l’evidente inadeguatezza del rimedio informativo, rispetto alle rappresentate pratiche genericamente sussumibili nell’ambito del descrittivo concetto di “*digital market manipulation*”, l’unica perseguibile via in grado di efficacemente tutelare la capacità del consumatore di compiere una scelta libera e non indotta per il tramite di tecniche subliminali si ritiene essere quella del divieto.

Ed è appunto in tale direzione che sembrerebbe muoversi lo stesso legislatore eurounitario, che nella più recente proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (c.d. “*AI Act*”)<sup>346</sup> all’art. 5, par. 1, lett. a) vieta «l’immissione sul mercato, la messa in servizio o l’uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un’altra persona un danno fisico o psicologico».

Ora, tenendo pur presente che si tratta di un testo non definitivo, volendo esprimere una altrettanto non definitiva opinione rispetto alla formulazione di tale disposizione, si ritiene di rilevare come, di primo impatto, possa destare una certa perplessità la decisione di restringere l’ambito applicativo del divieto

---

<sup>345</sup> ID., *passim*; T. Z. ZARSKY, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, cit., p. 169.

<sup>346</sup> Reperibile al link: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

in parola ai soli casi in cui le tecniche subliminali provochino o possano provocare «un danno fisico o psicologico» alla persona, con evidente riferimento, dunque, alla sua sola sfera non patrimoniale. Di qui, potrebbe infatti sollevarsi il dubbio della estraneità dall'ambito di operatività della norma della casistica relativa all'utilizzo di tali tecniche subliminali in un contesto "di mercato", risultando - qualcuno potrebbe argomentare - esclusivamente lesa, in ipotesi di pratiche commerciali manipolatorie, la sfera patrimoniale dell'individuo.

Ma, superando "il primo impatto", almeno due argomenti possono essere opposti a quest'ultima ricostruzione.

In primo luogo, ai fini di un'interpretazione estensiva, potrebbe farsi leva sulla più ampia formulazione di cui al considerando 16, ove viene meno il riferimento al solo «danno fisico o psicologico»<sup>347</sup>. In secondo luogo, e in via forse più convincente, si potrebbe rilevare come non vi sia affatto necessità di un'estensione di significato tesa a ricomprendere nell'ambito del divieto la causazione o il rischio di causazione di un danno di natura patrimoniale. Invero, sarebbe ben sufficiente argomentare che, quando la disposizione si riferisce ad un «danno fisico o psicologico», si tratta, ragionevolmente, di sineddoche, dovendosi tale lemma più latamente intendere alla stregua di "danno non patrimoniale". Tanto basterebbe, si diceva, poiché nelle fattispecie in cui il consumatore, tramite tecniche subliminali, viene indotto a compiere una scelta che senza quelle medesime tecniche non avrebbe compiuto, quello che evidentemente viene in gioco non è (soltanto) un interesse di natura "meramente" patrimoniale, bensì si tratta di un interesse assolutamente afferente alla sfera non patrimoniale dell'individuo, che senza dubbio trova

---

<sup>347</sup> Deve tuttavia osservarsi che, in verità, l'aggettivazione restrittiva viene sì meno, ma soltanto "in un secondo momento": dopo aver rilevato che «è opportuno vietare l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di determinati sistemi di IA intesi a distorcere il comportamento umano e che possono provocare danni fisici o psicologici», il considerando spiega che «tali sistemi di IA impiegano componenti subliminali che i singoli individui non sono in grado di percepire [...]» e che – ecco il punto - «si tratta di azioni compiute con l'intento di distorcere materialmente il comportamento di una persona, in un modo che provoca o può provocare un danno [non restrittivamente aggettivato] a tale persona o a un'altra».



riconoscimento e tutela nello stesso dettato costituzionale: si tratta della più volte richiamata *libertà di scelta* di cui all'art. 41, co. 2, Cost.

Ricondotte, per tale via, le pratiche di *digital market manipulation* al divieto *de iure condendo* previsto dall'art. 5, *AI Act*, si può in ogni modo constatare come, a ben vedere, per quanto perlomeno riguarda appunto le pratiche commerciali, l'ordinamento invero già fornisce *de iure condito* una chiara risposta ai problemi di cui si sta trattando: il bene giuridico costituito dalla libertà di scelta del consumatore, infatti, già conosce un plesso normativo appositamente deputato alla sua tutela, che è la disciplina delle cc.dd. "pratiche commerciali scorrette"<sup>348</sup>.

Più in particolare, nelle ipotesi in esame deve ritenersi invocabile il divieto di pratiche commerciali "aggressive" (di cui al combinato disposto degli artt. 20, commi 1 e 4, e 24 cod. cons.).

Come rilevato in dottrina<sup>349</sup>, due sono gli elementi costitutivi della fattispecie definita dall'art. 24 cod. cons.: il primo, di carattere "strutturale", richiede che gli atti posti in essere dal professionista nei confronti del consumatore siano alternativamente qualificabili alla stregua di «molestie», «coercizione» o «indebito condizionamento»; il secondo, di carattere "funzionale", è invece rappresentato dalla idoneità della pratica a limitare la libertà di scelta del consumatore nel senso di indurlo o di poterlo potenzialmente indurre<sup>350</sup> ad

---

<sup>348</sup> Di cui alla Direttiva CE n. 2005/29 e agli artt. 18 ss. cod. cons. Cfr., tra i numerosi, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007. Come efficacemente spiega N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Digital Revolution: challenges for contract law in practice*, Baden-Baden, 2016, p. 153: «Central to the directive's objective is the autonomy of the consumers' decision making process, through protection against deception and unfair restrictions of consumer choices. [...] The making of autonomous, free and not unfairly manipulated choices is thus a central point of attention for the directive».

<sup>349</sup> Cfr. L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit., p. 230.

<sup>350</sup> È stato in proposito sottolineato da L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, cit., p. 231, che la disposizione non richiede necessariamente la causazione di un danno economico al consumatore. È questo un tratto che caratterizza più in generale, come unanimemente riconosciuto tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, la violazione del

assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ebbene, tenendo ferma la necessità di una valutazione caso per caso<sup>351</sup>, entrambi tali elementi possono, in linea generale, dirsi ricorrere nelle pratiche che si sono comprensivamente definite di *digital market manipulation*.

Per quanto riguarda l'elemento c.d. "strutturale", se è vero che difficilmente si potrà ritenere configurabile una «coercizione» (in qualche modo accostabile alla violenza di cui agli artt. 1434 ss. c.c.)<sup>352</sup>, non pare invece affatto peregrina l'opinione di chi sostiene il ricorrere, nelle ipotesi di cui si è detto, di una «molestia» o di un «indebito condizionamento».<sup>353</sup>

Circa la molestia: rilevata, da un lato, la mancanza di una definizione normativa e, dall'altro lato, la necessaria autonomia della nozione nel contesto consumeristico (e, dunque, la non possibilità di riferirsi, nell'interpretazione della stessa, ad altri settori dell'ordinamento – si pensi alla molestia di cui all'art. 1170 c.c.)<sup>354</sup>, al fine di individuarne il significato, si è ritenuto di potersi fare riferimento, tra gli altri indicatori, alle condotte tipizzate di cui all'art. 26, lett. b) e c), cod. cons.<sup>355</sup>, condotte entrambe accomunate da una certa "invasione" da parte del professionista della sfera privata del consumatore.<sup>356</sup> In particolare, significativa ai presenti fini è la fattispecie di cui all'art. 26, lett.

---

divieto di pratiche commerciali scorrette, qualificato come illecito di pericolo, e non di danno: cfr. C. LO SURDO, *Sub art. 20 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012, p. 133 s.

<sup>351</sup> Lo stesso art. 24 cod. cons. impone di guardare «alla fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso».

<sup>352</sup> Così L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, cit., p. 239. Per un'opinione parzialmente contraria, cfr. A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007, p. 251.

<sup>353</sup> Vedasi N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, cit., p. 156 s. e G. MALGIERI, *Manipolazione commerciale e privacy mentale all'ombra del GDPR*, cit., p. 364.

<sup>354</sup> Vedasi L. LA ROCCA, *Sub art. 24 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, cit., p. 181 s., ove si fa richiamo a G. DALLE VEDOVE, «*Le pratiche commerciali aggressive*», in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 123.

<sup>355</sup> Cfr. L. LA ROCCA, *Sub art. 24 cod. cons.*, cit., p. 182.

<sup>356</sup> In questo senso, N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, cit., p. 156.

c), cod. cons., ove si fa riferimento a «ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza»: come, infatti, osservato anche in dottrina, se una simile sollecitazione per telefono o posta elettronica può assurgere a molestia, allora certo è possibile argomentare che «*sending advertising to devices that directly surround the consumer in her private sphere could, under circumstances, be considered harassing as well*»<sup>357</sup>.

Ma ancor più rilevante è la nozione di «indebito condizionamento», questo si invece puntualmente definito dal legislatore, e integrato, ai sensi dell'art. 18, lett. 1), cod. cons., dallo «sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole». Decisamente calzanti, rispetto ai presenti discorsi, le osservazioni di un autore, il quale, dopo aver spiegato che l'indebito condizionamento va dunque identificato con una «posizione di supremazia [...] del professionista che dipende dalle circostanze concrete, dalle asimmetrie informative a suo vantaggio», rileva come l'approffittamento di tale posizione, nelle ipotesi in esame, «gioca sul piano dei sentimenti, delle emozioni, delle caratteristiche cognitive, del livello culturale e persino delle paure del cliente»<sup>358</sup>.

A rafforzare il convincimento relativo alla sussumibilità delle pratiche di *digital market manipulation* sotto la fattispecie in parola è altresì invocabile la previsione di cui all'art. 25, lett. a), cod. cons., la quale, indicando una serie di criteri di ausilio a determinare se, nel caso concreto, una pratica commerciale comporti molestia, coercizione o indebito condizionamento, richiede che vengano presi in considerazione i tempi, il luogo, la natura e la persistenza

---

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> Così L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, cit., p. 245. Si veda anche N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, cit., p. 157, secondo la quale «*undue influence [...] can include situations in which the trader has the power to persuade the consumer [...] because the trader has at his disposal psychological tools to sway the consumer into the making of a transaction*».

della pratica stessa. Per quanto riguarda i tempi e il luogo (e, dunque, circa anche la persistenza), proprio in quanto “*digital*”, ovvero proprio in quanto svolte per il tramite della rete, le pratiche in discussione non conoscono tempi e luoghi specifici o “destinati”, tempi e luoghi, cioè, in cui il consumatore è “all’erta” in quanto ha egli deciso di entrare in una negoziazione, poiché, tutt’al contrario, quest’ultimo in *ogni momento* ed in *ogni luogo* può essere “sorpreso”<sup>359</sup> da un’offerta commerciale modellata ad arte - ecco venire in rilievo anche il criterio della «natura» – sulle sue specifiche vulnerabilità: costantemente osservato e analizzato, il consumatore digitale, nell’ineludibile ubiquità e pervasività della rete, è *sempre* raggiungibile<sup>360</sup> da una proposta per egli appositamente costruita sulla base di quelle stesse, altrettanto pervasive, osservazioni e analisi.

Passando all’esame del c.d. “elemento funzionale” della fattispecie di cui all’art. 24 cod. cons., ovvero l’idoneità a limitare la libertà di scelta del consumatore e, pertanto, l’idoneità ad indurlo ad assumere una decisione che non avrebbe preso se la pratica non fosse stata impiegata, sarà sufficiente richiamare quanto già nelle pagine precedenti illustrato in merito alle tecniche in cui si sostanzia la *digital market manipulation*.

Se, come detto, i personalizzati (*hyper*)*nudge* di cui si serve l’impresa profilante per organizzare la individualizzata architettura della scelta a fronte della quale il consumatore è chiamato a prendere una decisione sono appositamente ed intenzionalmente tesi ad aggirare ed eludere le sue capacità

---

<sup>359</sup> Il c.d. “effetto sorpresa” è invero l’elemento sul quale trova principale giustificazione la speciale disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali: cfr. i considerando 21 e 37 della Direttiva UE n. 2011/83 sui diritti dei consumatori. V. anche E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 927: «la *ratio* dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, tradizionalmente, è individuata nella necessità della tutela del consumatore nella impreparazione dovuta allo stato di “sorpresa” in cui quest’ultimo viene a trovarsi di fronte all’iniziativa assunta dall’operatore commerciale, nonché nella conseguente impossibilità di verificare e confrontare la qualità della merce e la congruità del prezzo. Sono queste le argomentazioni che hanno indotto la dottrina a definire con efficacia queste modalità di contrattazione con l’espressione “vendite aggressive”».

<sup>360</sup> «*In an age of constant ‘screen time’, in which consumers carry or even wear devices that connect them to one or more companies, an offer is always an algorithm away*»; così R. CALO, *Digital Market Manipulation*, cit., p. 1004.

di autodeterminarsi razionalmente; se, ancora e in altri termini, le fondamenta stesse su cui poggia la *digital market manipulation* sono costituite dallo sfruttamento delle “distorsioni cognitive” e delle “vulnerabilità emotive” del consumatore, le quali, colpendo e compromettendo appunto la sua capacità di compiere una scelta razionale e ragionata, vengono utilizzate per “spingerlo” e incanalarne la scelta in una certa direzione, quella voluta dall’impresa profilante<sup>361</sup>; se tutto ciò è, in estrema sintesi, la *digital market manipulation*, e se questo è il contesto a valle del quale la decisione del consumatore viene presa, non diventa forse addirittura retorico domandarsi se tale scelta da egli compiuta sia pienamente *libera* oppure *indotta*?

Alla luce delle argomentazioni svolte, si può allora in definitiva fondatamente concludere che le pratiche di cui si è ampiamente discusso in queste pagine, *se effettivamente attuate*, ricadrebbero nel divieto di pratiche commerciali aggressive.

E tuttavia, una questione, a questo punto del discorso oramai ricorrente, resta cionondimeno aperta e irrisolta.

Non per caso, nel riferirsi alle pratiche di *digital market manipulation*, si è ora, per inciso, dubitativamente detto: «*se effettivamente attuate*». Tale espressione, infatti, nel fare richiamo alla già rilevata incertezza relativa ad un effettivo, attuale e diffuso ricorso da parte delle imprese a queste ultime, sottende altresì la difficoltà nel dimostrare, nel fornire prova che le imprese a tali medesime pratiche fanno effettivamente ricorso. Invero, quella incertezza che circonda l’interrogativo relativo ad un’effettiva messa in campo dell’algoritmo per le finalità manipolatorie di cui si è parlato discende proprio dalle difficoltà che “dall’esterno” inevitabilmente si incontrano nel ricostruire quello che avviene “all’interno”. Finché, in altri termini, continuerà a mancare la *spiegabilità* dei percorsi algoritmici che costituiscono presupposto di

---

<sup>361</sup> È, peraltro, precisamente nello sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità del consumatore che si deve in definitiva individuare, come rileva S. ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 41, il superamento del confine tra una lecita pratica di *marketing* tesa ad “influenzare” il suo comportamento ed un’illecita pratica che è invece idonea a “falsarlo”.

esistenza di tali pratiche e dunque fintanto che la c.d. “*black box*” che connota tali medesimi processi automatizzati che fanno ricorso all’IA non verrà resa trasparente, la domanda «esiste la *digital market manipulation*?» è destinata a rimanere priva di risposta.

## SEZIONE II

### LESIONE DELLA LIBERTÀ NEGATIVA. LA FISIOLOGIA DELLA PROFILAZIONE.

#### **8. Profilazione e discriminazione: compromissione della capacità di compiere una scelta *tout court*.**

La profilazione, *in quanto tale*, discrimina.

Come sopra spiegato<sup>362</sup>, il processo di profilazione può essere scomposto in due fasi, la prima di *creazione* del profilo, ovvero di elaborazione di un “modello astratto” che viene assunto a termine di riferimento decisionale, e la seconda di *applicazione* di quest’ultimo all’individuo “concreto” che ne condivide le caratteristiche. Entrambi tali momenti, tanto quello creativo quanto quello applicativo, fisiologicamente richiedono, implicano e comportano una *selezione*.

L’algoritmo deputato all’elaborazione del profilo, per addivenire ad esso, individua, e dunque *isola*, all’interno dello sterminato *dataset* sottoposto ad analisi, delle “correlazioni significative” tra i dati che lo costituiscono<sup>363</sup>: è dall’insieme di tali correlazioni che origina il modello, quale risultante della selezione operata dall’algoritmo sulla base di un criterio, appunto, di significatività statistica.<sup>364</sup> In altri termini, nella misura in cui il processo di costruzione del profilo si fonda su una selezione di attributi tra loro legati da un rapporto di significatività, *a contrario* (ed evidentemente) esso comporta di necessità un giudizio di esclusione circa la ricorrenza di un significativo rapporto tra gli attributi individuati come correlati ed altri attributi presenti all’interno del *database*, rispetto ai quali, diversamente, una simile

---

<sup>362</sup> Cfr. cap. I, § 7.

<sup>363</sup> È essenzialmente in questo che consiste la c.d. *data mining*, fase centrale del processo di “*knowledge discovery in database*”: v. *supra* cap. I, § 8.

<sup>364</sup> Cfr. B. CUSTERS, *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013, p.7 ss.

significativa correlazione non viene dall'algoritmo rilevata.<sup>365</sup> Questo per quanto attiene al propedeutico momento creativo.

Rispetto alla successiva fase applicativa, già si è a più riprese messa in rilievo la *funzione discriminatoria* che la profilazione assume: come ogni forma di divisione o classificazione in categorie, essa è infatti naturalmente e volutamente tesa a *distinguere* o, per l'appunto, discriminare. Strumentale all'adozione di decisioni, il profilo, in definitiva, segna il confine tra chi, in quanto "dentro" allo stesso, sarà destinatario di talune offerte e dunque potrà avere accesso a certi beni o servizi e chi invece, "fuori" dal medesimo, da quelle medesime offerte non sarà raggiunto e dall'accesso a taluni beni o servizi sarà pertanto escluso.

Discriminatoria, allora, "in senso lato" o "letterale-etimologico", poiché inevitabilmente originante da una selezione di caratteristiche e intenzionalmente funzionale alla creazione di categorie e quindi alla individuazione di *distinzioni e differenziazioni* tra gli individui, la profilazione – necessita evidenziarsi – può al contempo risultare discriminatoria anche in senso diverso, ovvero, si potrebbe dire, "in senso stretto" o "giuridico": laddove l'esclusione dall'accesso a beni e servizi trovi causa in un profilo che sia il risultato di una differenziazione<sup>366</sup> essenzialmente fondata sulla

---

<sup>365</sup> «*Profiling techniques generate correlations between data. [...] Once the process of data mining establishes the correlations, two interrelated things happen: (1) a certain category is constituted (2) as having certain attributes*»; così M. HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, 2008, p. 20.

<sup>366</sup> Evidenzia efficacemente T.Z. ZARSKY, *Understanding discrimination in the scored society*, in *Washington Law Review*, 2014, p. 1382: sul corretto assunto per cui «*discrimination pertains to instances in which those that should be treated as equal are not treated as such [...and] those that are different are treated the same*», qualcuno potrebbe rilevare che, se la profilazione «*allow(s) for treating different individuals differently*», allora «*[...] it does not enhance discrimination, but equality instead!*»; e tuttavia, obietta l'autore rispetto all'ipotesi che tale differenziazione risulti fondata su talune qualità giuridicamente protette, «*antidiscrimination policy is not only about assuring equal treatment to equals, but also about assuring that specific differences among individuals should be ignored*». Nello stesso senso, e circa la distanza concettuale ravvisabile nel "triangolo" costituito dalle nozioni di "differenza", "disuguaglianza" e "discriminazione", cfr. P. FEMIA, voce "*Discriminazione (divieto di)*", in *Enc. Dir., i Tematici, Contratto* a cura di Giovanni D'Amico, Milano, 2021, pp. 499 e 504: dopo avere rilevato che «*ciascun essere umano, al pari di ogni vivente, è unico; tutti sono quindi diversi l'uno dall'altro*», ma «*le diversità possono essere raggruppate in insiemi*



ricorrenza di qualificate e giuridicamente tutelate caratteristiche personali (quali la razza, l'origine nazionale o etnica, il sesso...)<sup>367</sup>

In ambo i casi, l'esito fisiologico dell'applicazione del profilo all'individuo coincide con il suo confinamento all'interno dello stesso, determinando quest'ultimo, in definitiva, l'ampiezza (e il limite) delle possibilità cui ha accesso. Se, tuttavia, l'esclusione da talune offerte, e quindi dall'accesso a taluni beni o servizi, a ragione della sussistenza nell'individuo escluso di una "qualità protetta" integra con tutta evidenza un problema che esige di trovare nell'ordinamento giuridico risposta, non può dirsi invece altrettanto evidente e scontata l'affermazione secondo la quale anche una discriminazione "in senso lato" merita di ricevere giuridica considerazione.

Ebbene, nel prosieguo ci si occuperà più in dettaglio delle problematiche discendenti da entrambe le forme ora menzionate di discriminazione connesse alla profilazione, ovvero quella definita "in senso stretto" e quella definita "in senso lato".

Più in particolare, rispetto alla prima, dopo avere riportato le modalità, evidenziate in letteratura, attraverso le quali il processo di creazione del profilo può condurre alla elaborazione di un modello "viziato" da pregiudizio

---

omogenei [...per cui] l'appartenenza ad un insieme segna una *differenza* degli individui collocati in ciascun gruppo», l'autore spiega di potersi ravvisare *discriminazione* «quando gli appartenenti ad un gruppo pongono una norma o strutturano una prassi che, istituendo una *diseguaglianza*, provoca una ingiustizia distributiva ai danni degli appartenenti ad un altro gruppo»; e ancora, più avanti, sintetizza: «l'eguaglianza è la norma che prescrive di rendere irrilevanti talune differenze nella distribuzione di taluni beni, è l'imperativo di immunizzare l'individuo da alcune sue differenze». Similmente anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1390: «[il] divieto di discriminazione [...] vieta di trasformare le differenze (quali dati di fatto) in disequaglianze (quali giudizi di valore)».

<sup>367</sup> Sul principio di non discriminazione e sulla c.d. disciplina antidiscriminatoria, si rinvia, tra i molti, a: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in ID. (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli 2002, p. 19 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; ID., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 401 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019.

discriminatorio, si porranno in rilievo le ragioni alla luce delle quali deve concludersi nel senso della mancanza nell'ordinamento di adeguati strumenti di tutela, i quali invero non riescono ad essere rinvenuti né nella c.d. disciplina antidiscriminatoria né in quella sulla protezione dei dati personali.

Circa invece la seconda, si cercherà in primo luogo di far emergere e spiegare in che senso e in che misura essa possa costituire un problema giuridicamente rilevante; conseguentemente, e ancora una volta, rispetto al problema individuato non potrà non constatarsi la necessità di un intervento.

### **9. Discriminazione “in senso stretto”: l'origine del pregiudizio è nei dati.**

Secondo un argomento di carattere intuitivo, il fatto che la profilazione sia affidata alle elaborazioni di un sistema di IA e non a quelle di un essere umano dovrebbe garantire una completa assenza di pregiudizio discriminatorio. In termini banali, il pregiudizio è prerogativa dell'uomo, non della macchina: un algoritmo non ha pregiudizi, non odia o disprezza un ebreo, un nero o una donna; un essere umano sì, potrebbe.

E tuttavia, diversi sono gli esempi riportati dalla letteratura scientifica che parrebbero sconfessare tale intuitiva affermazione secondo la quale l'IA non discrimina sulla base della razza o del sesso o di altra qualificata caratteristica. Il più noto è offerto dal sistema di IA “COMPAS” (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), utilizzato in alcune Corti degli Stati Uniti per calcolare la probabilità di recidiva del condannato e come strumento a supporto di decisioni relative alla concessione di misure corrispondenti a quelle che nell'ordinamento italiano sono le c.d. misure alternative alla detenzione. Ebbene, come è stato dimostrato, le algoritmiche elaborazioni di COMPAS esibiscono un sistematico pregiudizio nei confronti dei condannati afroamericani, molto più frequentemente classificati “ad alto rischio” rispetto ai condannati bianchi.<sup>368</sup> Ancora, a titolo esemplificativo, studi

---

<sup>368</sup> «Blacks are almost twice as likely as whites to be labeled a higher risk but not actually reoffend. It makes the opposite mistake among whites: They are much more likely than blacks to be labeled lower risk but go on to commit other crimes»; così J. ANGWIN, J. LARSON, S.

empirici hanno rilevato che alcuni motori di ricerca e piattaforme *social* dedicate all'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro tendono a sfavorire le donne rispetto agli uomini, somministrando, a parità di condizioni e di *curricula*, meno annunci per posizioni aperte alle prime rispetto ai secondi.<sup>369</sup> L'esposizione della varia casistica potrebbe proseguire (e nelle pagine successive verranno offerti ulteriori esempi).

Deve dunque concludersi che anche l'algoritmo, al pari dell'uomo, può essere influenzato, nell'adozione delle proprie decisioni, da un odioso pregiudizio razziale o di genere? Evidentemente, è da escludere che l'IA *in sé* abbia un pregiudizio<sup>370</sup> e dunque deve senza dubbio riaffermarsi come vero l'assunto dal quale si sono prese le mosse secondo il quale non certo l'algoritmo, bensì solo l'essere umano può in effetti esservi incline.<sup>371</sup>

Se è vero, allora, che «*algorithms are not inherently bad or discriminatory*»<sup>372</sup> e che, purtuttavia, «*decisions by algorithms can have discriminatory effects*»<sup>373</sup>, l'apparente paradosso dato dalla verità di entrambe tali proposizioni

---

MATTU, L. KIRCHNER, *Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in *ProPublica*, 23.05.2016, reperibile al link: [www.ProPublica.org](http://www.ProPublica.org).

<sup>369</sup> V., in particolare, L. CHEN, R. MA, A. HANNÁK, C. WILSON, *Investigating the Impact of Gender on Rank in Resume Search Engines*, in *Proceedings of the 2018 chi conference on human factors in computing systems*, 2018, p. 1.

<sup>370</sup> Salva l'ipotesi, che però qui non interessa, che il sistema di IA sia stato intenzionalmente programmato per discriminare.

<sup>371</sup> Efficace J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal*, 2017, pp. 1223-1225: «*The homunculus fallacy is the belief that there is a little person inside the program who is making it work—who has good intentions or bad intentions, and who makes the program do good or bad things. But, in fact, there is no little person inside the algorithm. There is programming--code-and there is data. The program uses the data to run, with good or bad effects, some predictable, some unpredictable. [...] Recently, the media reported a story about an algorithm for picking beauty contestants that preferred white people.<sup>35</sup> Such stories encourage the idea that algorithms have psychological biases. This is yet another example of the homunculus fallacy—there is no little beauty contestant judge inside the algorithm who is employing his or her prejudices. There is the history of previous beauty pageants, the cultural assumptions about beauty that inform these pageants, the kind of data that is collected, the way that the data is collected, the code that the algorithm employs, and the code for revising the code, if the algorithm employs machine learning*».

<sup>372</sup> F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, p. 1575.

<sup>373</sup> *Ibidem*.

si risolve, come appunto si anticipava, nell'affermazione secondo la quale il problema degli effetti discriminatori della profilazione algoritmica trova la propria origine nell'uomo, o meglio e più precisamente, nei *dati* sui quali l'IA è chiamata a lavorare: la discriminatoria decisione algoritmica adottata nella "fase applicativa" del profilo trova fondamento a monte nel *pregiudizio umano* contenuto nei dati sui quali l'algoritmo compie le proprie elaborazioni nella "fase creativa" deputata alla costruzione di quel medesimo modello destinato a successiva applicazione.<sup>374</sup>

Più in particolare, riportando quanto rilevato dalla letteratura di settore, almeno tre sono le principali cause o condizioni "vizianti" il *dataset* al quale l'algoritmo viene esposto per la creazione del profilo (e dal quale, dunque, "apprende" il pregiudizio destinato ad essere riprodotto nel profilo stesso e quindi a riverberarsi con effetti pregiudizievoli sull'individuo al quale il medesimo viene applicato).

La prima è riconducibile alla penetrazione nel *database* di una "discriminazione storica" (c.d. "*historical bias*").

L'esempio paradigmatico citato dai diversi autori che si sono occupati del tema è quello della procedura algoritmica di ammissione ad una scuola di medicina del Regno Unito elaborata negli anni '80 dal St. George's Hospital.<sup>375</sup> I dati elaborati dall'IA per determinare i candidati meritevoli erano costituiti dalle decisioni di ammissione adottate negli anni precedenti, anni tuttavia in cui le procedure di selezione per l'accesso alla scuola di medicina erano fortemente discriminatorie nei confronti delle donne e delle minoranze etniche. Imparando il metodo di selezione da precedenti decisioni affette da pregiudizio,

---

<sup>374</sup> «If the training data is biased, this bias is fed right into the functioning of the model»; così, P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1147.

<sup>375</sup> Richiamando tutti S. LOWRY, G. MACPHERSON, *A blot on the profession*, in *British Medical Journal*, 1988, p. 657, cfr. S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, p. 682; P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, cit., p. 1148; F. J. ZUIDERVEEN BORGESIUUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, cit., p. 1575.

l'algoritmo finiva inevitabilmente per riprodurlo nelle sue elaborazioni<sup>376</sup>: una viziata modalità di decisione del passato diventava così regola per l'adozione di decisioni future.

Il secondo vizio che può colpire il *dataset* e conseguentemente condurre all'inferenza da parte dell'IA di regole decisionali discriminatorie ricorre quando, all'interno del medesimo, una parte della popolazione, corrispondente ad una categoria protetta, risulta sotto o sovra rappresentata (c.d. "*sampling bias*").<sup>377</sup>

Imprescindibile presupposto affinché, infatti, il modello elaborato dall'algoritmo possa considerarsi statisticamente valido è che il *dataset* dal quale il modello medesimo viene estrapolato sia quanto più possibile proporzionalmente rappresentativo della indeterminata platea di individui cui l'algoritmica regola decisionale implicata dal profilo è poi destinata ad essere applicata.<sup>378</sup>

Due esempi (altamente semplificati), l'uno di sovra-rappresentazione, l'altro di sotto-rappresentazione, faranno maggiore chiarezza. Si immagini un sistema di IA di "polizia predittiva"<sup>379</sup>, finalizzato cioè alla individuazione anticipata

---

<sup>376</sup> «*The program was not introducing new bias but merely reflecting that already in the system*»; così S. LOWRY, G. MACPHERSON, *A blot on the profession*, cit., p. 657. Ancora, come rilevano S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., p. 683 s., «*There is an old adage in computer science: 'garbage in, garbage out'. Because data mining relies on training data as ground truth, when those inputs are themselves skewed by bias or inattention, the resulting system will produce results that are at best unreliable and at worst discriminatory*».

<sup>377</sup> Cfr., tra gli altri, T. CALDERS, I. ZLIOBAITE, *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013, p. 51 s. e S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., p. 684 ss.

<sup>378</sup> «*To ensure that data mining reveals patterns that hold true for more than the particular sample under analysis, the sample must be proportionally representative of the entire population, even though the sample, by definition, does not include every case. If a sample includes a disproportionate representation of a particular class (more or less than its actual incidence in the overall population), the results of an analysis of that sample may skew in favor of or against the over- or underrepresented class*»; così S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., p. 686, i quali peraltro altresì rilevano: «*While the representativeness of the data is often simply assumed, this assumption is rarely justified and is 'perhaps more often incorrect than correct.'*».

<sup>379</sup> Non serve, in verità, usare l'immaginazione: alcune forze di polizia statunitensi già si servono di *software* di IA il cui scopo è appunto quello di prevedere dove verranno commessi

dei soggetti che possano rendersi autori di reati, il cui *database* di analisi sia sproporzionatamente costituito da informazioni relative alla commissione di illeciti da parte di soggetti aventi una determinata origine nazionale o etnica: l'algoritmo, pare evidente anche a livello intuitivo prima che matematico-statistico, individuerà una significativa correlazione tra il dato relativo all'origine nazionale o etnica e il dato relativo alla commissione di reati. Viceversa, si immagini un sistema di IA che voglia determinare l'affidabilità creditizia dei soggetti richiedenti un finanziamento<sup>380</sup> il cui *database* di analisi veda sproporzionatamente sottorappresentati come "buoni debitori" gli individui di una certa origine nazionale o etnica: di nuovo, e *a contrario*, non è difficile ipotizzare come l'algoritmo possa profilare gli appartenenti alla medesima categoria come "non affidabili debitori". In entrambi i casi, la "significativa" correlazione scoperta dall'algoritmo potrebbe perdere di significatività se il *database* venisse ampliato in maniera tale da far risultare come ugualmente rappresentate le diverse origini nazionali o etniche.

La terza causa di discriminazione è quella più problematica: si ha quando il "vizio discriminatorio" contenuto nel *dataset* corrisponde ad una veritiera rappresentazione della realtà.

Si ripreda l'esempio da ultimo proposto e si immagini che l'istituto di credito, al fine di costruire il modello volto a predire l'affidabilità dei richiedenti un prestito, abbia riversato nella banca-dati sottoposta ad analisi algoritmica le informazioni relative a *tutti* gli individui che abbiano richiesto un finanziamento presso *ogni* filiale dell'istituto stesso e di *ogni* altro istituto di credito: in altri termini, si dia per assunto che il *dataset*, contenendo *tutti* i dati "in assoluto" disponibili, non possa essere ampliato. Ebbene, che dire se l'algoritmo continua a trovare una significativa correlazione tra l'appartenenza

---

reati. V., in particolare, W. L. PERRY, B. MCINNIS, C. C. PRICE, S. C. SMITH, J. S. HOLLYWOOD, *Predictive Policing. The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, 2013, reperibile al link: [www.rand.org](http://www.rand.org).

<sup>380</sup> Sulla pratica, già menzionata, del "credit scoring" cfr., tra gli altri, a C.J. HAVARD, "On The Take": *The Black Box of Credit Scoring and Mortgage Discrimination*, in *Public Interest Law Journal*, 2011, p. 241 ss.; D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, p. 1 ss.

ad una certa etnia e la difficoltà a ripagare i prestiti? Che dire, cioè, se gli appartenenti a tale etnia sono *inevitabilmente* “sottorappresentati” come “buoni debitori”? Che dire, ancora e in altri termini, se tale sottorappresentazione invece che essere attribuibile a incompletezza e parzialità del *dataset* sia dovuta ad un reale stato di fatto? In sintesi, che dire se la statistica inferenza scoperta dall’algoritmo corrisponde a *realtà*, perché è *vero* che gli appartenenti a quella certa etnia faticano a restituire il mutuo e, insomma, è *vero* che (statisticamente) non sono affidabili debitori? In questa ipotesi i dati analizzati non sono, come nella prima casistica di cui sopra, contaminati dal pregiudizio, né, come nella seconda serie di casi, il risultato discriminatorio dipende da un problema strutturale del *dataset*; in questa terza ipotesi i dati riflettono una realtà fattuale, una condizione di effettivo squilibrio a disfavore di taluni gruppi o categorie di individui.<sup>381</sup>

Sorge, allora, spontanea l’obiezione: se l’algoritmo rileva una significativa correlazione che corrisponde a verità, dove si situa il nodo problematico della questione? Nella trasformazione di una meramente descrittiva osservazione di ricorrenza statistica in una regola decisionale prescrittiva.<sup>382</sup> Per meglio spiegare questo concetto, si distinguono tre passaggi.

Nel primo, si afferma una correlazione tra dati di fatto: è statisticamente accertato che chi appartiene ad una determinata etnia o ha una certa origine nazionale fatica a restituire il mutuo (si tratta di una mera rilevazione, appunto,

---

<sup>381</sup> Come rilevano A. ROMEI, S. RUGGIERI, *Discrimination Data Analysis: a Multi-disciplinary Bibliography*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, cit., p. 121: se «*mining from historical data may mean to discover traditional prejudices that are endemic in reality*» (riferendosi al problema che si è qui definito come “pregiudizio storico”), al tempo stesso e diversamente «*[mining may mean] to discover patterns of lower performances, skills or capacities of protected-by-law groups*». Cfr. anche S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data’s Disparate Impact*, cit., p. 691 s.; P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, cit., p. 1148 s.

<sup>382</sup> Le considerazioni che seguono costituiscono sintesi del seminario “Intelligenza Artificiale e contratto”, tenuto dal Prof. Pasquale Femia per il dottorato di Ca’ Foscari in “Diritto, mercato e persona”, in data 23.03.2021.

di un dato fattuale, non vi è nulla di discriminatorio)<sup>383</sup>. Nel secondo passaggio, si istituisce, sulla base di quanto rilevato nel primo, una previsione: se, ad oggi, i dati indicano che gli appartenenti ad una certa categoria non sono affidabili debitori, si prevede che così sarà anche nel futuro. Ebbene, il problema si manifesta nel terzo passaggio, quello in cui, sulla base della previsione di cui al secondo, viene creata una regola decisionale destinata ad essere applicata nel futuro, così imponendosi per via “normativa” la perpetuazione di uno *status quo*: in forza della regola “se si appartiene ad una certa categoria, allora non si restituirà quanto preso a mutuo”, chi appartiene a quella categoria non riceverà il prestito (e qui, sì, può evidentemente ravvisarsi una discriminazione). Il punto, in altri termini, è che mentre il salto dal primo al secondo passaggio (si passa da una rilevazione statistico-fattuale ad una mera predizione ugualmente statistico-fattuale) è di tipo *empirico*, il salto dal secondo al terzo passaggio ha invece natura affatto diversa, essendo di tipo “*normativo*”: l’osservazione descrittiva di una *regolarità* meramente fattuale viene trasformata in *regola* prescrittiva, la quale, incorporando quella stessa correlazione fattuale, le conferisce il crisma della immutabilità. La fattuale correlazione osservata, cristallizzata e “irrigidita” in una regola – rigida essendo la struttura e dunque la logica applicativa di ogni regola del tipo “se/allora” – destinata ad essere applicata ad ogni caso futuro sussumibile in essa, è così portata a ineluttabilmente perpetuare se stessa.

Appurato, in conclusione, che, per il ricorrere di diverse ragioni, una decisione algoritmica può risultare (“in senso stretto”) discriminatoria, occorre ora volgere lo sguardo alla disciplina che l’ordinamento prevede a tutela, appunto, di quelle situazioni in cui un soggetto si veda negato l’accesso a beni e servizi a ragione di una sua specifica qualità personale.

---

<sup>383</sup> Invero, non è difficile immaginare come corrispondente al vero che alcune categorie di soggetti appartenenti ad una certa etnia o provenienti da una certa area geografica, a causa della condizione di svantaggio e precarietà dalla quale provengono e nella quale si trovano, non ricevano accesso al credito o faticino a far fronte al pagamento delle rate per le linee di credito concesse.



## 10. *Segue. I (superabili) limiti delle fattispecie antidiscriminatorie e il (non superabile) problema della prova della discriminazione.*

Nel primo decennio degli anni '2000 si assiste, per opera di un legislatore europeo sempre più assiologicamente orientato alla tutela della persona<sup>384</sup>, alla emanazione di una copiosa serie di atti normativi<sup>385</sup> volti a declinare e a dare più puntuale attuazione al generale principio di non discriminazione.<sup>386</sup>

Di tale ampio *corpus* integrante la disciplina europea antidiscriminatoria, due sono, in particolare, le Direttive che, investendo direttamente la materia contrattuale, devono qui essere prese in considerazione: si tratta della Direttiva 2000/43/CE che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della Direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

---

<sup>384</sup> «Il passaggio dall'«Europa dei mercati» all'«Europa dei diritti» diviene ineludibile, condizione necessaria perché l'Unione possa raggiungere piena legittimazione democratica»; così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 29. Sul processo di progressiva affermazione, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – prima – e negli obiettivi perseguiti dal legislatore euronitario – poi –, dei diritti fondamentali, culminato nell'inserimento nel Trattato di Lisbona della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr. anche V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 75 ss.

<sup>385</sup> Si menzionano, a titolo esemplificativo: la Direttiva CE n. 2000/43 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la Direttiva CE n. 2000/78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro; la Direttiva CE n. 2004/113 che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura; la Direttiva UE n. 2006/54 che attua il principio della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e condizioni di lavoro; la Direttiva CE n. 2010/41 che stabilisce gli obiettivi relativi all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità, e che abroga la Direttiva CEE 86/613 del Consiglio.

<sup>386</sup> Peraltro, sulla già diretta applicabilità del principio di non discriminazione e del principio di uguaglianza senza la necessaria mediazione costituita dalla tipizzazione in fattispecie, su tutti, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 454 s. e *passim*. Cfr. anche E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, spec. p. 61 ss. e P. FEMIA, voce “Discriminazione (divieto di)”, cit., p. 510 ss. Significativa in questo senso anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che per consolidato orientamento considera il divieto di discriminazione “principio generale del diritto comunitario” capace di spiegare efficacia orizzontale: cfr., *ex multis*, Corte giust. 22 novembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, in *Giur. it.*, 2006, p. 1816 ss.

Ora, il passaggio dalla generale enunciazione del principio di non discriminazione (cfr. artt. 14 CEDU, 21 Carta dei Diritti Fondamentali UE, 3 Cost.) alla formulazione di puntuali fattispecie di illeciti discriminatori (di cui alle Direttive richiamate) obbliga l'interprete a confrontarsi con due serie di questioni.

La prima consiste nel fatto che diviene inevitabile analizzare la fattispecie concreta nei termini di una sua sussumibilità entro gli elementi costitutivi di quella astratta; la seconda, alla prima legata come suo riflesso "in negativo", riguarda invece l'ipotesi in cui il caso concreto fuoriesca dal tracciato disegnato dal legislatore, poiché presenta dei qualificanti elementi che non corrispondono a quelli che la regola richiede ai fini della sua applicabilità: di qui, l'interrogativo in merito alla possibilità di un superamento dei rigidi confini previsti dalla fattispecie astratta.

È dunque necessario e opportuno prendere le mosse dal dato normativo: ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, par. 2, lett. a) e b) e 3, par. 1, lett. h), Direttiva CE n. 2000/43 e degli artt. 3, par. 1, e 4, par. 1, lett. a) e b), Direttiva CE n. 2004/113, per quanto attiene «l'accesso a beni e servizi che sono a disposizione del pubblico», è vietata ogni «discriminazione diretta o indiretta» fondata sulla razza, l'origine etnica o il sesso.

Ebbene, adottando la prima prospettiva, quella che chiama l'interprete a interrogarsi in merito alla sussumibilità nel dato normativo della varia casistica sopra riportata in cui il processo di profilazione si è dimostrato avere esiti in senso stretto discriminatori, ci si è anzitutto domandati se quelle analizzate ipotesi di discriminazione algoritmica possano essere ricondotte ad una "discriminazione diretta o indiretta".<sup>387</sup>

---

<sup>387</sup> Interessante la posizione di P. FEMIA, voce "*Discriminazione (divieto di)*", cit., p. 503: ritenendo «del tutto fuorviante distinguere in quel modo le due discriminazioni [poiché] non esistono affatto due entità, due modi dell'essere discriminazione; esistono svariate tecniche discriminatorie, infinitamente variabili», l'autore invoca un superamento della «distinzione tra discriminazione diretta e indiretta, immaginata, quest'ultima, quale strategia per superare il problema della discriminazione non intenzionale», attraverso l'ampio concetto (derivato da G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, p. 39 ss.) di "agentività", il quale prescinde del tutto dalla predicabilità nel

La risposta è senza dubbio affermativa. Se pure, infatti, si è, da un lato, argomentato nel senso della esclusione di una discriminazione “diretta”<sup>388</sup>, la quale, sussistendo quando *a causa* del suo sesso, della sua razza o della sua origine etnica «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione paragonabile»<sup>389</sup>, potrebbe dirsi ricorrere solo nel caso in cui il c.d. “fattore di rischio” (appunto, la razza, l'origine etnica o il sesso) fosse stato *esplicitamente* – e dunque, potrebbe dirsi, *intenzionalmente* -<sup>390</sup> inserito nel *database* in modo tale da costruire un modello che ne tenesse conto in senso peggiorativo<sup>391</sup>; dall'altro lato, è stato correttamente osservato<sup>392</sup> come nei casi sopra considerati possa tuttavia senza difficoltà configurarsi una discriminazione “indiretta”, la quale sussiste «quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica o di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone»<sup>393</sup>: il profilo, quale *apparentemente neutro criterio* di selezione (es.: si distingue il “debitore affidabile” dal “debitore non affidabile”), può invero, nei modi già visti, mettere talune persone in posizione di svantaggio a ragione di quei fattori di rischio, senza che peraltro sia richiesta una esplicita o consapevole volontà<sup>394</sup> in tal senso da parte del programmatore del *dataset* o dell'utilizzatore del profilo medesimo.

---

soggetto agente di qualità umane: «ogni volta che le sue azioni appaiano conseguenze di una decisione autonoma (mai del tutto calcolabile dall'osservatore) lì c'è agentività. *Agentività discriminatoria* indica pertanto nel sistema giuridico l'esistenza di dispositivi reattivi che producono effetti discriminatori. Il soggetto giuridico, la rete contrattuale, gli algoritmi di contrattazione hanno agentività».

<sup>388</sup> O comunque di una sua ravvisabilità in ipotesi marginali.

<sup>389</sup> Cfr. artt. 2, par. 2, lett. a), Direttiva CE n. 2000/43 e 2, lett. a), Direttiva CE n. 2004/113.

<sup>390</sup> Configura come propriamente doloso l'illecito discriminatorio, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, p. 160 ss.

<sup>391</sup> Cfr. P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, cit., p. 1151 s.; S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioral advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020, p. 386.

<sup>392</sup> *Ibidem*.

<sup>393</sup> Cfr. artt. 2, par. 2, lett. b), Direttiva CE n. 2000/43 e 2, lett. b), Direttiva CE n. 2004/113.

<sup>394</sup> «La figura - piuttosto che una forma di ampliamento della fattispecie - può considerarsi una «tecnica» volta a dare rilievo all'altrimenti invisibile nesso di causalità che intercorre tra un

In secondo luogo, va preso in considerazione l'elemento che richiede che i beni e i servizi l'accesso ai quali viene limitato (direttamente o indirettamente) a ragione delle menzionate qualità personali siano beni e servizi «a disposizione del pubblico»: in sintesi, il divieto di discriminazione di cui alle Direttive sarebbe limitato alla sola contrattazione rivolta al pubblico, *ad incertam personam*, restando fuori dall'ambito applicativo della fattispecie le «dichiarazioni individualizzate»<sup>395</sup>.

Ebbene, *prima facie*, considerando che nelle ipotesi che vengono qui in rilievo si tratta di offerte e di rapporti destinati a consumarsi nell'ambiente digitale della rete tra un professionista ed un consumatore, verrebbe, senza porsi gradi dubbi, da ritenere integrato anche tale elemento. E tuttavia, proprio alla luce dei discorsi che si vanno conducendo nel corso del presente lavoro, un dubbio non del tutto peregrino può invece essere sollevato. Come a più riprese osservato, quanto più la profilazione diventa, coll'aumentare dei dati elaborabili dall'IA, sofisticata e granulare e quanto più il profilo potrà conseguentemente dirsi personalizzato, tanto più esisterà la possibilità per il professionista di formulare un'offerta «*targettizzata*», ovvero costruita sulla base del personale profilo del destinatario dell'offerta medesima, la quale ben potrebbe a questo punto non più considerarsi, ai fini della normativa in esame, «non individualizzata».<sup>396</sup>

Ora, se è vero che *il diniego* di un bene o servizio, a ragione di un profilo discriminatoriamente costruito, può dirsi senza dubbio rientrare nell'ambito di

---

fattore di discriminazione e l'effetto di disegualianza creato dall'autonomia contrattuale. Il giudizio si focalizza sul grado di probabilità che l'esclusione non sia casuale [...] È evidente, dunque, che la causalità indiretta non richiede di 'accertare che l'effetto della discriminazione era consapevole e voluto, e quindi che la discriminazione era dolosa' [...], ma al contrario ridimensiona la rilevanza di stati soggettivi, a vantaggio di tecniche di accertamento oggettivo come quelle fondate sulla statistica»; così G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., p. 1396 e nota 44, ove rinvia a ID., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 93 ss.

<sup>395</sup> Cfr. in particolare D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 16, per il quale la normativa in parola non si applica «né nella fase che precede, né a quella che segue la conclusione di un contratto concluso a fronte di una proposta, di un invito ad offrire o di qualsiasi invito a manifestare un interesse *individualizzato*».

<sup>396</sup> P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, cit., p. 1156 s.

operatività del divieto in parola, in considerazione del fatto che in tale ipotesi la personalizzazione opera a valle di un'offerta che è però a monte rivolta ad una indeterminata platea di soggetti; nella diversa ipotesi di un'offerta che, a monte personalizzata sulla base di un profilo discriminatoriamente costruito, presenti per la persona profilata delle condizioni contrattuali comparativamente più svantaggiose, il dubbio di applicabilità potrebbe bene invece porsi.<sup>397</sup>

Di qui si entra allora nell'ambito problematico di cui alla seconda prospettiva sopra individuata, ovvero quella della superabilità dei limiti posti dalla fattispecie legale; questione – questa della applicabilità del divieto di discriminazione oltre i confini tracciati dalle fattispecie antidiscriminatorie – che si pone persino con maggiore evidenza rispetto alle ipotesi di una discriminazione fondata su un fattore di rischio diverso da quelli contemplati dalle Direttive in esame che, come detto, considerano esclusivamente la razza, l'origine etnica o il sesso.

La soluzione del primo problema, efficacemente definito come il «dilemma del contratto individuale»<sup>398</sup>, fornirà altresì risposta al secondo tema ora evocato della estensibilità del divieto anche a indici di discriminazione diversi da quelli contemplati dalla normativa in analisi.

Ebbene, nel tentativo di sintetizzare un dibattito acceso e complesso, che ha visto numerose e autorevoli voci della dottrina schierarsi con varietà di argomenti ora in favore ora contro la possibilità di superare il limite letterale della offerta al pubblico, si possono tendenzialmente individuare due contrapposte linee di pensiero.<sup>399</sup>

---

<sup>397</sup> E si pensi altresì all'ipotesi di (personalizzate e discriminatorie) condizioni contrattuali tanto gravose da costituire un sostanziale diniego.

<sup>398</sup> E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., p. 547.

<sup>399</sup> Tra i numerosi autori e contributi che si sono occupati del tema, si segnalano in particolare: a sostegno della limitazione del divieto alle sole dichiarazioni al pubblico, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., spec. p. 203 ss. (cfr. anche ID., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 166 ss.) e E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., p. 551 ss.; in favore invece dell'applicabilità anche alle c.d.

Secondo una prima impostazione, la disciplina in parola risponderebbe – in linea, peraltro, con gli obiettivi istituzionali dell’Unione Europea - all’esigenza di tutelare le pari opportunità di accesso agli scambi di mercato.<sup>400</sup> Nella nota contrapposizione antinomica tra, da un lato, il dogma dell’autonomia contrattuale – tendente a respingere eteronome imposizioni sulle scelte negoziali -, e, dall’altro lato, il principio di uguaglianza (inteso come parità di trattamento) – tendente viceversa a vincolare quelle scelte medesime -<sup>401</sup>, la limitazione del divieto di discriminazione alla sola contrattazione rivolta al pubblico sembrerebbe, alla luce del richiamato interesse tutelato, costituire un ragionevole punto di equilibrio: il «bilanciamento di interessi [...] fra l’autonomia contrattuale del singolo, che sfrutta il vantaggio dell’offerta al

---

“dichiarazioni individualizzate”, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, p. 105 ss. (cfr. anche ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit. p. 1398 ss.) e B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, cit., spec. p. 35 ss. e 155 ss.

<sup>400</sup> Cfr. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 42 s.: «il diritto contrattuale antidiscriminatorio non è frutto dell’ideologia marxista-socialista né di quella solidarista-cattolica [...] bensì si ispira alla *equal opportunity* secondo il modello importato dagli Stati Uniti d’America [...] volto a garantire la massima efficienza del sistema degli scambi costitutivo del mercato».

<sup>401</sup> Su tutti, vedasi P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1526, secondo il quale, se si ponesse l’art. 3 Cost. a fondamento della parità di trattamento nei rapporti tra privati, «sarebbe completamente distrutta l’autonomia privata, per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre, di testare, di disporre». Come bene sintetizza B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell’autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 191, «Secondo tale autore [Rescigno], infatti, il limite più rilevante alla parità di trattamento nel diritto privato è costituito dalla libertà contrattuale quasi che eguaglianza, da un lato, ed autonomia privata, dall’altro, rappresentino due zone distinte nei rapporti privati di guisa che “non può darsi parità di trattamento (inteso quale principio) nell’esercizio dell’autonomia privata”». Sulla stessa linea, v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano 2001, p. 83, il quale, domandandosi: «il principio di uguaglianza trova applicazione diretta ai rapporti contrattuali? Ovvero: sono vietati i contratti che realizzino disuguaglianze o discriminazioni?», risponde: «in linea di massima deve dirsi di no: nella misura in cui è *regno della libertà*, il contratto può essere anche *regno della disuguaglianza e della discriminazione, basate su libere scelte dei contraenti*. *Contra*, su tutti, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 466 ss.: «risiede esclusivamente in questo timore, di soppressione delle libertà e della fine del diritto privato, la proposta di limitare l’operatività dell’eguaglianza sancita dall’art. 3 cost. all’esercizio del potere legislativo e, in genere, del potere di diritto pubblico. Ma come può un valore caratterizzante l’ordinamento, fondamento dello Stato sociale di diritto, non essere rilevante per l’attività regolata dal diritto civile secondo Costituzione? Il principio di eguaglianza fa parte dell’ordinamento pubblico costituzionale, al quale nessuno, e tanto meno i privati, può sottrarsi».

pubblico con la quale può intercettare una pluralità di contraenti, e le pari opportunità di accesso al mercato di una pluralità di soggetti altrimenti estromessi» costituisce il fondamento giustificante la rottura, da parte del legislatore, del «vincolo della normale insindacabilità delle scelte contrattuali».<sup>402</sup>

Se tale argomento già trova efficace replica nel fatto che, invero, possono darsi situazioni in cui la pari opportunità di accesso al mercato può bene essere pregiudicata anche in assenza di dichiarazioni al pubblico<sup>403</sup>, dirimenti ai fini della superabilità del limite in parola risultano le argomentazioni a sostegno di una seconda, differente impostazione abbracciata da altra dottrina, la quale, pur non negando la *ratio* di tutela del libero accesso agli scambi di mercato, ravvisa il «fondamento ultimo» della disciplina antidiscriminatoria nella tutela della dignità della persona.<sup>404</sup>

Ebbene, secondo tale dottrina, se è vero che, al pari di quanto può predicarsi rispetto alle previsioni codicistiche che prevedono un obbligo a contrarre (cfr. artt. 1679 e 2597 c.c.), il *dichiarato obiettivo* delle direttive consiste

---

<sup>402</sup> Così E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., p. 560, la quale aggiunge: «il bilanciamento di interessi fra la libertà del singolo e le pari opportunità di esercizio dell'autonomia di una pluralità di soggetti non può esportarsi al di fuori dell'offerta al pubblico, poiché proiettato sul conflitto individuale vede venir meno proprio l'elemento della pluralità degli esclusi. D'altro canto, neppure è possibile invocare in via automatica la lesione della libertà contrattuale del singolo rispetto ad un isolato comportamento discriminatorio, poiché questo di per sé non esclude la possibilità di negoziare con terzi» (*ivi*, p. 561).

<sup>403</sup> «[...] la diffusione del pregiudizio sociale in uno specifico mercato rilevante può comportare che, a fronte del medesimo comportamento discriminatorio, pur espresso nell'ambito di negoziazioni individuali, sia fortemente ostacolato o addirittura precluso l'accesso dei componenti del gruppo svantaggiato a un determinato bene o servizio. A titolo esemplificativo, possono farsi i casi dei mercati immobiliari connotati da peculiare collocazione territoriale, ove la condotta dei proprietari, senza ricorrere all'offerta al pubblico, impedisca del tutto ai discriminati il soddisfacimento delle esigenze abitative, per l'impossibilità di negoziare con terzi. Pertanto, la pluralità o singolarità degli esclusi va valutata non in astratto, alla luce della tecnica di negoziazione, ma in concreto, sul piano del singolo mercato rilevante: pur in mancanza di una dichiarazione al pubblico, la discriminazione può pregiudicare le pari opportunità di accesso al mercato di una pluralità di soggetti»; così G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., p. 1401 s.

<sup>404</sup> B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, cit., p. 186 ss.; ID., *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, cit., spec. p. 35 ss. e 155 ss.

nell'attuazione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi, esso tuttavia non ne esaurisce l'*interesse* tutelato, il quale richiede invece di essere desunto dal *complesso* delle disposizioni di cui alle direttive medesime e delle diverse tipologie di illecito discriminatorio dalle stesse previste.<sup>405</sup> Invero, è proprio a partire da una sistematica analisi delle diverse "figure" in cui la discriminazione contrattuale è declinata che viene a disvelarsi l'unitaria immagine di un comportamento discriminatorio la cui illiceità *prescinde da una disparità di trattamento* e si risolve in una lesione della dignità<sup>406</sup>. Circa, infatti, la "discriminazione diretta", se essa sussiste anche quando «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto [...] *sarebbe trattata* un'altra persona in una situazione paragonabile» allora deve riconoscersi che, a fronte della mera ipoteticità del giudizio comparativo, questa può aversi anche in assenza di una effettiva disparità di trattamento, la quale disparità può invece al contrario lecitamente aversi nel caso di "discriminazione indiretta" laddove quest'ultima risulti giustificata dalla presenza di una "finalità legittima" (cfr. artt. 2, par. 2, lett. b), Direttiva CE n. 2000/43 e 2, lett. b), Direttiva CE n. 2004/113): in sintesi, si può avere disparità senza illiceità e illiceità senza disparità. Ma è rispetto all'ulteriore fattispecie prevista dalle direttive, quella della "molestia", che secondo la dottrina in esame emergono a un tempo con linearità ed evidenza tanto la non necessità di una comparazione relazionale (sulla quale intrinsecamente si fonda il giudizio di disparità) quanto il "vero" interesse tutelato dalla normativa: in tale ipotesi il comportamento discriminatorio è illecito in quanto, del tutto prescindendosi da un confronto, esso ha «come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona e la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo» (cfr. artt. 2, par. 3, Dir. 2000/43/CE e 2, lett. c), Dir. 2004/113/CE). Di qui, si conclude: se «la discriminazione nel contratto viene certamente percepita come una condotta antiggiuridica lesiva di interessi patrimoniali,

---

<sup>405</sup> B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, cit., p. 39 ss. e 160 ss.

<sup>406</sup> ID., p. 42 s. e 162 s.



limitando la libertà di accedere agli scambi di mercato», dall'analisi complessiva della normativa si può d'altra parte ben essere portati a «ritenere che l'interesse tutelato trascenda la sfera patrimoniale della persona e oltrepassi l'obiettivo dell'attuazione della parità di trattamento dovendo, piuttosto, coinvolgere l'intangibilità della persona nella propria dignità, e quindi si può dire nella sua dimensione intima»<sup>407</sup>.

Così ricostruito il fondamento della disciplina eurounitaria, cade allora il limite rappresentato dalla dichiarazione al pubblico, poiché «la dignità del contraente come persona è un valore che merita tutela [...] indipendentemente dalla modalità di conclusione del contratto»<sup>408</sup>. Né sembra sostenibile, alla luce dell'interesse in parola, l'obiezione di chi ritiene che un'eventuale estensione del divieto di discriminazione alla contrattazione individualizzata si risolverebbe, seppur in nome della dignità, in una inaccettabile «distruzione» della libertà contrattuale.<sup>409</sup> Invero, è lo stesso presupposto concettuale sotteso a tale affermazione che deve ritenersi fundamentalmente errato nella misura in cui pone sullo stesso piano il principio di autonomia contrattuale e quello di non discriminazione, quasi che fossero due valori che entrano in bilanciabile conflitto. Se, infatti, il divieto di discriminazione trova il proprio fondamento nel principio di dignità, allora il valore rappresentato dall'intangibilità della libertà contrattuale non può entrare con esso in bilanciamento, essendovi invece subordinato. L'autonomia dei privati – già lo si è più indietro ampiamente evidenziato - <sup>410</sup> non è, infatti, libertà assoluta e senza vincoli, poiché essa al contrario non può che esprimersi entro i confini di liceità dettati da quell'ordinamento giuridico dal quale essa stessa trae il proprio riconoscimento: se si accetta che il divieto di discriminazione deve essere letto

---

<sup>407</sup> B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, cit., p. 197.

<sup>408</sup> ID., *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, cit., p. 161.

<sup>409</sup> D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., p. 168.

<sup>410</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 2.

«nell’orizzonte della dignità»<sup>411</sup>, l’autonomia contrattuale non è né “distrutta” né, a ben vedere, limitata dal principio di non discriminazione, bensì è da esso *conformata*; autonomia e non discriminazione non si atteggiavano come due contendenti in conflitto in un “campo da gioco”, per cui vince la prima nell’ipotesi di dichiarazione individualizzata mentre prevale il secondo in caso di dichiarazione al pubblico, per la semplice ragione che il principio di dignità sul quale quello di non discriminazione trova il proprio fondamento è esso stesso il “campo da gioco” entro il quale l’autonomia dei privati è abilitata a muoversi!<sup>412</sup>

Riprendendo allora il filo dei discorsi che si vanno conducendo, sarà a questo punto facile osservare come - già poco sopra lo si anticipava - la soluzione del problema dell’applicabilità del divieto in esame al contratto individualizzato consenta di dare risposta positiva anche al tema della sua estensibilità ad altri indici di discriminazione diversi da quelli considerati dalle direttive eurounitarie: se la *ratio* delle previsioni antidiscriminatorie deve essere ravvisata nella salvaguardia della dignità della persona, allora la tutela necessariamente deve estendersi ad ogni ulteriore ipotesi in cui si abbia lesione di tale valore e dunque anche alla discriminazione (diretta o indiretta, o alla molestia) che sia attuata in ragione di una qualità o di un connotato diversi dal sesso, dalla razza o dall’origine etnica.<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> B. CHECCHINI, *op. ult. cit.*, p. 155.

<sup>412</sup> Sulla centralità assunta, con le Carte costituzionali del secondo dopoguerra, dal principio di dignità, alla nuova luce del quale devono essere letti gli stessi valori dell’eguaglianza e della libertà, v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 179 ss.

<sup>413</sup> Cfr. B. CHECCHINI, *op. ult. cit.*, p. 47 s., la quale altresì rileva come invero lo stesso art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali UE fornisca un’elencazione dei fattori di rischio dichiaratamente non esaustiva laddove vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, *in particolare*, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale nonché le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali». Favorevoli, seppure con argomenti diversi, a riconoscere rilevanza anche a fattori di discriminazione diversi da quelli considerati dalla normativa antidiscriminatoria anche E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., p. 563 s. e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit., p. 1394, nota 34.

A sintesi di quanto sin qui detto si può insomma concludere che gli stretti steccati di cui alle fattispecie previste dalla disciplina antidiscriminatoria non costituiscono degli insuperabili ostacoli rispetto all'applicabilità della medesima disciplina a ipotesi di discriminazione algoritmica che dovessero concretamente fuoriuscire da quei tracciati confini perché fondate su fattori di rischio diversi da quelli espressamente considerati o in quanto consistenti in offerte "individualizzate".

E tuttavia, come si cercherà subito di dimostrare, ai fini dell'effettività della tutela, un non superabile problema è invece rappresentato dalla *dimostrabilità* della discriminazione attuata per il tramite dell'algoritmo, ovvero dall'onere che colui che si pretende discriminato ha di provare che l'algoritmo lo ha escluso dall'accesso a un bene o servizio in ragione di un certo fattore di rischio.

La regola imposta dal legislatore europeo in tema di onere della prova vorrebbe essere di particolare favore per l'attore. Attraverso un meccanismo definito di «quasi inversione»<sup>414</sup>, le direttive prevedono, infatti, che colui che si ritiene vittima di trattamento discriminatorio sia tenuto a meramente esporre «fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta», incombendo invece sulla parte convenuta l'onere di provare che non vi è stata violazione del divieto di discriminazione.<sup>415</sup> In altri termini, l'attore dovrà portare a sostegno della propria lamentala fatti dai quali emerga una (nei casi che qui interessano) *prima facie* discriminazione indiretta.<sup>416</sup> Ai fini delle ipotesi di discriminazione algoritmica qui in esame, ciò significa che chi si assume discriminato dovrà in qualche modo addurre elementi dai quali si possa ricavare che il profilo in ragione del quale egli è escluso dalla contrattazione

---

<sup>414</sup> P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 108.

<sup>415</sup> Cfr. artt. 8, Direttiva CE n. 2000/43 e 9, Direttiva CE n. 2004/113.

<sup>416</sup> F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, cit., p. 1577; P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, cit., p. 1167 ss.

(o in ragione del quale gli sono offerte condizioni contrattuali più svantaggiose) è il risultato di una indebita rilevante considerazione di un certo fattore di rischio. Si tratta di una prova affatto semplice.

Si supponga che a Tizio, appartenente ad una certa minoranza etnica, venga algoritmicamente negata una richiesta di finanziamento essendo stato inferito dall'analisi dei dati che non può essere considerato un debitore affidabile. Come può egli agire di fronte a tale diniego? Ebbene, astrattamente si danno due possibilità. Bastando elementi dai quali possa emergere una "discriminazione *prima facie*", la prima consiste nel dimostrare che il diniego di finanziamento viene sistematicamente opposto a tutti i soggetti richiedenti un prestito i quali condividano la caratteristica di appartenere a quella medesima minoranza etnica; in virtù del meccanismo di "quasi inversione" di cui si è detto, infatti, sarà in tal caso eventualmente onere del convenuto provare la non discriminatorietà dell'esclusione dalla contrattazione. Si tratta, tuttavia, di una strada difficilmente percorribile alla luce della banale considerazione secondo la quale, con ogni probabilità, Tizio non è a conoscenza del fatto che l'istituto di credito sistematicamente rifiuta le richieste provenienti da soggetti appartenenti a quella certa minoranza etnica: Tizio – è questo ciò che invero si può riscontrare nella maggior parte delle ipotesi - è a conoscenza del solo rifiuto che colpisce la *sua* richiesta di credito. Non resta allora che la seconda possibilità, consistente nel dimostrare che lo specifico rifiuto opposto a Tizio trova la propria ragione nella sua appartenenza ad una certa etnia; in altri termini, occorre provare che la profilazione di Tizio alla stregua di debitore non affidabile è causalmente connessa con la sua appartenenza a quel gruppo etnico.

Ebbene, l'indagine non può che, all'evidenza, cominciare con la ricerca di conoscenza del profilo: il pensiero corre immediatamente all'invocazione dei diritti di cui alla disciplina sui dati personali e, in particolar modo, del diritto di accesso di cui all'art. 15 GDPR, ai sensi del quale il profilante titolare del trattamento è tenuto a fornire, a richiesta dell'interessato, «una copia dei dati personali oggetto di trattamento» (cfr. art. 15, par. 3). Come già più indietro

argomentato facendo richiamo all'interpretazione fornita dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 <sup>417</sup>, superando i dubbi di chi ravvisa l'inapplicabilità di tale disposizione al profilo - ritenendo di non potere includere quest'ultimo nella nozione di dato personale-, l'accesso deve, infatti, essere garantito tanto rispetto ai dati utilizzati come *input* quanto rispetto all'*output* delle elaborazioni algoritmiche, ovvero, appunto, rispetto al profilo applicato all'interessato. Bene: Tizio, destinatario della decisione che gli nega il finanziamento, ha così possibilità di conoscere i dati elaborati e l'esito di tali elaborazioni. Chiaramente, non basta. Ammesso - e già questo non è affatto scontato considerata la mole di dati oggetto di *disclosure* - che tali informazioni gli vengano effettivamente fornite in forma «trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro» (cfr. art. 12 GDPR), resta il fatto che ancora deve essere dimostrato che esiste una significativa connessione tra i dati utilizzati per l'elaborazione del profilo, il profilo stesso che, applicato all'interessato, ne decreta l'inaffidabilità creditizia, e l'appartenenza alla minoranza etnica. In altri termini, ancora deve essere dimostrato che il diniego di finanziamento, fondato sul giudizio di inaffidabilità, è causalmente legato all'origine etnica di Tizio. Avere conoscenza dei dati di *input* e del profilo rappresentante l'*output*, non significa ancora, infatti, avere conoscenza del *perché* proprio quello sia l'esito delle elaborazioni effettuate dall'algoritmo; e per poter dimostrare (o al contrario escludere) che vi sia una significativa relazione tra il finale giudizio di inaffidabilità e l'origine etnica di Tizio è invero essenziale sapere quale sia la strada percorsa per giungere da quei dati di *input* a quello specifico pregiudizievole *output*. In sintesi, per sapere se una significativa correlazione tra il giudizio di inaffidabilità e l'origine etnica esista, è in definitiva necessario avere *spiegazione* del processo decisionale algoritmico. Ed è proprio a questo punto, però, che ci si trova davanti ad una strada chiusa, poiché - anche questo lo si è già a più riprese evidenziato - quando si tratta di algoritmi di IA che

---

<sup>417</sup> V. *supra* cap. I, § 13.

elaborano una enorme quantità di dati, quando cioè si parla di profilazione in un contesto *big data*, ciò che pare inevitabilmente mancare è proprio la possibilità di compiutamente comprendere, e dunque di spiegare, “cosa avviene” tra l’*input* e l’*output*, come e perché da un certo (enorme) insieme di dati si perviene ad un certo specifico risultato.<sup>418</sup> Se pure, allora, è vero che l’esistenza di un c.d. “diritto alla spiegazione” in capo all’interessato può essere ermeneuticamente desunta dal diritto di contestare la decisione automatizzata di cui all’art. 22, par. 3, GDPR (sul punto, cfr. più diffusamente *supra*, cap. I, § 13), ciò che tuttavia pare appunto mancare è la stessa possibilità che una spiegazione riesca ad essere compiutamente fornita. E senza spiegazione dei percorsi inferenziali compiuti dall’algoritmo, lo si ribadisce, viene meno per Tizio anche la possibilità di provare che il giudizio di inaffidabilità cui l’algoritmo stesso è pervenuto è discriminatorio in quanto direttamente ricollegabile all’appartenenza etnica.

In conclusione rispetto a tutto quello che si è rilevato: appurata l’applicabilità della nozione normativa di discriminazione indiretta alle ipotesi di discriminazione algoritmica, e dimostrata la superabilità delle strettoie rappresentate dalla letterale limitata applicabilità della disciplina antidiscriminatoria alle sole ipotesi di dichiarazione al pubblico e di esclusione a ragione dei soli fattori razza, origine etnica e sesso, l’utile invocazione di tale medesima disciplina trova tuttavia un invalicabile limite nelle difficoltà che colui che si assume vittima di discriminazione incontra nel darne dimostrazione, difficoltà che non riescono ad essere positivamente risolte nemmeno rivolgendosi alle previsioni di cui alla disciplina sui dati personali approntata dal GDPR.

---

<sup>418</sup> Sulla opacità dei processi algoritmici, su tutti: F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge, Massachusetts, 2015; J. BURRELL, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 1 ss.

## 11. Discriminazione “in senso lato”.

La selezione che fisiologicamente il profilo opera non necessariamente si fonda su un c.d. fattore di rischio. Il profilo, di per sé, ben può essere in questo senso “neutro”, non assumendo come significativo nella propria elaborazione un dato qualificabile, alla luce del principio di dignità, alla stregua di un fattore di rischio. In tali ipotesi, evidentemente, il diritto antidiscriminatorio non ha alcunché da dire, senza dubbio non essendo ravvisabile l’applicabilità del divieto di cui si è sopra ampiamente discusso.<sup>419</sup>

Invero, come a più riprese già evidenziato, la profilazione è di per sé funzionalmente tesa alla e ontologicamente coincidente con la istituzione di differenze tra i soggetti nei confronti dei quali è operata: la profilazione è *di per sé* “in senso lato” discriminatoria, poiché, come ogni forma di categorizzazione, *intrinsecamente* implica una distinzione tra chi rientra nel profilo e chi ne resta fuori. Ma fintantoché tale differenziazione, si ribadisce, non è fondata su taluni specifici fattori, di essa non può predicarsi la contrarietà all’ordinamento giuridico.

Occorre, allora, nuovamente porsi un interrogativo spesso ricorrente nel presente studio: dove risiede il problema?

Si cercherà di definirlo procedendo per gradi, incominciando dalla constatazione per la quale, perlomeno da un certo angolo visuale, tali effetti latamente discriminatori riconducibili al fenomeno in esame, ben lungi dall’essere problematici, sono tutt’al contrario da salutare con favore.

In effetti, i) che il consumatore risulti destinatario di quelle sole offerte di beni e servizi le quali rispecchiano il suo algoritmicamente costruito profilo e ii) che l’analisi compiuta attraverso l’IA su una enorme mole di dati consenta la costruzione di profili sempre più granulari, precisi e individualizzati

---

<sup>419</sup> Cfr. B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philosophy and Technology*, 2017, p. 475 ss.; S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioral advertising*, cit., p. 54 ss.; F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, cit., p. 1584.

costituiscono due fatti che, tra loro coniugati, possono certamente favorire la costruzione di un mercato più efficiente, portando beneficio tanto all'impresa profilante quanto al consumatore profilato, l'una riuscendo a, appunto, distinguere nella massa indistinta della domanda i suoi "veri clienti", l'altro essendo raggiunto, nel *mare magnum* dell'offerta, da quei soli beni e servizi che rispecchiano le sue preferenze e possibilità.<sup>420</sup>

E tuttavia, il giudizio sulla complessiva bontà del fenomeno potrebbe iniziare ad incrinarsi se solo il medesimo viene riguardato sotto una prospettiva rovesciata: nella stessa misura in cui le offerte sono *per* i consumatori selezionate sulla base dei loro profili, al converso i consumatori stessi sono fatti dalle imprese *oggetto* di selezione; nella stessa misura in cui il profilo determina una selezione di ciò che è opportuno "entri" nel panorama informativo del consumatore definendo i beni e servizi cui questi può avere accesso, al converso lo stesso profilo finisce con il decretare ciò che deve esserne invece "tenuto fuori", sancendo l'esclusione del medesimo consumatore da altri beni e servizi.<sup>421</sup>

Come affermato da un'autrice, dal lato dell'impresa che si serve della profilazione algoritmica al fine di selezionare la propria clientela, il profilo, in definitiva, «*aims to predict an individual consumer's likely value as a customer*»<sup>422</sup>, il profilo, cioè, definisce il "valore" dell'individuo come potenziale cliente.<sup>423</sup>

Decisamente indicativi in questo senso sono i risultati – riportati dalla medesima autrice - di un'indagine condotta dalla *Federal Trade Commission* ("FTC") statunitense sulle modalità attraverso le quali la pratica in esame viene

---

<sup>420</sup> Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., *passim* e p. 103 s.

<sup>421</sup> K. YEUNG, *Five fears about mass predictive personalization in an age of surveillance capitalism*, cit., p. 265.

<sup>422</sup> A.J. SCHMITZ, *Secret Consumer Scores and Segmentations: Separating Consumer 'Haves' from 'Have-Nots'*, in *Michigan State Law Review*, 2014, p. 1427.

<sup>423</sup> Similmente, un altro autore laconicamente sintetizza: i consumatori profilati sono, allo stadio finale, suddivisi in due macrocategorie, "*targets or waste*", e chi entra nella seconda è destinato ad essere ignorato, escluso; così J. TUROW, *The Daily You. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, cit., p. 88.



operata da alcuni dei più importanti “*data brokers*” d’oltreoceano<sup>424</sup>: accanto a classificazioni (da lei stessa definite) «*benign*», quale ad esempio «*Consumers Interested in Buying Camping Gear*», la FTC ha rilevato come i consumatori vengano altresì categorizzati in “segmenti” ben più «*questionable*», quali «*Thrifty Elders (singles in late 60s/early 70s with low income)*, “*Work & Causes*” (*lower-income consumers in late 40s/early 50s in multi-unit dwellings*), “*Timeless Traditions*” (*immigrants, many of retirement age with limited English and lower incomes*), “*Downtown Dwellers*” (*lower-income singles in metro areas with limited education and working clerical or service jobs to “make ends meet”*), and “*Metro Parents*” (*single parents with limited education, living “urban life on a small budget”*)»<sup>425</sup>. Ancora, sulla stessa linea, si riporta quanto rilevato da altro autore in merito alle operazioni di profilazione svolte da *Acxiom*, «*one of the top U.S. marketing-communication agencies*», il cui dichiarato obiettivo è quello di «*help clients decide which consumers are not worth targeting*»<sup>426</sup>. Non senza amara ironia, l’autore scrive: «*Acxiom statisticians combine demographics and various behaviors into seventy colorfully named and artfully described clusters arranged on an income spectrum, from the affluent (for example, “Summit Estates”, “Corporate Clout”, “Hard Chargers”, “Kids and Clout”) to the upper-middle income earners (“Soccer and SUVs”, “Acred Couples”, “Clubs and Causes”), middle-income earners (“Urban Tenants”, “Outward Bound”), lower-middle income earners (“First Digs”, Home Cooking”) and low-income earners (“Single City Strugglers”, “Mortgage Woes”, “On the Edge”)»<sup>427</sup>. Insomma, si ribadisce: a seconda della categoria in cui l’algoritmo ritiene di collocare l’individuo alla luce del profilo attribuitogli, quest’ultimo risulterà destinatario di talune offerte e non di altre, essendogli così presentata la*

---

<sup>424</sup> A.J. SCHMITZ, *Secret Consumer Scores and Segmentations: Separating Consumer ‘Haves’ from ‘Have-Nots’*, cit., p. 1431 ss.

<sup>425</sup> ID., p. 1432.

<sup>426</sup> J. TUROW, *The Daily You. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, cit., p. 96 (enfasi nel testo).

<sup>427</sup> ID., p. 97.

possibilità, in altri termini, di avere accesso a taluni beni e servizi e non ad altri.<sup>428</sup> Il profilo, in sintesi, riflettendo il “valore” del consumatore come cliente, risulta conseguentemente determinante rispetto all’ampiezza dello spettro delle possibilità che gli vengono prospettate: inserito il consumatore, a ragione di un certo profilo, nella categoria “*Summit Estates*” dei più facoltosi, lo spettro si allarga; catalogato il medesimo come appartenente alla più modesta classe dei “*First Digs*”, il medesimo si restringe.

Certo, ancora, il fenomeno potrebbe non apparire eccessivamente preoccupante. Che il profilato si veda raggiunto da talune offerte invece che da altre non appare, in effetti, costituire una problematica degna di particolare interesse da parte dell’ordinamento: in fondo, semplificando, quale danno potrebbe ravvisarsi per l’individuo che, etichettato come “soggetto a basso reddito”, riceve annunci pubblicitari relativi a beni di modesto valore economico, risultando invece esclusi dal suo panorama informativo quelli aventi ad oggetto beni di lusso? È di tutta evidenza come in tali ipotesi si faccia fatica ad intravedere un problema: la sua libertà di scelta e di azione non appare invero, da tale prospettiva, significativamente compressa, essendogli meramente negata, in quanto ignorato come *target* dell’impresa profilante, la possibilità di *essere raggiunto* da determinate offerte.

E tuttavia, che dire invece delle ipotesi in cui, volendo egli “raggiungere” l’impresa, proponendosi quale sua controparte negoziale, tale possibilità gli sia negata a ragione di un profilo alla stregua del quale egli viene da essa ritenuto “non abbastanza”? Che dire, ad esempio, delle ipotesi in cui a quell’individuo

---

<sup>428</sup> Avverte con preoccupazione A.A. MILLER, *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination—The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, cit., p. 94: «over the long run, such practices might create a market divided between a class of consumers who receive incentives and offers for the best products and services, and a class of consumers who are habitually ignored, underserved, and over-charged». Cfr. anche GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 6: «la profilazione [...] può confinare una persona in una categoria specifica e limitarla alle preferenze suggerite per tale categoria. [...] In taluni casi, la profilazione può portare a previsioni imprecise, in altri al diniego di servizi e beni e a discriminazioni ingiustificate».

vengano negati, sulla base e a causa del profilo su questi algoritmicamente costruito, una richiesta di credito, un'assicurazione, un lavoro? Ecco che in tali casi, all'aumentare, per così dire, della "posta in gioco", all'aumentare, cioè, dell'importanza dei beni e servizi algoritmicamente negati, inizia a farsi intuitivamente strada con maggiore convinzione l'idea che un qualche problema, in fondo, nel fenomeno in esame, vi sia.

E tale convincimento, che, per la via intrapresa, inizia così a radicarsi, invero si irrobustisce laddove alle ultime considerazioni ora svolte se ne aggiunge una ulteriore, legata al tema in letteratura noto come il problema della «profezia che si auto-avvera» o della «spirale negativa» o, ancora, del c.d. «*self-reinforcing algorithmic loop*».<sup>429</sup> Il profilo, come più indietro spiegato,<sup>430</sup> esprime una previsione: l'algoritmo, dall'analisi dei dati, prevede che il consumatore possa essere interessato all'acquisto di certi prodotti (o che invece non sia il migliore destinatario di quell'offerta), che il richiedente un prestito sia un debitore affidabile (o che al contrario non meriti credito), che l'aspirante ad un posto di lavoro possa essere adatto ad occupare quella posizione (o che diversamente non rappresenti il candidato ideale), e così via. Ebbene, tali algoritmiche previsioni cristallizzate nei profili, nel determinare, come già messo in evidenza, lo spettro delle possibilità cui il profilato può accedere, finiscono al contempo per inevitabilmente confermare e rafforzare se stesse sulla base di un processo in definitiva autoreferenziale e difficilmente reversibile. Le previsioni espresse dai profili, in altri termini, finiscono con il determinare quegli stessi effetti che volevano essere meramente preveduti<sup>431</sup>: da una certa previsione negativa deriva l'esclusione da talune possibilità, la quale esclusione, da un lato, conferma la previsione negativa medesima e,

---

<sup>429</sup> Cfr., rispettivamente, D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, cit., pp. 18 e 32; T. Z. ZARSKY, *Understanding discrimination in the scored society*, cit., p. 1405 ss.; S. GRAFANAKI, *Autonomy Challenges in the Age of Big Data*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2017, p. 825 ss.

<sup>430</sup> V. in particolare *supra*, cap. I, § 8.

<sup>431</sup> T. Z. ZARSKY, *Understanding discrimination in the scored society*, cit., p. 1406.

dall'altro lato, nel costituire essa stessa un dato analizzabile per future previsioni, conduce ad uno stato di ancor più radicale esclusione.

Si consideri il seguente esempio, che, seppur forse semplicistico ed “esasperato”, renderà più plasticamente il concetto.<sup>432</sup> Un giovane laureato, con un figlio a carico e senza precedenti esperienze lavorative, viene negativamente profilato da alcune aziende alle quali aveva inviato il proprio *curriculum*; in seguito al rifiuto, avendo urgente necessità di trovare lavoro per mantenere il figlio, accetta un'occupazione *part-time* in un *fast food*; nel frattempo, trovandosi in difficoltà economica, chiede un prestito che gli viene negato: il suo profilo sembra suggerire di non poterlo classificare alla stregua di debitore affidabile; il tempo passa, lo sconforto (che non manca di esternare sui *social*) e le difficoltà economiche aumentano, gli acquisti e, più in generale, la qualità della vita della famiglia progressivamente diminuiscono; sebbene più disilluso, si rivolge nuovamente ad un istituto di credito in cerca di un prestito: l'esito dell'algoritmo deputato ad analizzare e prevedere la sua meritevolezza creditizia è questa volta più negativo di quella precedente; sebbene con sempre minore convinzione e motivazione, continua ad inviare il proprio *curriculum* alla ricerca di un'occupazione più corrispondente al livello dei suoi studi, e tuttavia, anche in questo caso, l'analisi complessiva dei dati a disposizione dell'algoritmo restituisce un profilo ogni volta più negativo.

Sintetizzando: le previsioni algoritmiche compiute sul giovane di cui all'esempio hanno ridotto le sue possibilità di scelta e di azione; costretto l'individuo a muoversi in un contesto limitato da quelle medesime ridotte possibilità, l'algoritmo stesso ha così creato le condizioni per confermare, replicare e rafforzare le proprie previsioni.<sup>433</sup>

---

<sup>432</sup> Sulla falsariga di quello proposto da D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, cit., p. 32.

<sup>433</sup> Cfr. anche S. GRAFANAKI, *Autonomy Challenges in the Age of Big Data*, cit., p. 825 s.: «At a very basic level, any individual's development depends on the kind of opportunities one is given or denied. [...] the algorithm conducts predictive analyses and determines what choices that individual will be given. In turn, these same “choices” that one was only given based on assumptions about him are the ones that determine and become the new assumption. This is how the self-reinforcing loop is created».

E tuttavia, ancora non può dirsi bene messo a fuoco il vero fulcro problematico della discriminazione in senso lato operata dalla profilazione. Certamente, il riportato tema della c.d. “spirale negativa”, per così dire, può “impressionare”. Ma tale argomento, a veder bene, nell’essere funzionale a destare attenzione rispetto ad una problematicità del fenomeno che, forse, diversamente, un osservatore scettico non sarebbe indotto a ravvisare, non dà ancora conto del problema in sé. Il *loop* auto-avverante all’interno del quale conduce la previsione algoritmica, in altri termini, si pone, in verità, sul piano della *intensità degli effetti* che possono derivare dal (non ancora specificamente identificato) problema, ma – pur sollevando comprensibile preoccupazione - non costituisce esso stesso il problema, il quale invece si colloca più a monte. Se, dunque, la c.d. “spirale negativa” in cui può cadere l’individuo profilato altro non è che un (senza dubbio allarmante) “di più” rispetto ad un qualcosa che viene prima, occorre fare un passo indietro e tornare al momento di origine della spirale, quello del primo diniego; e necessita di nuovo domandarsi: in che misura il mancato accesso ad un prestito o ad un posto di lavoro, non per causa di una qualche caratteristica protetta, può rappresentare una questione degna di attenzione?

In effetti - deve tuttavia, di nuovo, criticamente osservarsi - nonostante l’evidente importanza che nella vita di un individuo e nello svolgimento della persona può avere la possibilità di accesso al credito o ad un posto di lavoro, *di per sé* il loro diniego non può essere *sic et simpliciter* fondatamente lamentato: è di tutta evidenza, infatti, che l’individuo non può dirsi vantare una pretesa a ricevere un prestito o ad ottenere una certa posizione lavorativa. Egli, invero, potrebbe effettivamente non essere un debitore affidabile o un buon candidato per quella occupazione; in termini inversi, quel diniego ben potrebbe essere opposto senza che per ciò solo possa essere ravvisata un’ingiustizia.

E se invece l’algoritmo si sbagliasse? Ecco un primo punto che avvicina finalmente l’analisi ad una precisa identificazione del tema problematico: che

---

dire se l'accesso ad un fondamentale bene della vita fosse, sì, ingiustamente negato perché, a causa di un'imprecisa profilazione, l'individuo è stato male rappresentato?<sup>434</sup> Il fenomeno, in altri termini, assume rilievo critico quando l'interesse che entra in considerazione è quello alla *contestabilità* della decisione algoritmica. Torna, allora, nuovamente in primo piano la già a più riprese segnalata questione della (in)spiegabilità delle inferenze algoritmiche che hanno condotto alla formulazione del profilo: se la verità dei fatti fosse diversa dalle previsioni dell'IA, *come* può l'individuo smentirle? Come può il profilato che la ritenga erronea contestare la decisione algoritmicamente assunta se non è dato sapere, a causa della intrinseca e inevitabile complessità del suo funzionamento, *come* l'algoritmo sia ad essa pervenuto?<sup>435</sup>

Ma la centralità del tema della (non) spiegabilità delle determinazioni operate dall'IA emerge altresì in una seconda, opposta ipotesi.

Al fine di testare, cioè, la piena tenuta dell'argomento secondo il quale il fulcro del problema deve essere precisamente individuato nella impossibilità di avere spiegazione delle ragioni in forza delle quali l'algoritmo abbia ritenuto di applicare all'individuo un certo profilo (con conseguenti ricadute sulle sue possibilità di accesso a taluni beni e servizi), si supponga che l'IA, contrariamente rispetto allo scenario appena sopra ipotizzato relativo ad un presunto "errore algoritmico", abbia invece bene profilato l'individuo,

---

<sup>434</sup> In certo senso, invero, l'individuo è *sempre*, inevitabilmente, male rappresentato dal profilo per il semplice fatto della irriducibilità della complessità della persona e della sua identità entro i parziali, probabilistici e storici steccati di un profilo algoritmicamente costruito. Sul punto, si rinvia molto più diffusamente a A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022, spec. p. 417 ss.

<sup>435</sup> Sulla già a più riprese rilevata questione dell'opacità dei processi inferenziali compiuti dagli algoritmi di IA, cfr. J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., p. 5: «In a 'Big Data' era, billions or trillions of data examples and thousands or tens of thousands of properties of the data (termed 'features' in machine learning) may be analyzed. The internal decision logic of the algorithm is altered as it 'learns' on training data. Handling a huge number especially of heterogeneous properties of data (i.e. not just words in spam email, but also email header info) adds complexity to the code. Machine learning techniques quickly face computational resource limits as they scale and may manage this, using techniques written into the code (such as 'principal component analysis') which add to its opacity. While datasets may be extremely large but possible to comprehend and code may be written with clarity, the interplay between the two in the mechanism of the algorithm is what yields the complexity (and thus opacity)».

correttamente rappresentandolo come non affidabile debitore o alla stregua di non idoneo aspirante ad una certa posizione lavorativa.

Ebbene, se al profilato non è dato modo di comprendere *perché*, ovvero sulla base di quali dati e, soprattutto, di quali inferenze su quei dati compiute, sia stato (pur, in ipotesi, giustamente) escluso da talune possibilità, egli non sarà mai in condizione di “uscire” da quella determinazione, inevitabilmente finendo nella “spirale” di cui si è detto, poiché non conoscendo le motivazioni che hanno condotto a quella esclusione gli saranno altresì del tutto ignote le azioni da intraprendere per fare in modo che l’algoritmo possa in un secondo momento, ove nuovamente interrogato, arrivare ad adottare una decisione differente. Confinato dal profilo in uno spazio fatto di possibilità limitate, l’individuo che non ha modo di comprendere le ragioni a fondamento di quelle limitazioni non sarà nemmeno in condizione di poter ri-espandere quel medesimo algoritmicamente limitato spazio di azione.

Per concludere sinteticamente, deve in definitiva riconoscersi che il problema, insomma, non risiede meramente nel fatto in sé che il profilo risulti determinare una limitazione delle possibilità cui l’individuo ha accesso, così conseguentemente comprimendo lo spazio entro il quale egli ha libertà di svolgere la propria persona; bensì deve essere più precisamente individuato nella mancanza di comprensibilità circa il *come* ed il *perché* quello spazio sia a quel modo compresso. Come ora argomentato, infatti, la non spiegabilità delle inferenze algoritmiche non soltanto incide sulla possibilità di contestare una decisione presuntamente erronea e dunque ingiusta, ma altresì sulla possibilità per l’individuo di ottenere, a fronte di una ipoteticamente corretta e quindi giusta determinazione, una sua revisione.





## CAPITOLO TERZO

### EFFETTIVITÀ DEL CONSENSO INFORMATO TRA DIRITTO E TECNOLOGIA

#### **1. Breve ricapitolazione dei risultati raggiunti. I fondamentali problemi emersi dalla ricerca: la debolezza del consenso informato e la non spiegabilità dei processi algoritmici.**

Seppur con la necessaria brevità, si ritiene opportuno, prima di entrare nel merito del presente conclusivo capitolo, ripercorrere le “tappe” centrali di quanto sin qui argomentato fin dal principio della ricerca, così da offrire, a beneficio dell’esposizione che seguirà, un quadro di sintesi dei risultati che possono dirsi a questo punto raggiunti e sui quali questo stesso conclusivo capitolo trova ragion d’essere e impulso.

La prima parte dello studio è stata dedicata, da un lato, alla ricostruzione del significato e del fondamento ordinamentale del principio di autonomia negoziale e, dall’altro lato, all’analisi del fenomeno della profilazione.

Come si è avuto modo di mettere in evidenza, il nesso che lega il principio della libertà di contrarre e la profilazione svolta dall’impresa può essere descritto nei seguenti termini: la profilazione, quale insieme di operazioni che, dalla raccolta all’elaborazione di dati del consumatore, consentono all’impresa di efficientemente indirizzare le proprie scelte relative al se, con chi e a quali condizioni contrarre, deve in definitiva considerarsi prodromica e strumentale al migliore esercizio della sua libertà negoziale. In quanto tale, si tratta senza dubbio di attività del tutto lecita, rientrando nell’alveo di tutela del principio di libertà della iniziativa economica privata di cui all’art. 41, comma 1, Cost.

E tuttavia, si è rilevato nell’ambito della trattazione dedicata al principio di autonomia negoziale, la libertà contrattuale non è dall’ordinamento garantita in modo assoluto e incondizionato, al contrario potendo essere dal legislatore *limitata* con interventi a tutela dei (potenzialmente confliggenti) valori di cui allo stesso art. 41, comma 2, Cost.

Di qui, il facile sillogismo deduttivo secondo il quale: se (premessa maggiore) l'autonomia negoziale può essere dal legislatore limitata per scongiurare che essa possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana»; e se (premessa minore) la profilazione operata dall'impresa deve considerarsi espressione della sua libertà negoziale; consegue (conclusione) che la profilazione, nella misura in cui attenti ad uno o più dei richiamati valori, possa (ed anzi, debba, per la tutela di quelli) essere sottoposta a limitazioni da parte del legislatore.

La seconda parte della ricerca è stata appunto dedicata all'analisi delle diverse modalità attraverso le quali la profilazione del consumatore può in effetti mettere a rischio quei medesimi valori per la tutela dei quali un intervento del legislatore limitativo dell'autonomia privata risulta legittimo e opportuno.

Più in particolare, adottando il dicotomico paradigma della “libertà positiva” e della “libertà negativa” di cui alle elaborazioni del filosofo inglese Isaiah Berlin, sono stati individuati tre specifici crescenti livelli di lesione della *libertà di scelta* del consumatore profilato.

Ripercorrendo concisamente a ritroso il percorso svolto, si è osservato come il profilo, nella sua fisiologica funzione discriminatoria, confinando l'individuo all'interno di un mercato fatto di offerte che in quello stesso profilo trovano ragione, possa conseguentemente condurre all'*esclusione* del soggetto profilato dall'accesso a taluni (anche essenziali) beni e servizi, andando così a comprimere le sue fattuali possibilità di svolgimento della propria persona. Nella misura in cui, poi, come rilevato, la discriminazione operata dal profilo può assumere altresì una “colorazione patologica”, portando all'esclusione dall'accesso a talune possibilità a causa di uno specifico “fattore di rischio” (quale, ad esempio, il sesso o l'origine etnica), si è reso evidente come il valore compromesso, trascendendo la sfera di libertà dell'individuo, dovesse essere rinvenuto nella stessa *dignità* della persona.

Così limitato nella sua “libertà negativa”, in quanto costretto a muoversi entro gli stretti confini etero-definiti dal profilo determinante l'area entro la quale la

sua capacità di esprimere una scelta può essere esercitata, il consumatore si vede leso dalla profilazione anche nella sua “libertà positiva”, risultando compromessa, entro quel già limitato spazio, anche la sua capacità di esprimere una decisione consapevole e libera, ovvero informata e non eterodiretta o condizionata. Conosciuto, infatti, nelle sue più intime e a lui stesso ignote vulnerabilità emotive e cognitive, il profilato può essere indotto a compiere una scelta che senza il subliminale sfruttamento di quelle stesse vulnerabilità non avrebbe compiuto. Conosciuto, altresì, nella sua massima disponibilità a pagare, al profilato può essere applicato un prezzo corrispondentemente personalizzato, rispetto al quale, tuttavia, egli è destinato a rimanere inconsapevole dei meccanismi che lo hanno determinato.

Per il tramite del profilo, insomma, il consumatore si ritrova incanalato all'interno di un mercato “a tutto tondo” individualizzato, dall'esterno costruito “a sua misura”, fatto di selezionate offerte di prodotti e servizi personalizzate tanto nelle subliminali modalità attraverso le quali gli vengono presentate quanto nei termini contrattuali che gli sono proposti.

Alla luce di tali considerazioni, è destinata ad inevitabilmente infrangersi l'immagine di un consumatore “arbitro” del mercato, di un consumatore che, capace di esercitare una scelta informata e consapevole, possa essere considerato il vero artefice e motore del meccanismo concorrenziale. Tutt'al contrario, l'immagine che il quadro delineato restituisce è quella di un consumatore inconsapevole e impotente di fronte alle decisioni algoritmiche che per il tramite del profilo vengono *su di lui* operate, di un consumatore che in conseguenza della personalizzazione di cui si è detto è “isolato”, è solo e “nudo” di fronte ad una controparte che non soltanto meglio di lui conosce l'affare da concludere (come è nella “tradizionale” dinamica professionista/consumatore), ma, di più, conosce la sua stessa persona: nel mercato dominato dalla profilazione algoritmica si assiste così all'emersione di un'inedita forma di asimmetria informativa che va a drasticamente compromettere la capacità del consumatore di esercitare una scelta informata e consapevole e che pertanto si risolve in un fallimento del mercato

concorrenziale (con violazione quindi, altresì, del principio di svolgimento dell'iniziativa economica privata in conformità all'*utilità sociale*).

Se dall'analisi che precede emerge con chiarezza la necessità di un intervento, occorre, ancora in questo tentativo di “tirare le fila” degli esiti cui la ricerca è finora pervenuta, individuare con più precisione gli effettivi “punti dolenti”, gli aspetti più specificamente problematici del fenomeno di cui si è parlato e dai quali, in definitiva, discendono quei pregiudizi appena richiamati per sommi capi.

Invero, come si è cercato a più riprese di mettere in rilievo, non è affatto la profilazione *di per sé* ciò su cui occorre intervenire, poiché *di per sé* la personalizzazione delle offerte ben potrebbe contribuire ad aumentare non soltanto l'efficienza delle decisioni dell'impresa profilante, ma anche il benessere del consumatore profilato e quindi, più in generale, del mercato. A condizione che non si degeneri nello scenario già ricostruito.

Dove, allora, occorre intervenire? Qual è l'effettivo “punto dolente” di tutta la vicenda? La mancanza di consapevolezza del profilato. Il fondamentale “nodo problematico” ciclicamente emerso nel corso della trattazione da un'analisi critica del fenomeno e della disciplina ad oggi esistente consiste nel fatto che il consumatore profilato “non sa”.

Più in particolare, tale mancanza di conoscenza può essere specialmente individuata in due momenti del processo di profilazione.

In primo luogo, al momento della raccolta dei dati personali: il consumatore digitale “non sa”, o meglio sarebbe in verità dire “non si rende conto” (poiché – si specificherà subito – “dovrebbe invece sapere”), di incessantemente consegnare informazioni personali che saranno sottoposte ad analisi per la creazione di profili e “non sa” (o “non si rende conto”) delle implicazioni, delle ricadute che tale raccolta e conseguente analisi possono avere.

Invero, è essenziale rimarcare come, in effetti, il tema ora evocato non sia affatto di carattere normativo, bensì empirico. Come rilevato, infatti, nell'ambito dello studio dedicato alla disciplina di cui al GDPR, la raccolta di dati personali a fini di profilazione deve ritenersi trovare unica base giuridica

nel *consenso informato* dell'interessato: in altri termini, quest'ultimo, nel momento in cui mette a disposizione del titolare i propri dati deve "normativamente" assumersi da questi puntualmente informato, tra l'altro, delle finalità del trattamento, dell'esistenza di un trattamento di profilazione, delle previste conseguenze. Su di un piano prettamente *normativo*, insomma, il profilato "sa", ha conoscenza della profilazione e dei suoi esiti. E tuttavia, a più riprese si è avuto modo (per quanto, fin qui, solo sommariamente) di denunciare il *fattuale, empiricamente* riscontrabile, fallimento degli ipertrofici obblighi informativi: alla prova dei fatti, si è dovuto constatare, il consumatore, in sintesi, continua a "non sapere".

Quanto invece al secondo momento in cui si colloca, in via ancor più radicale, la mancanza di conoscenza (in questo caso, non soltanto) del profilato, esso è stato individuato nell'esito delle elaborazioni algoritmiche da cui il profilo stesso ha origine: il consumatore che non ha accesso, in virtù di quanto il suo profilo suggerisce, a taluni beni o servizi, o al quale viene praticato, ancora per via di quello, un certo individualizzato prezzo, "non sa" *perché*, "non sa" *come* o *in forza di quali meccanismi ed inferenze* l'algoritmo sia pervenuto a quelle determinazioni.

In questo caso, diversamente da quanto appena sopra detto rispetto alla prima individuata questione, il tema della intrinseca opacità e non spiegabilità dei percorsi compiuti dagli algoritmi di IA presenta una doppia dimensione problematica, fattuale e normativa. Fattuale perché la non ricostruibilità delle determinazioni operate dall'IA a valle dell'analisi di una mole "*big*" di dati costituisce, allo stato, un ineludibile "dato di fatto". Normativa perché tale medesimo dato di fatto non risulta invero puntualmente considerato ed affrontato dall'ordinamento vigente: come si è avuto modo di rilevare, la disciplina di cui al GDPR non soltanto, in termini generali, nel preoccuparsi primariamente di regolamentare la raccolta e l'attività di trattamento dei dati personali, poca attenzione dedica invece alle potenziali problematiche che si pongono "a valle" del trattamento stesso, alle conseguenze, cioè, che dal medesimo possono derivare; ma anche laddove, in talune disposizioni, guarda

ai potenziali esiti critici del trattamento dati, essa risulta inevitabilmente lacunosa nella misura in cui, appunto, non si pone il problema della ineludibile oscurità connaturata ai processi algoritmici che a quei medesimi critici esiti possono condurre.

Ebbene, nel prosieguo della ricerca, l'attenzione verrà precisamente rivolta a tali due individuate questioni, le quali saranno analizzate per il tramite del paradigma costituito dal rapporto tra diritto e tecnologia: segnatamente, la trattazione verrà ancora una volta divisa in due parti, rispettivamente dedicate alla “*tecnologia per il diritto*” e al “*diritto per la tecnologia*”.

Più precisamente, la prima parte cercherà di dimostrare come, rispetto al tema della fragilità “fattuale” del consenso informato, quello stesso “fenomeno tecnologico” di cui si sta trattando, la profilazione svolta attraverso l'utilizzo di algoritmi di IA, possa trovare benefica utilizzazione per una più efficace implementazione di quella medesima regola che vorrebbe la manifestazione da parte dell'interessato di un consenso effettivamente consapevole, e dunque, in altri termini, per una più efficace concretizzazione degli obblighi informativi. Guardando invece al tema della (non) spiegabilità dei processi algoritmici di profilazione, la seconda parte, dopo aver ricostruito lo specifico significato che assume, nel contesto di riferimento, una “spiegazione”, si interrogherà in merito a quale sia il ruolo più opportuno per il diritto rispetto alla regolazione del fenomeno tecnologico di cui si tratta. Si cercherà, in altri termini, di rispondere alla fondamentale domanda che il giurista è sempre chiamato a porsi quando si afferma l'opportunità di un intervento: *come* intervenire? Attraverso quale tecnica regolatoria? Riconosciuta la necessità che i processi decisionali algoritmici siano retti da un “principio di spiegabilità *by design*” e osservato come quest'ultimo già sia invero previsto da un complesso di disposizioni di cui ad una recente, importante proposta di Regolamento, la risposta verrà trovata nella tecnica della “co-regolamentazione”: a fronte dell'affermazione, da parte del regolatore, di un principio che imponga che i sistemi di IA vengano ad esistenza con “*incorporata*” nei loro meccanismi interni di funzionamento la possibilità di darne “significativa” spiegazione,

spetterà allo stesso privato che si assume di progettare e sviluppare l'IA di tradurre quel principio in "regole operative". In questo senso, come si cercherà di mettere criticamente in evidenza, diversamente dalla strada prettamente "co-regolamentare" intrapresa dal legislatore eurounitario del GDPR, che per la migliore implementazione del principio della "*privacy by design*" ha saputo a pieno valorizzare lo strumento rappresentato dai codici di condotta, il sistema costruito dal legislatore della più recente proposta di Regolamento, relegando questi ultimi ad un ruolo marginale, si tinge, per così dire, di note più eminentemente "auto-regolamentari", con la problematica conseguenza di consegnare all'*incertezza* il privato onerato del compito di darsi le regole del proprio agire.

## SEZIONE I

### IL PROBLEMA DELLA INEFFETTIVITÀ DEL CONSENSO INFORMATO. LA TECNOLOGIA PER IL DIRITTO.

#### 2. Il “disinformato e disinteressato” consenso informato dell’interessato.

Sebbene diverse siano le basi giuridiche in presenza delle quali il trattamento di dati personali può considerarsi lecito (cfr. art. 6 GDPR), quando si tratta di quel particolare trattamento che consiste nella profilazione, l’unico fondamento di liceità del medesimo deve rinvenirsi, come già *supra* argomentato,<sup>436</sup> nel consenso dell’interessato.

Attraverso la manifestazione di una «volontà libera, specifica, informata e inequivocabile» (così l’art. 4, n. 11, GDPR), questi dà il proprio assenso a che i dati personali che lo riguardano siano raccolti ed elaborati per finalità di profilazione. La valutazione del rischio insito nel trattamento è così rimessa allo stesso soggetto che a quel rischio si espone, unico arbitro, in tale contesto, del bilanciamento tra i contrapposti interessi sottesi alla circolazione dei dati, da una parte, e alla riservatezza, dall’altra.<sup>437</sup>

Per poter essere validamente espresso, il consenso deve essere “informato”: indefettibile presupposto per la manifestazione di una scelta consapevole è che l’interessato sia stato adeguatamente messo a conoscenza dell’“operazione” rispetto alla quale va a prestare il proprio assenso (cfr. artt. 12-13 GDPR). Informato e, in quanto tale, consapevole, il soggetto – titolare, peraltro, di una serie ulteriore di diritti esercitabili anche in seguito alla prestazione del consenso al trattamento - <sup>438</sup> può così dirsi avere il *controllo* in merito alla diffusione dei propri dati.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup> Cfr. cap. I, § 10.

<sup>437</sup> Vedasi, ancora, *supra*, cap. I, §§ 9 e 11.

<sup>438</sup> Quali il diritto di revoca, di accesso, di rettifica e integrazione, di cancellazione; cfr. cap. I, § 12.

<sup>439</sup> In questo senso, il consenso si presenta indiscutibilmente come architrave fondamentale del sistema costruito intorno al diritto alla protezione dei dati personali, inteso, appunto, come «diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata» (così, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 122). Il centrale ruolo del consenso quale strumento di autoresponsabilità consegnato al diretto interessato per la “auto-gestione” dei propri dati personali trova laconica ed efficace



“Sulla carta”, in astratto, nel momento in cui l’interessato mette i propri dati a disposizione del titolare del trattamento, si deve, insomma, assumere che egli abbia ben compreso e conseguentemente accettato con consapevolezza il fatto che quei dati saranno oggetto di algoritmiche elaborazioni finalizzate alla sua profilazione nonché le possibili conseguenze del trattamento medesimo.

La realtà fattuale, tuttavia, restituisce un quadro decisamente differente: il destinatario delle informazioni, la cui lettura e piena comprensione costituiscono presupposti necessari per la manifestazione di una effettivamente consapevole volontà, non soltanto non è in grado di comprenderle a ragione dell’elevato tecnicismo che le caratterizza, ma, più radicalmente, nella maggior parte dei casi, non le legge affatto.<sup>440</sup>

A titolo esemplificativo, come riportato dalla «Indagine conoscitiva sui *Big Data*» condotta dall’AGCM, «il campione di utenti preso in esame [...] non mostra una piena consapevolezza dell’attività di estrazione dei propri dati personali sottostante la fruizione dei servizi *on line* [...] circa il 40% degli

---

sintesi nelle parole di D.J. SOLOVE, *Introduction: privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1880: «*Privacy self-management takes refuge in consent*».

<sup>440</sup> Sul punto, la letteratura, che riferisce il problema in esame, oltre che alle cc.dd. *privacy policies*, anche più in generale agli obblighi informativi presenti in diversi altri settori (su tutti, il diritto dei consumi), è amplissima. Tra i numerosi, vedasi: A.M. McDONALD, L. CRANOR, *The cost of reading privacy policies*, in *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, p. 540 ss.; O. BEN-SHAHAR, *The Myth of the “Opportunity to Read” in Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 1 ss.; O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *The failure of mandated disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, spec. p. 665 ss.; R. CALO, *Against notice skepticism in privacy (and elsewhere)*, in *Notre Dame Law Review*, 2012, p. 1027 ss.; O. BAR-GILL, O. BEN SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A critique of European Consumer Contract Law*, in *Comm. Market Law Review*, 2013, p. 109 ss.; S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data’s End Run around Anonymity and Consent*, in J. LANE, V. STODDEN, S. BENDER, H. NISSENBAUM, *Privacy, Big Data and the Public Good*, New York, 2014, spec. p. 56 ss.; Y. BAKOS, F. MAROTTA-WURGLER, D.R. TROSSEN, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, in *The Journal of Legal Studies*, 2014, p. 1 ss.; V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 25 ss.; O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *More than you wanted to Know: The failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014; I. AYRES, A. SCHWARTZ, *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, in *Stanford Law Review*, 2014, p. 545 ss.; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, spec. p. 113 ss.

utenti intervistati ha mostrato di non avere consapevolezza né del fatto che la navigazione in internet e l'utilizzo di *app* e servizi *online* comporti la raccolta di dati personali né del fatto che tali dati possano essere ceduti dal fornitore del servizio a terzi»<sup>441</sup>. Ancora, riferisce Fabiana Di Porto che «secondo stime dell'Eurobarometro solo il 18% degli utenti legge i *privacy statement* quando naviga in Internet [...]. Secondo un lavoro condotto da Turow *et al*, il 75% dei consumatori pensa che l'esistenza stessa di politiche di *privacy* implichi di per sé una protezione, senza dunque ulteriormente discernere il contenuto»<sup>442</sup>. Lo stesso presidente della *Federal Trade Commission* statunitense Jon Leibowitz, come ricorda Shoshana Zuboff,<sup>443</sup> risulta avere pubblicamente affermato di essere più che consapevole del fatto che i consumatori non leggono le informative sulla *privacy*,<sup>444</sup> considerato, peraltro, che, secondo un noto studio,<sup>445</sup> per leggerle in modo adeguato sarebbero necessari almeno 40 minuti al giorno.

Per vero, è fin troppo facile osservare che per ritenersi dimostrato il fattuale disinteresse dell'utente digitale per le onnipresenti *privacy policies* di cui è richiesta accettazione ad ogni singola navigazione in rete non è necessario scomodare sondaggi e dati statistici, bastando guardare con onestà alla realtà quotidiana.

---

<sup>441</sup> AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020, p. 94, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>442</sup> F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 114 s., richiamando a sua volta J. TUROW, M. HENNESSY, A. BLEAKLEY, *Consumer's Understanding of Privacy Rules in the Marketplace*, in *Journal of Consumers Affairs*, 2008, p. 411 ss. L'autrice prosegue riferendo altresì: «In uno studio condotto da alcuni ricercatori americani sul comportamento di circa 45.000 consumatori, è risultato che solo nello 0,05% dei casi i visitatori di siti di acquisto *online* accedevano alle pagine contenenti i termini e le condizioni di vendita, presenti nella *homepage*. Mentre il tempo medio impiegato per leggere il contenuto dei suddetti è risultato di poco inferiore ai cinquanta secondi». Analogamente, osserva R. CALO, *Against notice skepticism in privacy (and elsewhere)*, cit., p. 1029: «*consumers see the legally required words "privacy policy" and believe it means that the company has a "policy of privacy" and the consumer need not concern herself*».

<sup>443</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, p. 59.

<sup>444</sup> Cfr. anche D.J. SOLOVE, *Introduction: privacy self-management and the consent dilemma*, cit., p. 1884 s.

<sup>445</sup> A.M. McDONALD, L. CRANOR, *The cost of reading privacy policies*, cit., p. 563.

La dimensione in cui entra (ed in cui si aspetta di entrare) il navigante è quella della velocità e della immediatezza: l'utente di Internet se ne serve richiedendo da esso rapidità nella ricerca delle informazioni, dei servizi o dei beni desiderati, aspettandosi di avere a questi immediato accesso e disponibilità; la possibilità stessa della rapidità garantita dall'evoluzione tecnologica ha reso l'individuo impaziente, non più disposto ad attendere, non più abituato alla "lentezza" del mondo analogico.<sup>446</sup> Nella rete, dove tutto si "deve" svolgere all'insegna della istantaneità, non c'è il tempo per soffermarsi sulle informative *privacy*, la cui lunghezza si presenta in totale distonia con la dimensione all'interno della quale si trovano inserite.<sup>447</sup> Tendenzialmente convinto in modo acriticamente istintivo della sostanziale superfluità della (ennesima) informativa,<sup>448</sup> raramente il navigante la "clicca" per leggerla; con istantaneo e distratto gesto, la "spunta", però, per accettarla, liberando così la visuale dalla "barra" che risulta coprire parte dello schermo. Ma se pure per accidente, forse più dovuto a "curiosità" che non attribuibile ad una effettiva intenzione di adottare una ragionata decisione in merito all'uso dei propri dati, l'utente dovesse invece convincersi a "cliccare" quella informativa con il proposito di leggerla, ebbene ciò che questi si troverebbe di fronte sarebbe un fitto elenco

---

<sup>446</sup> Si pensi alle *réclame* dei servizi di accesso alla rete: la caratteristica immancabilmente esaltata è appunto quella della sempre più elevata velocità.

<sup>447</sup> «*Reading privacy policies would cost too much time, as they are often long, difficult to read, and vague. 'Only in some fantasy world do users actually read these notices and understand their implications before clicking to indicate their consent'*»; così, F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015, p. 221, richiamando a sua volta J. PODESTA, *Big data: seizing opportunities, preserving values*, Washington, 2014, p. xi. Cfr. anche S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, cit., p. 59.

<sup>448</sup> «In aggiunta al generale e acclarato disinteresse per la lettura di "informative" o "condizioni generali" da parte del destinatario delle stesse, l'oggetto stesso dell'informativa fornita (relativa ai dati personali) tende ad essere percepita dall'interessato come estranea all'operazione o al servizio e comunque non centrale nel momento in cui si è chiamati a concludere la transazione od operazione. Come la prassi facilmente evidenzia, la lettura dell'informativa *privacy* e l'eventuale consenso prestato tendono ad essere solo un passaggio (aggiuntivo e spesso fastidioso) rispetto all'ottenimento del bene o servizio cui il trattamento dei dati personali è funzionale»; così I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 90.

di specifiche e tecniche informazioni formulate in modo tale da mettere a dura prova le capacità di comprensione (nonché la vista e la pazienza) di chi pure può definirsi “esperto” della materia<sup>449</sup>, con il risultato che, dopo pochi secondi, semplicemente desisterebbe, cedendo alla (indotta)<sup>450</sup> convinzione che quella “spunta” sia in qualche modo necessaria per accedere al servizio desiderato e rifugiandosi nel confortante preconcetto secondo il quale, in fondo, quella medesima “spunta” non porterà ad alcuna conseguenza significativamente pregiudizievole.<sup>451</sup>

In sintesi, insomma, a fronte del richiamato sistema normativo che affida al consenso informato dell’interessato la decisione in merito alla circolazione dei propri dati personali a fini di profilazione, la realtà del vivere quotidiano costringe a riconoscere che quella stessa circolazione avviene a valle di un’informativa che non informa e, conseguentemente, di un consenso che, non essendo informato, non esprime una scelta consapevole.

Di qui, le critiche osservazioni di numerosi autori, che descrivono la manifestazione di volontà dell’interessato nel citato contesto alla stregua di

---

<sup>449</sup> Cfr. F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 136: «rilevazioni empiriche realizzate nell'ambito del settore finanziario [...] hanno dimostrato che anche individui esperti nella materia hanno difficoltà a comprendere le *disclosure*, e che essi tendono a non leggere le informazioni sebbene gli avvisi non siano troppo lunghi ed anche nel caso in cui si tratti di assumere decisioni finanziarie molto rilevanti».

<sup>450</sup> Come rileva F. DI PORTO, *Algorithmic Disclosure Rules*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2021, p. 3, «[...] by framing the choice of lenient cookie policies in a more prominent way, users are induced to provide more personal data than they would according to their rational preferences»: attingendo, ancora, dalla comune esperienza quotidiana, basti pensare a tutte le volte in cui la “barra” in cui è richiesta l’accettazione dei *cookie* è disegnata in modo da mettere in evidenza, con un colore più acceso e/o attraverso caratteri più grandi, la scritta “accetta tutti”, lasciando così inosservata, in secondo piano, l’opzione “accetta solo i necessari”.

<sup>451</sup> Cfr. D.J. SOLOVE, “*I’ve Got Nothing to Hide*” and Other Misunderstandings of Privacy, in *San Diego Law Review*, 2008, p. 745 ss.

«vuota cerimonia»<sup>452</sup>, «mero simulacro di autodeterminazione»<sup>453</sup>, «vuoto formalismo»<sup>454</sup>, «mero tributo alla retorica del personalismo»<sup>455</sup>.

Deve, allora, come da qualcuno suggerito,<sup>456</sup> alla luce della disarmante verità dei fatti, dismettersi il consenso in quanto strumento non più funzionale al proprio scopo?

La risposta deve essere negativa. Il consenso dell'interessato da un trattamento di dati personali consistente nello sfruttamento di questi ultimi per finalità di profilazione costituisce uno strumento dal quale non può prescindersi. E questo consenso deve, evidentemente, essere informato.

Le ragioni a fondamento di tale categorica conclusione verranno meglio esposte di seguito, all'esito di una necessaria, un poco più dettagliata ricognizione delle ragioni di esistenza e, dunque, della funzione che i c.d. "obblighi informativi" in generale, nelle trasversali discipline che li prevedono, svolgono, nonché dei motivi per i quali, di nuovo, da più parti ne viene constatato il fattuale fallimento.

---

<sup>452</sup> I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, cit., p. 90, richiamando a sua volta S. PATTI, *Consenso*, sub art. 23), in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario*, Padova, 2007, p. 541.

<sup>453</sup> L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 260.

<sup>454</sup> A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 679/2016*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 148. Cfr. anche V. MAYER-SCHÖNBERGER, Y. PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data Through Europe's New Data Protection Regulation*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, 2016, p. 332: «individuals continue to exercise their data protection rights, including meaningful consent, as sparingly as they do today by clicking away their rights as an empty formality».

<sup>455</sup> G. BIFERALI, *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, p. 493, richiamando F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 384.

<sup>456</sup> A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 679/2016*, cit., p. 148. Cfr. anche, diffusamente, O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*, cit., *passim*.

### 3. Sugli obblighi informativi in generale: diffusione, *ratio*, e difficoltà applicative.

Il ricorso agli obblighi informativi come «strategia regolatoria»<sup>457</sup> del mercato ha conosciuto, a partire dagli anni '70 del secolo scorso<sup>458</sup> e con crescente intensità nel corso dei decenni successivi, una diffusione amplissima, tanto che in letteratura ricorre l'espressione che ne descrive l'espansione in termini di «ubiquità»<sup>459</sup>.

A mero titolo esemplificativo e (alla luce, appunto, della richiamata ubiquità) affatto esaustivo, obblighi di fornire informazioni di diversa natura e contenuto gravanti in capo alla parte “forte” di un rapporto contrattuale connotato da

---

<sup>457</sup> Cfr. F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 23 s., la quale spiega come la c.d. *disclosure regulation* costituisca una «strategia regolatoria che utilizza l'informazione come strumento di regolazione, ossia come intervento mediante il quale i pubblici poteri ambiscono a modificare comportamenti di individui o istituzioni avvalendosi dell'informazione», strategia riconducibile – nella distinzione tracciata da Sabino Cassese tra regolazione finalistica e regolazione condizionale (v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000, spec. p. 29 s.; ID., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 11 ss.) – «a forme di regolazione di tipo condizionale, dal momento che si compone di interventi che “sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi”, e prefigurano criteri di comportamento ai quali i destinatari si uniformano senza interferire sugli scopi». Cfr. anche A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss.

<sup>458</sup> Come conseguenza delle mutate relazioni tra i soggetti del mercato, imputabile all'esplosione dei consumi di massa (a partire dagli anni '50), e, quindi, dell'affermarsi nella letteratura economica – recepita dal legislatore comunitario – della nozione di “asimmetria informativa” come causa di fallimento del mercato, la quale chiama, appunto, l'intervento rimediabile del regolatore: cfr. ID., pp. 54 ss. e 73 ss. e la bibliografia *ivi* riportata (su tutti, v. G.A. AKERLOF, *The Market of “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quart. Journal of Economics*, 1970, p. 488; S.A. ROSS, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *Am. Econ. Rev.*, 1973, p. 134; J.E. STIGLITZ, *Informazione, economia pubblica e macroeconomia*, Bologna, 2002). Cfr. anche *supra*, cap. I, § 5.

<sup>459</sup> O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *The failure of mandated disclosure*, cit., p. 647; G. LOEWENSTEIN, C.R. SUNSTEIN, R. GOLMAN, *Disclosure: Psychology Changes Everything*, in *Annual Review of Economics*, 2013, p. 1; DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 15 ss., la quale (*ivi*, p. 16) esemplificativamente richiama le parole di Vincenzo Zeno-Zencovich, che già nel 1993 scriveva: «volendo redigere un elenco degli ‘obblighi di informazione’ esso sarebbe interminabile» (V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. civ.*, Torino, 1993). Cfr. anche C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Warwick, 2016, p. 221.

fisiologica asimmetria<sup>460</sup> si possono rinvenire: nella disciplina consumeristica<sup>461</sup>, vero e proprio originario terreno di elezione degli obblighi informativi, e in quella sul commercio elettronico<sup>462</sup>; nel settore della intermediazione finanziaria<sup>463</sup>; nell'ambito della disciplina delle comunicazioni elettroniche<sup>464</sup>; nella regolazione dei mercati energetici<sup>465</sup>; nonché, naturalmente, nella disciplina sulla circolazione dei dati personali già ampiamente richiamata nel corso del presente lavoro.<sup>466</sup>

Il “successo” della c.d. *disclosure regulation*, in termini di diffusione e trasversalità, viene in primo luogo ricondotto al fatto che, nella prospettiva del

---

<sup>460</sup> La letteratura sul punto è vastissima. Tra i numerosi, si rinvia a: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 642; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.; M.C. CHERUBINI, *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, 2005; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; A. M. BENEDETTI voce “*Contratto asimmetrico*”, in *Enc. del dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss.

<sup>461</sup> Si vedano: la Direttiva UE n. 2011/83 sui diritti dei consumatori, recentemente modificata dalla Direttiva UE n. 2019/2161, e gli artt. 48 ss., cod. cons. Tra i molti, cfr.: G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 59 ss.; E. BATTELLI, *L’attuazione delle Direttive sui consumatori, tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 927 ss. e in generale, sul diritto dei consumi, G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007; L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi*, Torino, 2015.

<sup>462</sup> Cfr. art. 7, d.lgs. n. 70/2003, che recepisce l’art. 10, Direttiva CE n. 2000/31. In generale, si rinvia a: G. DE NOVA, F. DELFINI, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 693 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. informatica*, 2000, p. 447 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico: inquadramento generale*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell’informatica*, Milano, 2014, p. 351 ss.

<sup>463</sup> Si rinvia agli obblighi imposti in particolare dalle Direttive “Mifid I” e “Mifid II”, relative ai mercati degli strumenti finanziari (rispettivamente, Direttiva CE n. 2004/39 e Direttiva UE n. 2014/65) e, tra i numerosi, ai contributi di A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, in G. MOLLO (a cura di), *Quaderni giuridici. Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall’istituzione della Consob*, 2015, pp. 259 s. e 263 ss.; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., pp. 41 s. e 83 ss. e all’ampia bibliografia *ivi* richiamata.

<sup>464</sup> Cfr. F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 93 ss.

<sup>465</sup> ID., p. 95 ss.

<sup>466</sup> Cfr. *supra*, cap. I, sezione II, *passim*.

destinatario dell'obbligo, tale forma di regolazione ha sull'autonomia privata un impatto senza dubbio minore<sup>467</sup>, più “light”, rispetto ad un intervento che, per porre rimedio al fallimento di mercato determinato dall'asimmetria di cui si è detto, entri invece in via eteronoma direttamente nel merito del contratto.<sup>468</sup> Inoltre, dalla speculare prospettiva del destinatario dell'informazione, quello della *disclosure regulation* costituisce un intervento di impronta affatto paternalistica<sup>469</sup>, che, più che proteggere la “parte debole” del rapporto, intende invece promuoverne l'autonomia decisionale, mettendola in condizione di determinarsi con consapevolezza rispetto all'operazione contrattuale che si appresta a concludere.<sup>470</sup>

La *ratio* della “regolazione informativa” viene precisamente individuata nell'esigenza di riequilibrio di un'asimmetria dovuta ad un difetto di conoscenza e a cagione della quale il contraente, per l'appunto, “in difetto”, non è in grado di esprimere una scelta pienamente razionale, proprio perché gli

---

<sup>467</sup> Sebbene, pure, si avvalga dello strumento della norma imperativa.

<sup>468</sup> «L'imposizione di obblighi informativi [...] è tra gli interventi regolatori quello che maggiormente lascia intatta l'autonomia dei destinatari dell'obbligo stesso»; così ID., p. 24. Cfr. anche C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, cit., p. 222: «While other forms of regulation, such as imposing mandatory provisions on substantive consumer rights and remedies, reduce the freedom of contract, duties of disclosure minimises market interference. In other words, for free marketeers mandated disclosures have the advantage of being one of the least intrusive consumer protection instruments as it involves a rather small deviation from the traditional freedom of contract approach».

<sup>469</sup> Non è di questo avviso F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 402 (e *passim*), secondo il quale, diversamente, «l'idea portante è che il diritto abbia una funzione intrinsecamente assistenzialista, ovverosia debba essere votato alla tutela degli interessi più deboli sul mercato e, correlativamente della parte non detentrici di informazioni adeguate (e, quindi, più vulnerabile) progettando ed articolando le c.d. «default information rules»: ogni relazione contrattuale si deve misurare, quindi, in termini di «svantaggio informativo» di una parte al confronto con la «rendita informativa» dell'altra. In questa architettura, gli spazi per il ricorso al principio di autoresponsabilità sono del tutto erosi».

<sup>470</sup> Si tratta dunque di una forma di intervento che, come osservano O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *More than you wanted to Know: The failure of Mandated Disclosure*, cit., p. 5, bene si coniuga con due fondamentali ideologie e principi dominanti nel contemporaneo panorama culturale occidentale: «the first is the free-market principle. [...] Buyers fear sellers' capacity and the perils of caveat emptor; disclosures protect them without distorting markets by specifying prices, quality and terms. The second ideology is the autonomy principle. People are entitled as a matter of moral right and a practical policy to make decisions that shape their lives. Disclosures equip them to do so». In questo senso, v. anche C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, cit., p. 222 s.



mancono, a questo fine, degli elementi, delle informazioni.<sup>471</sup> Informato e messo così il contraente (non più) “debole” in condizione di operare una scelta ponderata sulla conoscenza di quelle medesime informazioni, risulta sinergicamente tutelata la concorrenzialità del mercato: se «è vero, infatti, che (disciplina del) contratto e (regolazione del) mercato sono “in rapporto simbiotico” o, per dirla più banalmente, possono essere considerati come due facce della medesima medaglia», poiché «un’efficiente allocazione delle risorse [...] passa attraverso un consumatore libero di scegliere, e capace, per questa sua libertà, di influire sulle dinamiche generali dell’economia»<sup>472</sup>, l’informazione che sorregge e rende effettiva quella medesima libertà di scelta si pone allora come indefettibile requisito dell’efficienza complessiva del mercato stesso.<sup>473</sup>

E tuttavia, qui il punto cui è precipuamente rivolta l’attenzione dei discorsi che si vanno svolgendo, questo duplice, simbiotico risultato – il riequilibrio, sul piano individuale, di un rapporto sbilanciato ed il recupero, attraverso la correzione del fallimento di mercato, della efficiente concorrenzialità di quest’ultimo – postula e di necessità passa attraverso un *efficace* adempimento dei doveri di informativa.

---

<sup>471</sup> Ancora, sintetizza F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 52 (richiamando F. RENDE, *Le regole d’informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 190) «l’informazione assurge a presupposto necessario ed indefettibile del corretto e *razionale* esercizio dell’autonomia privata» rimettendo la parte debole «nella condizione di condurre un’analisi costi-benefici per realizzare la scelta che massimizzerà la sua utilità» (*ivi*, p. 56).

<sup>472</sup> Così A. M. BENEDETTI, voce “*Contratto asimmetrico*”, cit., p. 375.

<sup>473</sup> Diversamente, rileva ancora Alberto Maria Benedetti (*ibidem*), «se il consumatore non può scegliere liberamente, perché non sa, l’allocazione delle risorse avviene in modo inefficiente, il meccanismo di selezione degli operatori di mercato finisce per risultarne alterato e la virtuosità del processo innescato dalla concorrenza ne esce sostanzialmente compromessa». Come, infatti, rileva altresì M. LIBERTINI, voce “*Concorrenza*”, in *Enc. del dir., Annali*, III, 2010, p. 240: «Perché il processo dinamico della competizione fra imprese sia orientato in modo virtuoso, occorre che esso sia fondato su due capisaldi: 1) lo strumento principale di concorrenza dev’essere costituito da miglioramenti dell’offerta rivolta dalle imprese ai consumatori, 2) il successo dell’offerta di beni o servizi deve sempre dipendere dal giudizio finale dei consumatori, i quali devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta». Si rinvia altresì alle considerazioni già sul punto svolte *supra*, cap. I, § 5 e alla bibliografia *ivi* richiamata.

In termini banali, l'informazione deve "andare a buon fine", non basta che sia "passivamente recapitata" al suo destinatario, ma deve da questi altresì essere pienamente compresa e assimilata. Come efficacemente affermato da un autore, «l'informazione [...] è destinata a trasformarsi nell'agire informato [...] solo ove effettivamente puntuale ed onnicomprensiva e se, dopo essere stata resa fruibile, sia stata, prioritariamente, letta e, conseguentemente, interpretata, metabolizzata e memorizzata dal suo destinatario finale»<sup>474</sup>. È precisamente questo il primo centrale assunto che, si osserverà subito di seguito, viene da più parti messo in discussione, se non in crisi.

Vi è, poi, un secondo fondamentale "pilastro" della ricostruzione di cui sopra, la cui messa in discussione pure ne mina la tenuta: l'efficienza di mercato viene recuperata *se* (anzi, di logica, *solo se*), dopo esser stato adeguatamente informato, il contraente, non più in difetto, *effettivamente* prende la decisione più "razionale", che meglio risponde alla massimizzazione del proprio interesse.<sup>475</sup>

In sintesi, i presupposti per addivenire al risultato cui mira il regolatore sono: i) la consegna di un'informazione in grado di concretamente realizzare la propria funzione informativa e ii) l'effettiva, conseguente, adozione di una scelta che, informata, sia altresì improntata all'insegna della "razionalità". Entrambi tali assunti, si ribadisce, sono sottoposti a ferma contestazione.

In primo luogo, non si è mancato di evidenziare l'inevitabile inconciliabilità dei due fondamentali presupposti che dovrebbero sorreggere un'informazione che intenda raggiungere la propria finalità: la *chiarezza* e la *completezza* sembrerebbero invero due attributi destinati ad atteggiarsi, rispetto all'informativa, in termini mutualmente esclusivi.

---

<sup>474</sup> F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, cit., p. 403.

<sup>475</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, cit., p. 257; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 51 s. e 56. Osserva F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, cit., p. 403, che «una tangibile utilità nel complesso sistema delle dinamiche decisionali [...] presupporrebbe rigidamente che il cospicuo insieme di tutti i dati informativi ricevuti, raccolti, sintetizzati ed archiviati sia preludio indefettibile di comportamenti razionali di investimento».

Con specifico riferimento all'informativa che qui soprattutto interessa, quella che anticipa la messa a disposizione dei dati personali<sup>476</sup>, se, dall'un lato – come già si è avuto modo di osservare – il GDPR impone che «il titolare del trattamento adott[i] misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni [...] relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro» (così l'art. 12), dall'altro lato, è giocoforza rilevare come la resa di, appunto, tutte le informazioni di cui agli artt. 13 e 14<sup>477</sup> difficilmente, nella realtà dei fatti, possa dirsi connotata da quelle richiamate caratteristiche.

In letteratura, si è in proposito efficacemente parlato di «*transparency paradox*»: la semplificazione necessaria per ottenere un'informativa concisa e chiara non può strutturalmente conciliarsi con l'esigenza di renderla al tempo stesso completa ed esaustiva.<sup>478</sup>

Di qui, lo strettamente correlato tema del «cosiddetto *information overload*, consistente nell'incapacità dell'individuo di impiegare il tempo e le competenze necessarie per l'elaborazione dell'informazione»<sup>479</sup>: le informazioni che devono essere rese sono troppe, eccessive rispetto alle capacità di assimilazione ed elaborazione delle medesime da parte dei soggetti cui sono destinate.

---

<sup>476</sup> Cfr., tra gli altri, D.J. SOLOVE, *Introduction: privacy self-management and the consent dilemma*, cit., p. 1885 s. e S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, cit., p. 58 s. Analogo discorso vale in particolare anche per l'informativa che deve essere resa nell'ambito del mercato degli strumenti finanziari: cfr. A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, cit., *passim* e F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, cit., *passim*.

<sup>477</sup> I quali – si ricorda – trovano rispettivamente applicazione nel caso in cui i dati personali siano raccolti presso l'interessato ovvero siano raccolti diversamente.

<sup>478</sup> «[...] *simplicity and clarity unavoidably result in losses of fidelity. [...] For individuals to make considered decisions about privacy, they need to be informed about the types of information being collected, with whom it is shared, under what constraints, and for what purposes. Anything less than this requires a leap of faith. Simplified, plain language notices cannot provide information that people need to make such decisions*»; così, S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, cit., p. 58 s.

<sup>479</sup> A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, cit., p. 263, richiamando gli studi di S.S. YENGAR, E. KAMENICA, *Overload and Simplicity Seeking*, Chicago, 2007.

Come esemplificativamente rilevato, «l'ipertrofia delle comunicazioni [...] non è necessariamente sinonimo di efficienza informativa, né può intendersi quale strumento per la compiuta realizzazione di un oggettivo incremento qualitativo e quantitativo dei livelli di conoscenza dei soggetti deboli del mercato: il perseguimento intransigente di un'informazione assorbente, dettagliata, precisa e puntuale tramuta realisticamente in un esubero di informazioni e l'inadeguatezza di una smisurata pletora di comunicazioni, somministrate per lo più in moduli standardizzati e formulari, può concretamente assurgere ad un'errata valutazione»<sup>480</sup>.

In dottrina, peraltro, più di un autore<sup>481</sup> ha sollevato l'attenzione circa la possibilità di un utilizzo strumentale dell'obbligo di informazione da parte del soggetto obbligato, il quale ben potrebbe in mala fede nascondere sotto la maschera di un adempimento "estremamente zelante" l'intento consapevole di ottenere l'esito opposto: lo «stordimento»<sup>482</sup> del destinatario delle (numerose e scrupolosamente dettagliate) informazioni, tale da fargli perdere contezza dell'essenza del regolamento negoziale.<sup>483</sup>

---

<sup>480</sup> F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, cit., p. 399 s., più avanti aggiungendo «una dispersione informativa non può ontologicamente essere migliorativa della capacità di diagnosi e selezione del ventaglio di tutte le potenziali soluzioni che si apre al termine del processo di acquisizione delle informazioni» (p. 405).

<sup>481</sup> Cfr. L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi Urbinate di Scienze Giur. ed Econ.*, 2014, p. 265 s.; A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, cit., p. 257; G.A. BENACCHIO, *Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, p. 1028.

<sup>482</sup> Cfr. L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., p. 265: «nient'affatto trascurabile appare il rischio che la superfetazione delle informazioni talora si risolva in un pregiudizio, anziché nella tutela, della consapevolezza e della libertà negoziale del contraente debole: fiaccato, sviato, stornato (per non dire stordito!) dal diluvio di dati e informazioni pur minimali e di dettaglio sottopostegli dal professionista, il consumatore ben può perdere di vista l'essenza del regolamento negoziale, e proprio su questa formarsi un consenso non pienamente ed effettivamente consapevole». Analogamente, con riferimento al mercato dei prodotti finanziari, A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, cit., p. 258: «L'eccesso informativo, pertanto, risulterebbe avere una funzione di disturbo poiché l'abbondanza di dati, nozioni e controindicazioni può allontanare l'investitore dal cogliere gli elementi essenziali dei prodotti finanziari, con eventuali ripercussioni negative sul piano economico».

<sup>483</sup> Evidenzia ancora A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, *ibidem*: «L'efficienza informativa, oggettivamente legata all'incremento quantitativo e qualitativo dei

Ma, invero, affinché il problema dell'*information overload* emerga nella sua rilevanza, non pare nemmeno necessario paventare tale ultima ipotesi (pur non inverosimile) di un intenzionale eccesso informativo in mala fede.<sup>484</sup> Questo perché, detto in breve e con parole schiette, non serve che l'obbligato "si metta d'impegno" nell'impresa dello "stordimento" della controparte: la realtà è che le informazioni da rendere sono tanto numerose da creare di per sé, per già solo questo ineludibile (alla luce del già menzionato "*transparency paradox*") fatto, difficoltà per il destinatario delle stesse. Come da altri efficacemente sintetizzato: «nessuna delle informazioni previste come obbligatorie è superflua, ma l'effetto può essere devastante»<sup>485</sup>.

Insomma, del tutto smentito l'assunto teorico che vedrebbe nel rapporto tra informazioni fornite e conoscenza acquisita un nesso di proporzionalità diretta per cui all'aumentare delle prime aumenterebbe anche la seconda,<sup>486</sup> appare all'opposto evidente il pericolo che un eccesso di informazioni finisca per corrispondere con il suo contrario (anche senza, si ribadisce, una "fraudolenta"

---

livelli di conoscenza, non può essere realizzata mediante l'ipertrofia delle comunicazioni. La condotta sinora indicata conduce ad una alterazione della percezione della realtà e, come tale, alimenta un tipico caso di disinformazione indotta. L'eccesso informativo evidenzerebbe un comportamento subdolo del contraente che si nasconde dietro ad una tecnica informativa apparentemente innocua ma che, in realtà, vizia il consenso dell'investitore. L'eccesso porta con sé un momento di disordine: una vasta gamma di informazioni rapsodiche e disorganiche tende a favorire l'occultamento dei dati essenziali e significativi». Similmente, e con accento più critico, nonché con maggiore diffidente preoccupazione, L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., p. 266: «D'altra parte, chiunque si sia mai imbattuto in un contratto bancario, assicurativo, o di credito al consumo non può non aver percepito il sospetto – (sensazione epidermica, quasi) – che dietro tanta esibita determinazione ad informarlo si annidasse il rischio – se non una precisa volizione in mala fede – di annebbiargli ogni più resistente capacità di discernimento razionale!».

<sup>484</sup> Peraltro, si evidenzia, simili casistiche non potrebbero che qualificarsi alla stregua di inadempimento dell'obbligo di informazione, non potendo certo considerarsi come diligente ai sensi del 1176, comma 2, c.c. il comportamento di chi, consapevolmente e volutamente eludendo e, quindi, violando il canone della chiarezza che deve connotare l'informativa, metta all'opposto il destinatario della medesima in una condizione deteriore rispetto a quella in cui si troverebbe in totale assenza di informazioni.

<sup>485</sup> G.A BENACCHIO, *Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale*, cit., p. 1028.

<sup>486</sup> Cfr. L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., p. 265;

intenzione in questo senso da parte del soggetto obbligato a rendere le informazioni stesse). Il rapporto che lega la quantità di informazioni rese e la conoscenza acquisita dal destinatario deve infatti più realisticamente essere invece ricostruito nei termini di una proporzionalità inversa: all'aumentare delle prime diminuisce la seconda, perché l'individuo semplicemente "desiste", «cessa di assimilarle, comprenderle e valutarle, passando direttamente alla fase decisionale»<sup>487</sup>.

Il problema di cui si sta cercando di disegnare i contorni, in effetti, è persino più radicale di quanto fin qui rilevato.

Come infatti sopra già si anticipava, vi è un ulteriore aspetto irrimediabilmente dolente della costruzione sulla quale poggia la regolazione informativa: se pure si assumesse la concreta possibilità di consegnare all'individuo un'informazione esaustiva ma non eccessiva, chiara, intellegibile e al tempo stesso completa di tutto ciò che gli serve per adottare una scelta consapevole, ebbene comunque non è detto che questi sarebbe portato a compiere una scelta propriamente "razionale", attentamente ponderata sulle informazioni ricevute e rispondente al suo migliore interesse.

Da tempo – già lo si è più indietro ampiamente riportato <sup>-488</sup>, studi empirici a sostegno della c.d. economia comportamentale hanno demolito la figura dell'*homo oeconomicus* su cui si reggeva l'impianto tradizionale dell'economia neoclassica, dimostrando come i processi decisionali dell'individuo, pur correttamente informato, lungi dal rispondere ai dettami della pura razionalità, tendano diversamente ad essere influenzati da euristiche, preconcetti cognitivi e stati emotivi.<sup>489</sup>

---

<sup>487</sup> Così F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 129.

<sup>488</sup> V. *supra* cap. II, § 6 e la bibliografia *ivi* richiamata.

<sup>489</sup> C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, cit., p. 225, riassume: «Research in cognitive psychology and behavioural economics rather suggests that people do not always make rational and deliberate decisions on how to allocate their attention to information. Instead, according to the new standard model in social sciences people use two different "cognitive systems" for information collection and decision-making: System 1, which operates automatically and quickly, unconsciously and with little sense of voluntary control, and System 2, which is more deliberative and reflective, but therefore takes more mental capacity and operates rather slowly. In daily life, most decisions

Quindi, si ammetta pure che, ricevuta, letta e compresa un'informativa sintetica, chiara e al tempo stesso esaustiva, la parte (non più disinformata) sia pienamente consapevole delle conseguenze dell'operazione cui va ad acconsentire. Bene, anche in questo caso la decisione finale potrebbe non esattamente rispondere ai canoni della razionalità.

A titolo esemplificativo, rispetto al tema di cui ci si sta occupando, la scelta potrebbe essere “viziata”<sup>490</sup> da “*myopia*” o “*overconfidence*”, ovvero i *bias* attraverso i quali in letteratura viene spiegato il c.d. «*privacy paradox*»<sup>491</sup>. In particolare, in forza di quest'ultimo si osserva che: se, da una parte, diffuse sono le dichiarazioni di “tenere molto” alla tutela dei propri dati personali, dall'altro lato altrettanto diffusi sono i comportamenti che risultano nella libera messa a disposizione dei dati medesimi in cambio di beni e servizi anche effimeri; il che sembrerebbe nettamente smentire quelle stesse dichiarazioni.

---

*are taken by System 1, which is influenced by a number of cognitive and psychological biases like anchoring, framing, availability heuristics, overconfidence and loss aversion. [...] The traditional model of rational consumer decision-making has also been put in question by recent research in neuroscience. While it is still unclear to what extent such research areas as “decision neuroscience” and “consumer neuroscience” can really provide new explanations for consumer behaviour, it is important to note that neuroscientists emphasize the role of emotions in the process of decision-making. If these views are confirmed by further research, such insights could further undermine the rational choice model underlying the information paradigm».*

<sup>490</sup> Certamente, *non* nel senso tecnico del termine, con il quale *non* si intende fare riferimento ai vizi del consenso. In effetti, a tale proposito, è forse opportuno, seppur brevemente, svolgere una considerazione di fondamentale disambiguazione: i presenti discorsi non intendono concludere che i *bias* e le euristiche che affliggono la capacità dell'agente di adottare una decisione “puramente razionale” possano integrare un vizio del consenso e incidere quindi sulla validità del contratto il cui consenso sia stato prestato come conseguenza dell'operare di quei medesimi meccanismi “devianti dalla razionalità”. In altri termini, superare il modello dell'agente razionale accettando l'evidenza della possibilità che un processo decisionale sia determinato da *bias* ed euristiche sicuramente non significa consentire un controllo sull'operazione conclusa; essendo, invece, piuttosto tale superamento funzionale a mettere in evidenza la difficile tenuta degli assunti su cui è costruita la strategia regolativa che fa leva sugli obblighi informativi: se è vero che gli individui, pur correttamente informati, a causa di *bias* ed euristiche non operano la “scelta razionale”, allora l'obiettivo del recupero della (perduta) efficienza di mercato non è raggiunto.

<sup>491</sup> Cfr. A. ACQUISTI, J. GROSSKLAGS, *What Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, in A. ACQUISTI, S. GRITZALIS, C. LAMBRINOUDAKIS, S. DI VIMERCATI (a cura di), *Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices*, Boca Raton, 2007, p. 367 ss.; D. J. SOLOVE, *Introduction: privacy self-management and the Consent Dilemma*, cit., p. 1886 s.; F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, cit., p. 214 ss.; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, p. 94.

Ebbene, si diceva, il fenomeno viene spiegato, facendo ricorso alle scienze cognitive, attraverso i *bias* della *myopia* e dell'*overconfidence*, riferendosi alla tendenza degli individui a privilegiare le scelte dalle quali deriva un beneficio (anche minimo) immediato, decidendo di ignorare o comunque di sottostimare il costo che quelle medesime scelte potrebbero tuttavia comportare nel più lungo periodo.<sup>492</sup> Un esempio banale: pur nella informata consapevolezza delle possibili conseguenze derivanti da una messa a disposizione dei propri dati personali per scopi di profilazione, nella realtà della quotidianità, è verosimile che si sia disposti, per l'operare dei menzionati *bias*, ad acconsentire al trattamento stesso per ottenere in cambio accesso alla "ennesima", non certo indispensabile, "app".

Attenzione, non si sta affermando che la scelta di mettere a disposizione i propri dati in cambio di una (non fondamentale) "app" costituisca per forza una scelta "irrazionale", né certamente si intende dire che quello scambio, pur ove "indirizzato" da *bias* ed euristiche, sia in senso tecnico "viziato"<sup>493</sup>; ciò che, però, si sta argomentando è che, ove quello scambio - e numerosi altri scambi analoghi nel mercato - sia effettivamente guidato da *bias* ed euristiche, è lì che viene inferto un duro colpo alla tenuta degli assunti teorici sui quali la regolazione informativa trova ragione.

Traendo dunque a sintesi tutto quanto sin qui rilevato, non stupiscono, allora, alla luce delle riportate criticità che colpiscono alle sue fondamenta la c.d. *disclosure regulation*, le proposte di chi ne invoca il definitivo abbandono.<sup>494</sup>

Ma, abbandonato l'obbligo informativo in quanto tecnica regolatoria da ritenere irrimediabilmente fallimentare, cosa ne è del "consenso informato"? Diventa ammissibile concepire la validità di un consenso (non più solo

---

<sup>492</sup> Cfr. F. J. ZUIDERVEEN BORGESIOUS, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, cit., p. 216.

<sup>493</sup> V. *supra*, nota 486.

<sup>494</sup> Su tutti, O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *More than you wanted to Know: The failure of Mandated Disclosure*, cit., *passim* e spec. p. 183 ss. Per una critica a tale estrema posizione, cfr., tra gli altri, C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, cit., p. 223 s. e F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 175 s.



fattualmente, ma altresì giuridicamente) “disinformato”? Deve, se non può che considerarsi intrinsecamente paradossale la concepibilità di un consenso non informato, dismettersi *tout court* lo strumento del consenso, come da qualcuno suggerito?<sup>495</sup>

Si torna così all’interrogativo con cui il precedente paragrafo veniva concluso: nel prosieguo, si cercherà di dare dimostrazione delle ragioni per cui, perlomeno con riferimento allo specifico tema oggetto della trattazione, il consenso (di necessità) informato dell’interessato costituisce, pur con tutte le richiamate criticità, uno strumento del quale non è possibile fare a meno. Di lì, “ri-confermata” l’imprescindibilità del consenso, si esploreranno le più recenti proposte che, per dare nuova linfa a tale strumento tanto difficile da rendere “nei fatti” bene operativo, suggeriscono di fare ricorso alla *big data analytics* e alla profilazione algoritmica.

#### **4. La necessità del consenso dell’interessato e dell’informazione che lo deve accompagnare e sorreggere.**

*«Some people want targeted marketing. They want their data shared. They want catalogs to be mailed to their homes. They want to be tracked. They want to be profiled. They want companies to use their personal information to recommend products and services. These people should not be dismissed as*

---

<sup>495</sup> Pur con parzialmente diversi ed ulteriori argomenti, J.E. COHEN, *What Privacy Is For*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1905; A. MANTELETO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 679/2016*, cit., pp. 148 e 162. Quest’ultimo autore, in particolare, dopo avere concluso che «dovrebbe essere abbandonata la retorica della centralità del soggetto, intesa quale idea di un’effettiva e completa capacità di auto-determinarsi dello stesso rispetto alle scelte che riguardano il trattamento dati, *in primis* attraverso il ricorso al consenso informato», atteso che, «nel contesto dei *Big Data* e dell’*internet delle cose* (IoT), in presenza di processi decisionali basati su algoritmi e di forme di *lock-in* tecnologico [...], il consenso dell’utente finisce per divenire in gran parte illusorio» e che «la complessità, la mancanza di conoscenza, i limiti alla concreta libertà di scelta e gli squilibri nel potere contrattuale riducono sempre più il consenso dell’utente a vuoto formalismo» (*ivi*, p. 148), arriva più avanti a sollevare «l’interrogativo se non fosse stato meglio, quantomeno in relazione ad alcune applicazioni maggiormente pervasive e di alto impatto (quali i *Big Data analytics*) rivitalizzare il modello autorizzatorio impiegato dalle prime generazioni di normative sui dati personali» (*ivi*, p. 162).

*uninformed or foolish, as it is far from clear that the costs to these people outweigh the benefits»<sup>496</sup>.*

Così Daniel J. Solove con efficacia rappresenta le ragioni a fondamento di un primo argomento che si pone a sostegno della tesi contraria all'abbandono del consenso: non è affatto detto che la scelta di mettere a disposizione i propri dati personali per un trattamento di profilazione sia una scelta non ragionata e non razionale; non può semplicemente assumersi che lo sprovveduto, ingenuo destinatario dell'informativa sull'uso dei dati presti il proprio consenso in via del tutto inconsapevole, né può assumersi *de plano* che quella decisione comporti maggiori costi che benefici.

Come ripetuto più volte nel corso del presente studio, la profilazione, *di per sé*, non integra una pratica necessariamente pregiudizievole per l'interessato. Essa *può* – si ritiene di averlo ampiamente rilevato e dimostrato – avere degli impatti negativi, *può*, per utilizzare il vocabolario di cui al GDPR, «incidere significativamente sulla persona» (cfr. art. 22). E tuttavia, al tempo stesso, può al contrario costituire altresì non soltanto un utile strumento di efficientamento dell'attività di impresa, ma anche una pratica che si risolve a vantaggio del profilato (e, più in generale, del benessere complessivo del mercato).<sup>497</sup>

Non necessariamente, insomma, si ribadisce, la scelta di sottoporsi a profilazione rappresenta una decisione non rispondente, nel caso specifico, ai dettami della “razionalità”, né per forza, ancora nel caso concreto, essa deve ritenersi adottata nella completa inconsapevolezza e disinformazione del soggetto agente.

In questo senso, privare l'interessato della possibilità di esprimere una scelta, rimettendo *in toto* ad un soggetto terzo, quale un'Autorità indipendente, la determinazione circa l'*an* della profilazione<sup>498</sup>, non pare un'opzione opportuna.

---

<sup>496</sup> D.J. SOLOVE, *Introduction: privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1896.

<sup>497</sup> Si rinvia, a titolo esemplificativo, alle considerazioni svolte *supra* al cap. II, § 3, nell'ambito della trattazione dedicata alla c.d. discriminazione di prezzo.

<sup>498</sup> Questa, infatti, non potrebbe che essere l'alternativa, come sembra suggerire anche A. MANTELETO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 679/2016*, cit., p.162.

Ma l'abbandono del consenso, come anticipato, deve ritenersi una strada che non soltanto non è opportuno percorrere, bensì, più radicalmente, non può essere percorsa.

Per spiegare la perentorietà di tale conclusione occorre fare un passo indietro, richiamando le considerazioni già sopra<sup>499</sup> svolte in merito alla peculiare natura che caratterizza le informazioni personali nel descritto contesto "datizzato"<sup>500</sup> che connota la contemporaneità e da cui discende la conseguente qualificabilità nel paradigma del contratto di scambio dell'operazione che vede, da una parte, la concessione della possibilità di sfruttamento dei propri dati e, dall'altra, la fornitura di un servizio digitale.

Nel tentativo di sintetizzare un discorso, appunto, in parte già affrontato e che comunque meriterebbe maggiore spazio<sup>501</sup>, al dato personale, si è osservato, deve essere riconosciuta un'essenza *complessa*, poiché nel contemporaneo delineato contesto "datizzato" esso richiede di essere considerato da parte dell'ordinamento attraverso entrambe le apparentemente dicotomiche lenti del "personalismo" e del "patrimonialismo": il dato personale è al medesimo tempo attributo della persona, tutelato alla stregua di diritto fondamentale, e bene dotato di un valore economico, circolante all'interno di un mercato. Tali due "anime" non sono affatto tra loro alternative o in contraddizione; al contrario, convivono.

E di tale "complessità" l'ordinamento dimostra invero di essere ben consapevole. E di assecondarla, se così si può dire. Paradigmatico in questo senso l'art. 1, par. 1, GDPR: «il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati

---

<sup>499</sup> Cfr. cap. I, § 9.

<sup>500</sup> *Ibidem*.

<sup>501</sup> Oltre alle pagine del presente lavoro, indicate alle note precedenti, per le considerazioni che seguono sia consentito rinviare a B. PARENZO, *Dati personali come "moneta". Note a margine della sentenza Tar Lazio n. 260/2020*, in *Jus civile*, 2020, p. 1364 ss., ed a ID., *Sull'importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali "gratuiti"*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 1457 ss., e alla bibliografia ivi richiamata.

personali, *nonché* norme relative alla libera circolazione di tali dati». La disposizione, in altri termini, anticipa una disciplina che guarda al dato personale dalla duplice *equivalente* prospettiva di una sua tutela (quale attributo della persona) e di una sua circolazione (quale bene suscettibile di valutazione in termini patrimoniali).

Il dato personale, quindi, circola. Ma circola, attesa la sua stretta inerenza alla persona, “con delle accortezze” (quelle, appunto, di cui alla già esaminata disciplina approntata dal richiamato Regolamento).<sup>502</sup> Senza dubbio, ancora in ragione della sua “anima personalistica”, il dato non può concepirsi oggetto di una definitiva cessione traslativa, ma è nondimeno senz’altro configurabile una sua “cessione in godimento” al titolare del trattamento<sup>503</sup>, il quale è sicuramente ammesso a sfruttarne le utilità.

La disponibilità, nei termini di cui si è appena detto, del dato personale trova peraltro ulteriore solido ancoraggio normativo nell’art. 3, par. 1, Direttiva UE n. 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, ai sensi del quale la direttiva medesima «si applica a qualsiasi contratto in cui l’operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo» oppure «fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico». Più in dettaglio, due sono i nodi concettuali direttamente inferibili dalla disposizione e qui rilevanti: i) il pagamento di un contenuto o servizio digitale può, per espressa previsione, consistere non solo nella corresponsione di un prezzo, ma altresì nella fornitura di dati personali; ii) l’operazione che

---

<sup>502</sup> Si pensi, a titolo emblematico, alla possibilità di revocare il consenso, la cui, appunto, non vincolatività, quale «vistosa deroga ai principi generali», è indicata da A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022, p. 365 come «unico dispositivo che si palesa utile per garantire la tutela della libertà di autodeterminazione identitaria».

<sup>503</sup> Su tale profilo, si rinvia in particolare a R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 760 ss.; ID., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 75 ss.; B. PARENZO, *Sull’importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l’esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali "gratuiti"*, cit., p. 1462 ss.

vede la fornitura di un contenuto o servizio digitale *contro* la fornitura di dati personali viene chiaramente a qualificarsi come un contratto di scambio.

Nonostante, dunque, i timori da parte del legislatore eurounitario a fare uso del termine “controprestazione” rispetto alla fornitura di dati personali,<sup>504</sup> devono, insomma, ritenersi senza dubbio superate le difficoltà e le resistenze<sup>505</sup> a riconoscere nelle richiamate operazioni degli accordi in cui «la prestazione di un bene o di un servizio all’interessato non è semplicemente l’occasione fattuale o una mera circostanza nella quale quello stesso interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali, ma rappresenta la ragione economica concreta dell’operazione [poiché] l’interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati al fine di ottenere un servizio digitale da parte dell’operatore economico [...], mentre l’operatore economico fornisce un

---

<sup>504</sup> Ci si riferisce alla nota vicenda che ha interessato la stesura del richiamato art. 3, par. 1, Direttiva UE n. 2019/770. Invero, il testo della citata disposizione di cui alla proposta di Direttiva era inequivoco nel qualificare le operazioni in parola quali contratti sinallagmatici, sancendo l’applicabilità della Direttiva medesima non solo ai contratti aventi ad oggetto la fornitura di un contenuto o servizio digitale verso la corresponsione di un prezzo, ma anche a quelli in cui «il consumatore [...] fornisce attivamente una *controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali*». Il che è appunto apparso “problematico” allo *European Data Protection Supervisor*: introdurre «il concetto che le persone possono pagare con i propri dati nello stesso modo in cui pagano in denaro» risultava infatti incompatibile con il dogma alla stregua del quale «i diritti fondamentali, come il diritto alla protezione dei dati personali, non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali non possono essere considerati una mera merce». Di qui, l’attuale testo dell’art. 3 che, allineandosi alle preoccupazioni espresse dal Garante europeo, omette di menzionare il termine “controprestazione”. Come tuttavia già osservato in dottrina (cfr., tra gli altri, R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 766 ss.; A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, cit., p. 375 ss.), la sostanza non cambia: si è evidentemente in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive (ma v. anche le diverse ricostruzioni offerte da C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 501 e da C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, spec. p. 102 ss.).

<sup>505</sup> Opposte dalla tradizionale dottrina, che, a lungo legata ad una lettura del dato personale in ottica esclusivamente personalistica, ne negava la disponibilità a ragione della sua inclusione nell’ambito del paradigma del diritto fondamentale. Sul punto, cfr., tra gli altri, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 25 ss.; ID., *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 760 ss.; A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, cit., p. 367 ss.

bene/servizio digitale [...] al fine di poter sfruttare quella specifica ricchezza patrimonialmente valutabile che sono i dati personali dell'interessato»<sup>506</sup>.

Ebbene, la inevitabile qualificazione in termini contrattuali ha sui discorsi che si vanno conducendo una ricaduta estremamente banale nella sua evidenza, e tuttavia cruciale: se quella operazione è un contratto – e non può non esserlo<sup>507</sup>, il consenso della parte che «fornisce o si impegna a fornire dati personali», quale elemento essenziale, non può mancare. E tale manifestazione di volontà non può, evidentemente, non essere *informata*.

Ma è necessario bene intendersi sul preciso significato che assume l'informazione in questo scenario, perché tale significato si discosta in modo significativo (e con esiti più problematici laddove l'informazione sia assente) da quello che assume negli altri contesti in cui si ricorre agli obblighi informativi di cui si è detto.

Nella quotidianità, il privato può non rendersi conto di trovarsi nell'atto di concludere un contratto. Cionondimeno, quell'atto resta senz'altro tale. Il punto che occorre tuttavia evidenziare, perché è esattamente qui che si situa la distanza con i contratti di cui si sta discutendo, è che quello stesso privato, quando acquista un quotidiano, o un biglietto di accesso ad una sala cinematografica o ad un luogo di incontro come una discoteca, si rende in ogni caso bene conto – ed è questo ciò che importa all'ordinamento – che sta pagando un prezzo ed è bene consapevole di quanto quel bene o servizio gli sta costando.

Diversamente, le certezze vengono meno quando il medesimo privato, senza pagare un prezzo in denaro, ma corrispondendo un diritto al trattamento dei propri dati personali, accede a un *newsfeed*, o una piattaforma di condivisione di contenuti audiovisivi, o si iscrive ad un *social network*. Ebbene, se, in tali

---

<sup>506</sup> Così V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., p. 653.

<sup>507</sup> Per la semplice ragione che una *realtà* va riconosciuta per ciò che è. La si può certo inquadrare diversamente sul piano teorico facendo valere la forza di differenti argomenti, ma l'essenza, di nuovo, la realtà del fatto che richiede di ricevere qualificazione giuridica rimane immutata.

casi, la consegna dell'informativa non raggiunge il risultato minimo di rendere l'interessato consapevole del fatto che *sta pagando* un prezzo (sebbene non in denaro) e di quanto sta pagando, occorre ammettere di trovarsi alla presenza di un tema problematico non trascurabile. Perché ipotizzare che il privato *non sappia* che sta fornendo in pagamento la facoltà di trattare i propri dati e per quali finalità, né sia al corrente delle possibili conseguenze di quel trattamento, e non conosca quindi il costo dell'operazione cui acconsente, significherebbe ammettere di trovarsi in una situazione analoga alla paradossale ipotesi del medesimo privato che, nell'acquistare presso l'edicola di quartiere un quotidiano "analogico", non si rendesse conto, non conoscesse il fatto che per quel bene sta corrispondendo un prezzo di € 2,00.

Di qui, deriva non soltanto l'ingannevolezza in senso tecnico, ai sensi degli artt. 20 ss., cod. cons.,<sup>508</sup> di un'informativa che lasciasse intendere all'utente la «gratuità»<sup>509</sup> del servizio cui sta per accedere (*in cambio*, in verità, di un diritto a trattare i propri dati personali); ma anche, più problematicamente, l'insufficienza e la non accettabilità di un'informativa che non possa nei fatti dirsi efficace al proprio scopo. Ovvero, al *minimo* scopo di rendere edotta la controparte in modo chiaro ed inequivoco: i) del fatto che l'accesso al servizio viene *pagato* attraverso la concessione di un diritto a trattare i propri dati personali, nonché, al fine di poter conoscere "il costo" della medesima prestazione, ii) delle finalità del trattamento e quindi iii) delle conseguenze che ne possono derivare.

In estrema sintesi e a parziale conclusione dei discorsi da cui si sono prese le mosse: ricostruite le fattispecie in esame entro il paradigma del contratto di scambio, appare in tutta evidenza l'imprescindibilità di un consenso, il quale deve essere espresso nella piena consapevolezza degli elementi che

---

<sup>508</sup> Cfr. le recenti pronunce del Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Foro amm.*, 2020, p. 99 e del Cons. St., 29 marzo 2021, n. 2631, in *Foro it.*, 2021, III, p. 325.

<sup>509</sup> Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Il "pagamento" mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., *passim* e spec. p. 1398 ss.

costituiscono il contratto medesimo e quindi, specialmente, del prezzo che viene corrisposto.

E allora, se il consenso va mantenuto fermo e l'informativa che lo deve sorreggere non può mancare il proprio scopo, deve cercarsi e quindi percorrersi una strada indirizzata ad una "rivitalizzazione" dell'obbligo informativo, tale da renderne l'adempimento davvero adeguato alla realizzazione della sua tipica funzione.

### **5. La tecnologia per il diritto: per una "rivitalizzazione" degli obblighi informativi.**

Come rilevato dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, nel GDPR «è insita una tensione tra, da un lato, l'obbligo di fornire agli interessati le necessarie informazioni complete e, dall'altro, l'obbligo di fornirle in una forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile»<sup>510</sup>. Insomma, già lo si è evidenziato, alla luce delle numerose informazioni che devono essere rese ai sensi degli artt. 13 e 14, GDPR, esiste un'inevitabile e strutturale difficile conciliabilità tra la necessità di rendere un'informativa *completa ed esaustiva* e l'esigenza che la medesima sia al tempo stesso *concisa e chiara, di immediata fruibilità*.

In altri termini, se è certamente vero che le informazioni che l'interessato deve ricevere sono decisamente molte<sup>511</sup>, cionondimeno è imposto al titolare del

---

<sup>510</sup> GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, adottate il 29 novembre 2017, versione emendata adottata l'11 aprile 2018, p. 18, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>511</sup> In modo da rendere di immediata evidenza la mole informativa di cui si sta discorrendo, si riporta di seguito il testo dell'art. 13 GDPR: «1. In caso di raccolta presso l'interessato di dati che lo riguardano, il titolare del trattamento fornisce all'interessato, nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, le seguenti informazioni: a) l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante; b) i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati, ove applicabile; c) le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento; d) qualora il trattamento si basi sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), i legittimi interessi perseguiti dal titolare del trattamento o da terzi; e) gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali; f) ove applicabile, l'intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale e l'esistenza o l'assenza di una decisione di adeguatezza della Commissione o, nel caso dei trasferimenti di cui all'articolo 46 o 47, o all'articolo 49, secondo comma, il riferimento alle garanzie appropriate o opportune e i mezzi per ottenere una copia di tali dati o il luogo dove sono stati resi disponibili. 2. In aggiunta alle informazioni di



trattamento l'obbligo di presentarle «in maniera efficace e succinta al fine di evitare un subissamento informativo»<sup>512</sup>. In altre parole ancora, preso atto dell'esistenza di una “tensione” tra completezza e chiarezza dell'informativa, e dunque riconosciuta la indubbia difficile coesistenza in essa degli attributi della esaustività e della concisione, alla luce degli obblighi imposti dal legislatore eurounitario, e attesa la sopra rilevata imprescindibilità della espressione da parte dell'interessato di un consenso informato, una strategia per far convivere tali medesimi attributi ed evitare il già descritto fenomeno dell'*information overload* deve per forza essere rinvenuta.

Ebbene, l'idea che in primo luogo si propone<sup>513</sup> è quella di immaginare un'informativa improntata ad un “principio di gradualità”, la quale, cioè, si presenti “stratificata”, ovvero costruita su due complementari “livelli”: il

---

cui al paragrafo 1, nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, il titolare del trattamento fornisce all'interessato le seguenti ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente: a) il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; b) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati; c) qualora il trattamento sia basato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), oppure sull'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), l'esistenza del diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca; d) il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; e) se la comunicazione di dati personali è un obbligo legale o contrattuale oppure un requisito necessario per la conclusione di un contratto, e se l'interessato ha l'obbligo di fornire i dati personali nonché le possibili conseguenze della mancata comunicazione di tali dati; f) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

<sup>512</sup> Così sempre il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, cit., p. 6.

<sup>513</sup> Già avanzata, con varietà di differenti soluzioni, oltre che dal GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, cit., p. 18 s., anche da diversi autori, quali: C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, cit., p. 230 (e ID., *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, p. 321); F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 175 ss. *passim*; P. HACKER, *Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates*, in *European Review of Private Law*, 2017, p. 669; A. BERNES, *Enhancing Transparency of Data Processing and Data Subject's Rights Through Technical Tools: The PIMS and PDS Solution*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (a cura di), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Springer Singapore, 2021, p. 202.

primo, volto a rendere le informazioni “più urgenti”, quelle più indispensabili, con immediata sintesi e chiarezza; il secondo, dedicato a fornire le ulteriori necessarie informazioni di maggiore dettaglio. Se, quindi, il primo livello della informativa è concepito come deputato al perseguimento del canone della “chiarezza”, il secondo sarà invece volto al soddisfacimento del complementare requisito della “esaustività”.

Ma se nel primo livello il requisito della chiarezza potrà essere agilmente conseguito attraverso la mera *riduzione* delle informazioni allo stretto necessario, nel secondo livello, diversamente, la necessità di rendere un’informativa esaustiva metterà nuovamente in primo piano il non eludibile tema problematico della esigenza di conciliare la completezza della stessa con la sua capacità di fungere al proprio scopo evitando un sovraccarico. La seconda proposta che si avanza<sup>514</sup> si colloca precisamente su questo punto: per un’efficiente implementazione del “secondo livello” informativo, ovvero per superare l’antinomico rapporto sussistente (alla luce della mole di informazioni da fornire) tra esaustività ed efficacia, si potrebbe pensare di fare ricorso a tecniche di personalizzazione basate su quella stessa profilazione algoritmica che è, sin dal principio, al centro dei presenti discorsi.

## **6. *Segue.* L’informativa “di primo livello”.**

Come si anticipava, il primo, più semplice, banale e tuttavia intuitivamente efficace metodo per evitare il sovraccarico informativo è quello di *ridurre* il numero delle informazioni.

---

<sup>514</sup> Anche questa già suggerita in dottrina, con diversità di accenti e soluzioni: A. PORAT, L.J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Michigan Law Review*, 2014, spec. p. 1470 ss.; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 221 ss.; P. HACKER, *Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates*, cit., spec. p. 666 ss.; C. BUSCH, *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, cit., p. 309 ss.

Si prenda ad esempio paradigmatico la disciplina dettata, nel settore finanziario, in materia di prodotti finanziari ed assicurativi preassemblati (cc.dd. PRIIPs).<sup>515</sup>

Ai sensi del Reg. UE 1286/2014<sup>516</sup>, «prima che un PRIIP venga messo a disposizione degli investitori al dettaglio, l'ideatore di PRIIP redige, per tale prodotto, un documento contenente *le informazioni chiave*» (art. 5): si tratta del c.d. “KID” (“*Key Information Document*”), il quale è dal legislatore eurounitario pensato, in definitiva, per avere la precipua funzione di «estrapolare e rendere saliente *una parte dell'informazione* relativa al prodotto finanziario al fine di renderla comprensibile agli investitori»<sup>517</sup>. Più in particolare, ai sensi dell'art. 6, par. 4, dello stesso Regolamento, il KID non soltanto «è redatto sotto forma di documento breve, in maniera concisa», «è presentato e strutturato in modo da agevolarne la lettura, in caratteri di dimensione leggibile» (lett. a) ed «è formulato con chiarezza e scritto in un linguaggio e uno stile tali da facilitare la comprensione delle informazioni» (lett. c); ma soprattutto – questo il punto che ai presenti fini vuole essere specialmente messo in evidenza – «*si concentra sulle principali informazioni di cui hanno bisogno gli investitori al dettaglio*» (lett. b).

Con il KID, in altri termini, il legislatore si è preoccupato non soltanto di vincolare le modalità di trasmissione delle informazioni<sup>518</sup> – aspetto altrettanto

---

<sup>515</sup> Sul punto, cfr. F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 92 s. e 210 s.

<sup>516</sup> Regolamento UE n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati.

<sup>517</sup> F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 210 (enfasi aggiunta).

<sup>518</sup> Ai sensi del medesimo art. 6 è previsto che: il KID consista «al massimo di tre facciate di formato A4 quando stampate» (par. 4); qualora «vengano usati dei colori, essi non compromettano la comprensibilità delle informazioni se il documento viene stampato o fotocopiato in bianco e nero» (par. 5); «se nel documento contenente le informazioni chiave viene usato il nome o il logo dell'ideatore di PRIIP o del gruppo a cui appartiene, esso è in forma tale da non distogliere l'attenzione degli investitori al dettaglio dalle informazioni contenute nel documento o da non oscurare il testo» (par. 6). Particolarmente di interesse sotto tale profilo, inoltre, sono le indicazioni di cui all'art. 8, il quale, nell'elencare le informazioni che devono essere contenute nel KID, ne disciplina nel dettaglio l'ordine con il quale devono essere rese, prevedendo una precisa scansione del documento medesimo in “sezioni”: «1. Il

---

titolo «Documento contenente le informazioni chiave» è posto in evidenza all'inizio della prima pagina del documento. Il documento contenente le informazioni chiave è presentato nell'ordine stabilito ai paragrafi 2 e 3. 2. Subito sotto il titolo del documento contenente le informazioni chiave è posta la seguente nota esplicativa: «Il presente documento contiene informazioni chiave relative a questo prodotto d'investimento. Non si tratta di un documento promozionale. Le informazioni, prescritte per legge, hanno lo scopo di aiutarvi a capire le caratteristiche, i rischi, i costi, i guadagni e le perdite potenziali di questo prodotto e di aiutarvi a fare un raffronto con altri prodotti d'investimento.». 3. Il documento contenente le informazioni chiave comprende le seguenti informazioni: a) all'inizio del documento, il nome del PRIIP, l'identità e i dati di contatto dell'ideatore del PRIIP, informazioni sull'autorità competente dell'ideatore di PRIIP e la data del documento; b) Ove applicabile, una segnalazione di comprensibilità redatta come segue: «State per acquistare un prodotto che non è semplice e può essere di difficile comprensione.»; c) in una sezione intitolata «Cos'è questo prodotto?», la natura e le caratteristiche principali del PRIIP, compresi: i) il tipo di PRIIP; ii) i suoi obiettivi e i mezzi per conseguirli, in particolare se gli obiettivi sono raggiunti mediante esposizione diretta o indiretta alle attività di investimento sottostanti, con una descrizione degli strumenti o valori di riferimento sottostanti, compresa un'indicazione dei mercati in cui investe il PRIIP, e, ove applicabile, gli obiettivi ambientali o sociali specifici a cui mira il prodotto, nonché le modalità di determinazione del rendimento; iii) una descrizione del tipo di investitore al dettaglio a cui si intende commercializzare il PRIIP, in particolare in termini di capacità di sostenere perdite su investimenti e di orizzonti d'investimento; iv) nei casi in cui il PRIIP offra prestazioni assicurative, i dettagli di tali prestazioni, comprese le circostanze che le attiverrebbero; v) la durata del PRIIP, se conosciuta; d) in una sezione intitolata «Quali sono i rischi e qual è il potenziale rendimento?», una breve descrizione del profilo di rischio/rendimento che comprenda i seguenti elementi: i) un indicatore sintetico di rischio, integrato da una spiegazione testuale di quest'ultimo, dei suoi principali limiti e da una spiegazione testuale dei rischi che sono particolarmente rilevanti per i PRIIP e che non sono adeguatamente rilevati dall'indicatore sintetico di rischio; ii) la perdita massima possibile del capitale investito, comprese informazioni sui seguenti aspetti: — se l'investitore al dettaglio può perdere tutto il capitale investito; o — se l'investitore al dettaglio si assume il rischio di sostenere impegni o obblighi finanziari aggiuntivi, comprese passività potenziali ulteriori rispetto al capitale investito nel PRIIP; e — ove applicabile, se il PRIIP include una protezione del capitale contro il rischio di mercato, nonché i dettagli sull'ampiezza di tale copertura e i suoi limiti, in particolare per quanto riguarda i tempi di applicazione; iii) scenari di performance adeguati e le ipotesi formulate per realizzarli; iv) ove applicabile, informazioni sulle condizioni dei rendimenti agli investitori al dettaglio e limiti massimi delle prestazioni incorporate; v) una precisazione che la legislazione fiscale dello Stato membro di origine dell'investitore al dettaglio può incidere sui versamenti effettivi; e) in una sezione intitolata: «Cosa accade se il [nome dell'ideatore del PRIIP] non è in grado di corrispondere quanto dovuto?», una breve indicazione se la perdita relativa sia recuperata grazie a un regime di compensazione o garanzia dell'investitore e, in tal caso, di quale regime si tratti, il nome del garante e quali rischi siano coperti dal regime e quali non lo siano; f) in una sezione intitolata «Quali sono i costi?», i costi legati a un investimento nel PRIIP, comprendente sia i costi diretti che quelli indiretti a carico dell'investitore al dettaglio, inclusi i costi una tantum e ricorrenti, presentati mediante indicatori sintetici di detti costi e, per garantire la comparabilità, i costi complessivi espressi in termini monetari e percentuali, onde dimostrare l'incidenza composta dei costi complessivi sull'investimento; Il documento contenente informazioni chiave include una indicazione chiara che i consulenti, distributori o eventuali altre persone che forniscono consulenza o vendono il PRIIP forniranno informazioni che specifichino eventuali costi di distribuzione non già inclusi nei costi specificati sopra, per consentire all'investitore al dettaglio di comprendere l'effetto cumulativo di tali costi complessivi sul rendimento dell'investimento. g) in una sezione intitolata «Per quanto tempo devo detenerlo? Posso ritirare il capitale prematuramente?» i) ove applicabile, se è previsto un periodo di ripensamento o cancellazione per il PRIIP; ii) l'indicazione del periodo minimo di detenzione raccomandato e,

importante sul quale si tornerà -, ma, di più, ha voluto limitarne il numero, restringendo l'elenco<sup>519</sup> delle informazioni stesse a quelle di più immediata importanza, a quelle, per l'appunto, “*chiave*”.<sup>520</sup>

Ebbene, allo stesso modo sarebbe opportuno procedere anche rispetto all'informativa che qui interessa: come per i prodotti finanziari preassemblati è stata dal legislatore operata una selezione delle più fondamentali informazioni da rendere all'investitore per il tramite del KID prima della sottoscrizione dei prodotti medesimi, così per quanto attiene alla prestazione del consenso al trattamento dei propri dati personali all'interessato dovrebbero essere in via primaria presentate, con sintesi ed immediata chiarezza, le informazioni che devono ritenersi imprescindibili ai fini di una valida manifestazione di quello stesso consenso, poiché specialmente quando si tratta di fattispecie in cui i dati personali vengono ceduti in cambio di un bene o servizio digitale<sup>521</sup>, per le ragioni già presentate, senza dubbio esistono delle informazioni che devono ritenersi più importanti di altre, e che quindi richiedono di essere messe in primaria evidenza.

---

ove applicabile, del periodo minimo di detenzione richiesto; iii) la capacità di operare disinvestimenti prima della scadenza e le relative condizioni, comprese tutte le commissioni e le sanzioni applicabili, tenendo conto del profilo di rischio/rendimento del PRIIP e dell'evoluzione del mercato per il quale è stato concepito; iv) indicazioni circa le potenziali conseguenze di un riscatto prima della scadenza del termine o del periodo di detenzione raccomandato, quali la perdita di protezione del capitale o competenze aggiuntive in funzione dei risultati; h) in una sezione intitolata «Come presentare reclami?», informazioni su come e a chi un investitore al dettaglio può presentare un reclamo su un prodotto o sulla condotta dell'ideatore di PRIIP o di una persona che fornisce consulenza sul prodotto o lo vende; i) in una sezione intitolata «altre informazioni rilevanti», eventuali documenti aggiuntivi contenenti informazioni da fornire all'investitore al dettaglio in fase precontrattuale e/o postcontrattuale, esclusa la documentazione commerciale».

<sup>519</sup> Comunque, per vero, non ridottissimo (cfr. art. 8 alla nota precedente).

<sup>520</sup> Come bene spiega F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 92, «la consegna obbligatoria del KID, infatti, è pensata come consegna di un documento sintetico e di immediata fruibilità, sostitutivo del prospetto informativo dettagliato (da rendersi comunque disponibile su richiesta), contenente informazioni identiche in ogni Stato membro, rese in forma concisa, con linguaggio a-tecnico, contenente nozioni essenziali sugli obiettivi, i costi, il rapporto rischio/rendimento e le performance storiche del prodotto, sì da consentirne la comprensione da parte dell'investitore senza dover fare riferimento ad ulteriore documentazione».

<sup>521</sup> *Recte*: quando si tratta di fattispecie in cui viene concesso in cambio di un bene o servizio digitale un diritto di godimento a trattare dati personali.

Quali siano, più in particolare, tali fondamentali informazioni già lo si è evidenziato poco sopra: l'interessato deve essere reso inequivocamente edotto i) del fatto che l'accesso ad un certo servizio viene pagato attraverso la concessione di un diritto a trattare i propri dati personali, nonché del costo della medesima prestazione, e pertanto ii) delle finalità del trattamento cui va ad acconsentire e iii) delle conseguenze che da quest'ultimo possono derivare.<sup>522</sup> Altresì fondamentali, e quindi contenute in tale "primo livello", devono poi considerarsi anche iv) le informazioni relative alla identità del titolare del trattamento - cfr. cons. 42 GDPR - e v) alla revocabilità in qualsiasi momento del consenso (se infatti questo deve poter essere revocabile «con la stessa facilità con cui è accordato» - cfr. art. 7, par. 3, GDPR – è ragionevole ritenere che l'informazione relativa alla esercitabilità della revoca debba ritenersi un'informazione "prioritaria").

Peraltro, occorre rilevare come in effetti già esista nell'ordinamento una disposizione dalla quale è inferibile un obbligo a «comunicare in modo chiaro ed evidente» tali informazioni.

Se è vero che l'operazione in forza della quale una parte «fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico» (art. 3, Direttiva UE n. 770/2019) deve qualificarsi alla stregua di un contratto oneroso, è allora altrettanto vero che – come messo in luce anche da attenta dottrina<sup>523</sup> - da tale qualificazione discende altresì l'applicabilità, a

---

<sup>522</sup> Si ritiene opportuno ulteriormente chiarificare: un conto è essere informati del fatto che il pagamento avviene attraverso la cessione in godimento dei propri dati personali; un conto è essere informati del costo di tale cessione, il quale può essere conosciuto solo laddove conosciute siano le finalità e le conseguenze derivanti dal trattamento di quei dati rispetto ai quali è stata acconsentita la cessione in godimento. Per riprendere l'esempio di cui più sopra: se si acquista un quotidiano al prezzo di € 2,00 sono immediatamente evidenti e già contenuti nella medesima formulazione "€ 2,00" tanto il fatto che si sta pagando un prezzo in moneta quanto il costo della prestazione stessa; se, diversamente, per l'accesso ad una rivista *online* il pagamento avviene "cedendo" dati personali, le due informazioni non sono più così simbioticamente avvinte l'una all'altra, poiché, si ribadisce, il costo della "cessione" dei dati non è di per sé ricavabile dalla sola informazione relativa alla cessione medesima, dovendo invece essere questa necessariamente accompagnata altresì da una comunicazione in merito all'utilizzo che di quei dati ceduti verrà fatto.

<sup>523</sup> Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Il "pagamento" mediante dati personali*, cit., p. 1392 s.

queste stesse operazioni contrattuali, dell'art. 51, comma 2, cod. cons; la quale disposizione, più in particolare, per le ipotesi di contratto a distanza stipulato con mezzi elettronici, impone al professionista di: i) adoperarsi affinché il consumatore, prima della manifestazione di volontà relativa all'ottenimento del bene o servizio, «riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare», prevedendosi che «se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole “ordine con obbligo di pagare” o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista»; ii) comunicare, «in modo chiaro ed evidente [...] direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine», le informazioni relative agli elementi essenziali del contratto.<sup>524</sup>

In sintesi, rispetto al tema qui oggetto di diretto interesse, la manifestazione di volontà con la quale l'interessato acconsente ad un trattamento di profilazione dovrà essere preceduta: i) da i dati del titolare; ii) da una chiara ed espressa formulazione la quale non lasci dubbi in merito al fatto che la prestazione del consenso integra un vero e proprio *pagamento*; iii) da una sintetica, efficace ed inequivoca informativa in grado di rendere il medesimo interessato edotto di quale sia *il prezzo* che sta corrispondendo, e quindi di adeguatamente informarlo circa il fatto che i dati che sta fornendo in godimento saranno sottoposti ad elaborazione algoritmica per finalità di profilazione, profilazione la quale a sua volta sarà strumentale, ad esempio, all'invio di pubblicità mirata o alla futura applicazione di prezzi personalizzati<sup>525</sup>; iv) da una comunicazione relativa alla esercitabilità del diritto di revoca del consenso.

---

<sup>524</sup> «Se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, lettere a), e), q) ed r) direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine»: da notare come rispetto al lungo elenco di informazioni di cui all'art. 49, l'art. 51, comma 2, operi, appunto, una selezione di quelle che si devono ritenere le più fondamentali informazioni da dare al consumatore «direttamente prima» che questi manifesti la propria volontà.

<sup>525</sup> Non conciliandosi un'informativa specifica e dettagliata con le esigenze di sintesi ed immediatezza che si vogliono perseguire in questo primo stadio informativo, in tale “primo

## 7. *Segue. L’informativa “di secondo livello”.*

Fornite in modo chiaro, inequivoco ed immediato le informazioni “più necessarie” di cui si è detto nella informativa che si è denominata “di primo livello”, l’interessato deve essere ulteriormente messo a conoscenza di una serie ulteriore di rilevanti informazioni, senza le quali invero non può ancora dirsi “in controllo” rispetto al trattamento che interessa i propri dati personali, poiché in effetti ancora non sa compiutamente tutto quello che deve sapere, ancora non ha una conoscenza *esaustiva* circa il trattamento dei propri dati. A titolo esemplificativo, egli deve ancora, infatti, ricevere, tra le altre, le seguenti informazioni: «gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali» (art. 13, par. 1, lett. e), GDPR); «ove applicabile, l’intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un paese terzo o a un’organizzazione internazionale» (art. 13, par.1, lett. f), GDPR); «il periodo di conservazione dei dati personali» (art. 13, par. 2, lett. a), GDPR); «l’esistenza del diritto dell’interessato di chiedere al titolare del trattamento l’accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati» (art. 13, par. 2, lett. b), GDPR); «il diritto di proporre reclamo a un’autorità di controllo» (art. 13, par. 2, lett. d), GDPR); «informazioni significative sulla logica utilizzata» nel trattamento di profilazione (art. 13, par. 2, lett. f), GDPR).

Come già sopra si osservava, torna allora evidentemente in primo piano il problema relativo al come conciliare tale mole informativa con l’esigenza che l’informazione stessa “arrivi” effettivamente al suo destinatario, rinvenendo e mettendo in atto delle strategie in grado di rendere l’interessato, da passivo ricettore di una serie caotica di comunicazioni, soggetto consapevole e attivo

---

livello” sarà sufficiente una “generica” (e tuttavia chiara ed inequivoca) comunicazione in merito alle finalità di profilazione e agli scopi della medesima. In altri termini, non occorrerà (né sarà opportuno) scendere nel dettaglio del funzionamento del trattamento di profilazione, informazione questa destinata al “secondo livello” informativo, bastando invece comunicare all’interessato che i dati concessi in godimento sfoceranno nella costruzione di profili personali impiegati, ad esempio, per l’invio di pubblicità mirata.



decisore e “gestore” delle scelte che influiscono sulla sorte dei propri dati personali.

Ebbene, senza dubbio utili sono in primo luogo gli accorgimenti che il Gruppo di Lavoro Articolo 29 raccomanda di adottare nelle sue Linee guida sulla trasparenza e che attengono alle modalità di trasmissione dell’informazione sul piano del *layout* o del *design* dell’informativa. In particolare, ad esempio, come già visto anche con riferimento al KID<sup>526</sup>, viene suggerita una suddivisione della medesima in “sezioni”, tale da consentire «agli utenti di muoversi direttamente verso la sezione che vogliono leggere» e da «offrire all’interessato una panoramica chiara delle informazioni a sua disposizione»<sup>527</sup>. Ancora, e sempre per quanto attiene alle più opportune modalità che devono caratterizzare la resa delle informazioni, oltre a specificarsi che «il fatto che il linguaggio debba essere semplice e chiaro significa che le informazioni dovrebbero essere fornite nel modo più semplice possibile, evitando frasi e strutture linguistiche complesse» e che «le informazioni dovrebbero essere concrete e certe, non dovrebbero essere formulate in termini astratti o ambigui né lasciare spazio a interpretazioni multiple [...né] dovrebbero contenere linguaggio o terminologia eccessivamente legalistica, tecnica o specialistica»<sup>528</sup>, viene altresì raccomandato l’utilizzo di «strumenti di visualizzazione» quali icone standardizzate, rammentando come sia lo stesso art. 12, par. 7, GDPR a prevederne l’uso affermando che: «le informazioni da fornire agli interessati a norma degli articoli 13 e 14 possono essere fornite in combinazione con icone standardizzate per dare, in modo facilmente visibile, intelligibile e chiaramente leggibile, un quadro d’insieme del trattamento previsto»<sup>529</sup>.

---

<sup>526</sup> E da notare, tuttavia, che, in quel caso, le specifiche indicazioni relative alla struttura, anche sul piano grafico, della informativa vengono date dallo stesso Regolamento UE n. 1286/2014 (v. *supra*, § 6, nota 513).

<sup>527</sup> GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, cit., p. 19.

<sup>528</sup> ID., p. 8 s.

<sup>529</sup> ID., p. 25.

Ma al di là di tali – senza dubbio opportune – tecniche, volte a implementare l’efficacia comunicativa dell’informativa su di piano, per così dire, “statico”, lo stesso Gruppo di Lavoro accenna, senza tuttavia meglio approfondire il punto, alla possibilità per il titolare del trattamento di «utilizzare *altri* [più “dinamici”, si potrebbe aggiungere] strumenti di trasparenza [...] che forniscano all’interessato informazioni *ad hoc* specifiche per la sua situazione e per i beni/servizi di cui si avvale»<sup>530</sup>. Come rilevato anche da un autore<sup>531</sup>, il Gruppo di Lavoro sembrerebbe in tale passaggio alludere alla possibilità di fare ricorso a quella che viene definita, da una letteratura che oramai comincia a conoscere una certa diffusione<sup>532</sup>, «*personalized disclosure*».<sup>533</sup>

Più in particolare, l’idea davvero innovativa, che viene avanzata con diversità di sfumature da un certo numero di studiosi, è quella di utilizzare i *big data* e la profilazione algoritmica per rendere un’informativa, appunto, «personalizzata», «disegnata attorno all’individuo che la riceve», «presentata tenendo conto degli interessi e dei bisogni del ricettore»<sup>534</sup>. Come, infatti, esemplarmente prospettato da un autore, «*as information technology evolves and the cost of data collection, storage, and processing declines, the analysis of large volumes of unstructured data (big data) could play a transformative role for disclosure as a regulatory tool. With the help of big data, it could be*

---

<sup>530</sup> ID., p. 19 (enfasi nel testo).

<sup>531</sup> C. BUSCH, *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, cit., p. 321.

<sup>532</sup> Cfr. in particolare gli autori citati *supra*, nota 509.

<sup>533</sup> Il tema della “informativa personalizzata”, peraltro, si situa all’interno di una più ampia proposta che prospetta l’impiego della *big data analytics* per rendere operativa l’applicazione di “regole individualizzate” in diverse aree del diritto privato, come ad esempio al fine di “personalizzare” la disciplina della responsabilità colposa o l’applicazione delle cc.dd. “*default rules*”, ovvero delle norme contrattuali dispositive: cfr., in particolare, C.R. SUNSTEIN, *Deciding by default*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, p. 1 ss.; ID., *Choosing Not to Choose*, in *Duke Law Journal*, 2014, p. 1 ss.; A. PORAT, L.J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, cit., p. 1417 ss.; O. BEN-SHAHAR, A. PORAT, *Personalizing Negligence Law*, in *New York University Law Review*, 2016, p. 627 ss.; P. HACKER, *Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates*, cit., p. 651 ss.; A.J. CASEY, A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal*, 2017, p. 1401 ss.; C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI, *Algorithmic Regulation and Personalized Law: A Handbook*, London, 2020.

<sup>534</sup> Così F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 218.

*possible to provide consumers with information that is tailored to their situations, personalities, demographic characteristics. The provision of such behaviorally informed (personalized) information instead of standardized (impersonal) information could increase the relevance of a disclosure for the individual recipient of the information»*<sup>535</sup>. Secondo tale medesimo autore, invero, le lunghe e standardizzate informative, identicamente presentate a tutti i loro destinatari, altro non sarebbero che un prodotto della ormai superata, predigitale, società di massa, una distante eco del detto di Henry Ford secondo il quale ognuno può avere la macchina del colore che desidera... purché sia nera.<sup>536</sup> Ma nell'era del digitale, nell'era "datificata" dei *big data*, tale omogenea, standardizzata informativa uguale per tutti i suoi destinatari costituisce un'incrostazione del passato, poiché nell'era dei *big data* e della profilazione algoritmica "tutto" può invece essere personalizzato e ritagliato su base individuale, non soltanto i prodotti e i servizi, ma anche, per l'appunto, le informative.

In fondo, come a più riprese evidenziato nel corso del presente studio<sup>537</sup>, la consegna della "giusta comunicazione alla giusta persona", messa a punto per il tramite delle contemporanee sofisticate tecnologie di analisi algoritmica dei dati dei consumatori, costituisce una pratica già ampiamente diffusa nel campo del *marketing online* e che va sotto il nome di "*behavioural advertising*". La resa di un'informativa "*ad hoc*" realizzata grazie alle medesime tecniche di analisi dei dati, a veder bene, costituirebbe un'operazione a quella del tutto analoga. In altri termini ancora, come l'impresa profilante raccoglie e analizza i dati dell'interessato per finalità di *marketing* mirato, per presentargli, cioè, annunci pubblicitari costruiti "a sua misura", così allo stesso modo la stessa impresa, potrebbe dall'analisi dei medesimi dati costruire "a misura" del medesimo consumatore una personalizzata informativa.

---

<sup>535</sup> C. BUSCH, *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, cit., p. 312.

<sup>536</sup> ID., p. 314.

<sup>537</sup> Cfr. in particolare, *supra*, cap. II, § 5.

Da qualcuno, anzi, viene addirittura configurato un vero e proprio obbligo in tal senso.<sup>538</sup> Invero, se il professionista organizza la propria attività di impresa sulla profilazione del consumatore, non è affatto peregrino ipotizzare che, per potersi dire diligentemente adempiente agli obblighi di cui al GDPR, tra cui, appunto, quello di cui all'art. 12 che gli richiede di «adottare misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14», egli sia tenuto a fare uso di quelle medesime tecnologie di profilazione anche al fine di un'adeguata implementazione dei suoi obblighi informativi. Più in particolare, un simile obbligo in capo al titolare del trattamento si ritiene inferibile dal c.d. principio della *privacy by design e by default*<sup>539</sup> di cui all'art. 25 GDPR; ai sensi del quale «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, [...] sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate [...] volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati [...] e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento». Ebbene, al fine di potersi dire esistente un vero e proprio obbligo di “personalizzazione” dell’informativa in capo al titolare che (già) fa ricorso alla profilazione, non pare difficile immaginare una piana, sillogistica applicazione della appena richiamata disposizione: se (premessa

---

<sup>538</sup> «A trader who collects data about the consumer for profiling purposes must use this knowledge to provide the consumer with information that is relevant to her. More knowledge about the consumer therefore means more responsibility for providing her with relevant information. Or in more technical terms, a more granular consumer profile means more granular disclosure»; così C. BUSCH, *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, cit., p. 328, il quale tuttavia non individua - come invece si cercherà di fare immediatamente di seguito - alcun fondamento normativo dell'obbligo in parola.

<sup>539</sup> Tra i numerosi: G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big Data e Privacy by Design. Anonimizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Torino, 2017; F. BRAVO, *L'“architettura” del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 793 ss; D. FARACE, *Privacy by design e privacy by default*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 486 ss. Sul principio in parola, cfr. anche *infra*, § 14 e la bibliografia *ivi* richiamata.

maggiore) è vero che, per determinare quali in concreto siano le misure tecniche e organizzative *adequate* che il titolare deve mettere in atto per attuare in modo efficace, sin dal principio e per tutta la durata del trattamento, gli obblighi di cui al Regolamento (tra cui, appunto, gli obblighi di informazione), occorre, tra gli altri fattori, tenere conto dei *costi*, del *contesto* e delle *finalità* del trattamento stesso; e se (premessa minore) è vero che, nel caso concreto, il titolare *già* sostiene dei *costi* per implementare, nel *contesto* della propria attività di impresa, tecnologie di IA *al fine di* profilare l'interessato; allora (conclusione) non pare affatto eccessivo ipotizzare che, per attuare in modo efficace gli obblighi informativi prescritti dal Regolamento, il titolare sia tenuto a fare ricorso, “*by design e default*”, a quelle medesime tecnologie di cui già è dotato e a quella stessa profilazione cui già la sua attività è improntata. Tanto premesso, occorre a questo punto comprendere un poco più nel dettaglio come la profilazione algoritmica possa effettivamente contribuire ad una più efficace implementazione degli obblighi informativi.

In linea generale, l'idea avanzata in letteratura è invero, alla luce dei discorsi che già sono stati ampiamente svolti, piuttosto semplice: la profilazione può essere utilmente impiegata per individuare e quindi mettere in maggiore evidenza<sup>540</sup> quelle informazioni che, appunto, sulla base del profilo del destinatario dell'informativa, risultano per il medesimo più rilevanti.<sup>541</sup> Come efficacemente spiegato, infatti, «*not everything is equally important for everyone. Against this backdrop, personalization could tailor the salience of certain items [...] to the individual disclosee*»<sup>542</sup>.

---

<sup>540</sup> Attraverso, ad esempio, l'utilizzo di un diverso colore o di un differente carattere di maggiori dimensioni.

<sup>541</sup> Cfr., tra gli altri, A. PORAT, L.J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, cit., p. 1470 ss.; P. HACKER, *Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates*, cit., p. 666 ss.; C. BUSCH, *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, cit., p. 314 ss. Tutti gli autori richiamati focalizzano specialmente l'attenzione sull'informativa di cui al diritto dei consumatori; ma, evidentemente, le considerazioni svolte possono facilmente essere applicate anche all'informativa prevista dal GDPR.

<sup>542</sup> P. HACKER, *Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates*, cit., p. 667.

Numerosi sono gli esempi che vengono proposti guardando alle informative che devono essere fornite nei diversi settori dell'ordinamento. Tra questi: i) rispetto alle informazioni da dare all'investitore in strumenti finanziari, la profilazione algoritmica, si rileva, può portare a conoscere i tipi di rischi ai quali egli è, per le sue personali condizioni, particolarmente esposto; ne seguirà una speciale segnalazione all'investitore medesimo;<sup>543</sup> ii) in merito all'informazione che deve essere data al consumatore circa la possibilità di esercitare entro il termine di 14 giorni il diritto di recesso nel caso di contratto concluso a distanza, l'analisi algoritmica dei dati a disposizione dell'impresa può condurre ad individuare i soggetti più inclini a richiedere il recesso oltre il termine; ne seguirà, per costoro, una messa in evidenza, al momento della resa dell'informativa, del termine medesimo;<sup>544</sup> iii) ancora, circa le informazioni relative agli ingredienti dei prodotti alimentari, la profilazione può consentire di mettere in particolare rilievo alcuni componenti dei prodotti medesimi che, rispetto ad altri, il profilato, alla luce di sue peculiari esigenze, ha necessità o maggiore interesse a conoscere come presenti.<sup>545</sup>

La stessa logica può dunque essere agilmente applicata anche alla informativa sul trattamento dei dati personali. Dalla profilazione dell'interessato potrebbe, ad esempio, emergere una particolare "sensibilità" al fatto che i suoi dati siano condivisi con soggetti terzi (cfr. art. 13, par. 1, lett. e), GDPR), o siano trasferiti in un altro paese (cfr. art. 13, par.1, lett. f), GDPR), o, ancora, siano conservati per un periodo di tempo percepito come eccessivo (cfr. art. 13, par. 2, lett. a), GDPR): tali informazioni, di maggiore interesse rispetto ad altre per lo specifico destinatario delle stesse, saranno allora messe in maggiore evidenza.

---

<sup>543</sup> F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, cit., p. 223.

<sup>544</sup> P. HACKER, *Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates*, cit., p. 669, il quale riporta peraltro che «Amazon, for example, is already storing such information about its clients, and could be required to tailor the salience of deadlines along a metric of 'withdrawal diligence'».

<sup>545</sup> A. PORAT, L.J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, cit., p. 1474. Si pensi al caso di chi, per allergie o per motivi di carattere religioso, non possa o non intenda consumare taluni prodotti.

Inoltre, e sotto una diversa prospettiva, la profilazione potrebbe, poi, essere di particolare aiuto anche per una più efficace implementazione dell'obbligo di rendere quella specifica informazione – di diretta rilevanza rispetto ai discorsi che si vanno conducendo – relativa alla “*logica utilizzata*” nel trattamento automatizzato, ovvero alla logica sottostante il processo stesso di profilazione (cfr. art. 13, par. 2, lett. f), GDPR).

Ora, rinviando ad un momento successivo per una più dettagliata analisi del significato che si ritiene debba essere attribuito alla locuzione «informazioni significative sulla logica utilizzata» impiegata dall'art. 13, par. 2, lett. f), GDPR,<sup>546</sup> secondo la tesi sostenuta da Gianclaudio Malgieri e Giovanni Comandé<sup>547</sup>, ai sensi della richiamata disposizione, l'interessato deve poter conoscere, oltre a quello che riguarda l'«implementazione» dell'algoritmo, ovvero l'utilizzo che di esso viene fatto in uno certo specifico contesto, anche la sua «architettura», ovvero la sua operatività e, quindi, tra gli altri elementi, deve poter conoscere: su quali dati l'algoritmo ha svolto la c.d. fase di apprendimento, quali dati dello stesso interessato sono elaborati e quali sono i parametri attraverso i quali i dati medesimi vengono “pesati” ai fini della finale elaborazione del profilo.<sup>548</sup>

Ebbene, per un più efficace adempimento di tale obbligo informativo, ad ausilio e supporto di una (meno efficace) astratta descrizione circa il generale funzionamento del processo profilatorio, si può immaginare la predisposizione di una “pagina dedicata”, di una “*dashboard*”<sup>549</sup> che consenta di visualizzare e

---

<sup>546</sup> V. *infra*, § 12.

<sup>547</sup> G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 258 ss., su cui già anche *supra*, cap. I, § 14.

<sup>548</sup> *Ibidem*.

<sup>549</sup> «*a highly customisable and attractive interface through which one can communicate in real-time with the data controller, as a kind of 'personal data customer service', embedded in the digital service's smart app*»; così A. BERNES, *Enhancing Transparency of Data Processing and Data Subject's Rights Through Technical Tools: The PIMS and PDS Solution*, cit., p. 202. O ancora, nelle parole del GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, cit., p. 20, «un punto unico dal quale l'interessato può visualizzare le “informazioni sulla privacy” e gestire le proprie preferenze permettendo o impedendo al servizio in questione determinati usi dei dati che lo riguardano».

gestire “in tempo reale” tutte le categorie e le informazioni personali raccolte ed elaborate dal titolare, nonché di comprendere *come* sul piano concreto/operativo da certi dati di “*input*” si sia pervenuti ad un certo “*output*”, ovvero ad un certo profilo, per il tramite di esemplificazioni specifiche e, appunto, personalizzate, tratte dalle stesse elaborazioni compiute sui dati messi a disposizione dall’interessato.<sup>550</sup> Una simile, facilmente accessibile “area dedicata”, impostata con un *layout* volto a favorire con immediata intuitività<sup>551</sup> la comprensibilità delle informazioni li consultabili<sup>552</sup>, sarebbe altresì funzionale a garantire una più efficace esercitabilità dei diritti di accesso, rettifica e cancellazione (artt. 15 ss. GDPR<sup>553</sup>).<sup>554</sup>

Ora, rispetto a tutto quanto sin qui proposto, è tuttavia opportuno un chiarimento, scontato forse, ma cionondimeno senza dubbio utile al fine di prevenire la possibilità di un’intuitiva obiezione.

L’obiezione potrebbe essere la seguente. La personalizzazione dell’informativa operata grazie alla profilazione dell’interessato integra un’ipotesi assurda: se i) per aversi un’informativa personalizzata deve (di logica) *prima* aversi profilazione; ma ii) per aversi profilazione (anche al fine della personalizzazione dell’informativa) deve *prima* essere manifestato un

---

<sup>550</sup> Ad esempio, si può immaginare una esemplificazione del seguente tenore: «ti è stato mostrato questo annuncio pubblicitario perché, dall’analisi delle categorie di dati *x* e *y*, il sistema di IA ha inferito un tuo interesse per quel determinato bene o servizio, anche in considerazione del fatto che quello stesso bene o servizio è di interesse per altri soggetti che con te condividono, tra gli altri, i dati *w* e *z*».

<sup>551</sup> Il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, cit., p. 20, raccomanda come «preferibile incorporare una dashboard per la privacy nell’architettura preesistente di un servizio (ad es. con lo stesso design e branding del resto), perché questo favorirà l’intuitività dell’accesso e dell’uso e potrà contribuire a incoraggiare gli utenti a servirsi di queste informazioni, esattamente come farebbero con altre componenti del servizio».

<sup>552</sup> Ancora, grazie anche all’impiego di icone, diagrammi, e strumenti similari. «*An effective representation of either personal data or data processing lies, first and foremost, on the user-friendly interface and specifically on graphics. Thus, the textual form or a simple list of data collected seems a not so efficient solution. Differently, it looks appropriate to group data by different semantic categories, while also using colours, standardised icons, diagrams, percentage elements, and time intervals, along with a brief description of each type of data*»; A. BERNES, *op. loc. cit.*

<sup>553</sup> V. *supra*, cap. I, § 12.

<sup>554</sup> Cfr., anche A. BERNES, *Enhancing Transparency of Data Processing and Data Subject’s Rights Through Technical Tools: The PIMS and PDS Solution*, cit., p. 199 s.



consenso (a sua volta informato) a ciò finalizzato; iii) sembrerebbe di trovarsi all'interno di un impossibile, paradossale circolo, in un concettuale vicolo cieco, poiché, in termini inversi, come può esistere un'informativa personalizzata se deve essere prima dato un consenso informato alla stessa personalizzazione?

Il problema sollevato da tale obiezione *sarebbe* sensato *se* riferito ad un contesto che non è però quello in esame, ovvero *se* inserito in un contesto *analogico*, un contesto in cui l'informativa che viene consegnata è statica, rigida e immutabile, scolpita sulla carta stampata, è quella una volta per tutte. Tale obiezione, diversamente, perde di senso laddove riferita al contesto in cui "vive" l'informativa di cui trattasi, che è evidentemente quello *digitale*, ovvero una realtà affatto diversa, dinamica, fluida, in costante divenire. La cessione dei dati è un flusso continuo, come continua è la loro elaborazione. La profilazione è un processo in divenire, che evolve e muta diventando più granulare all'aumentare dei dati. E così anche l'informativa, la quale non è affatto immutabilmente scolpita su carta. Anche questa è invece "naturalmente" destinata, in tale contesto, ad evolvere: la prima volta che sarà manifestato il consenso, l'interessato si vedrà consegnata un'informativa inevitabilmente standardizzata, "neutra"; ma a mano a mano che i suoi dati personali verranno processati ed il suo profilo acquisirà maggiore dettaglio, la stessa informativa (sempre digitalmente a disposizione dell'interessato, per via intuitiva ed agilmente accessibile) conoscerà una progressivamente maggiore personalizzazione.<sup>555</sup>

Un'obiezione invece decisamente più sostanziale a quanto sin qui immaginato, ovvero all'idea della possibilità di implementare un'informativa personalizzata sulla base della profilazione del destinatario della medesima, è direttamente connessa al più volte evocato tema problematico che sarà oggetto del prosieguo

---

<sup>555</sup> «*Personalized disclosures should be conceived as a dynamic and "learning" system in the sense that the content of the information can change over time. In such a dynamic system, the relevance of the information can continuously be improved*»; così C. BUSCH, *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, cit., p. 324.

della trattazione: come può proporsi il ricorso alla profilazione algoritmica quale “cura” al problema del consenso informato, se, a monte, la profilazione stessa presenta un fondamentale problema, quello della *(in)spiegabilità* dei suoi meccanismi di funzionamento, bisognevole di cura a sua volta?

## SEZIONE II IL PROBLEMA DELLA SPIEGABILITÀ. IL DIRITTO PER LA TECNOLOGIA.

### 8. La necessità di una spiegazione.

Nel paragrafo di introduzione al presente conclusivo capitolo della ricerca si è evidenziato come i due momenti critici in cui si situa il problema della mancanza di consapevolezza dell'interessato circa il processo di profilazione che lo riguarda siano i) quello del consenso che viene dato alla raccolta dei dati personali e alla loro elaborazione e ii) quello che attiene proprio a quest'ultima elaborazione, ovvero al momento dell'analisi dei dati sfociante nel profilo.

Del consenso ci si è occupati. Occorre ora volgere lo sguardo al tema della comprensibilità di ciò che avviene “*dopo*”.

Invero, quello della comprensibilità e spiegabilità dei processi di elaborazione algoritmica costituisce un nodo problematico che, seppur diversamente, incide tanto sulla posizione dell'interessato dal trattamento, quanto sugli interessi del titolare. Il primo, infatti, finché non comprende “come funziona” il processo che conduce al profilo, non può dirsi esercitare una volontà consapevole<sup>556</sup>, e finché non è messo in condizione di conoscere come da taluni dati di *input* l'algoritmo sia potuto pervenire ad un certo *output* non ha significativa possibilità di esercitare il suo diritto alla contestazione (cfr. art. 22, par. 3, GDPR); il secondo, d'altra parte, pure ha interesse ad un trasparente funzionamento del sistema di IA di cui si avvale, poiché la comprensibilità di

---

<sup>556</sup> Cfr. le cristalline parole di una recente pronunzia della Corte di Cassazione, per cui «in tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati»; così Cass. civ., 25 maggio 2021, n. 14381, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 6, p. 1001, con nota di F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso “Mevaluate”*, p. 1005.

quest'ultimo costituisce condizione per poterne valutare le *performance*, l'accuratezza predittiva.<sup>557</sup>

Per la varietà degli interessi coinvolti, il tema della “*explainability*” dei processi decisionali algoritmici è decisamente ricorrente e più che frequentemente invocato, tanto nei discorsi della dottrina<sup>558</sup> quanto nelle sedi istituzionali<sup>559</sup>, come una questione che richiede urgente soluzione.

Ancora, si tratta di un tema che, prima di entrare nell'ambito di interesse del giurista e del regolatore eurounitario, ha occupato e tuttora occupa altresì le

---

<sup>557</sup> Cfr. L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law and Technology Review*, 2017, p. 54: «*ML [Machine Learning] explanations are not just good for decision subjects but for system designers too. Such systems often do not work perfectly at the time of deployment. Given their probabilistic nature, we must expect them to fail in some cases. [...] Explanations can be used to help assess the reliability of systems: for example, assessing if the correlations that are being used are spurious, non-generalisable, or simply out-of-date. These systems of feedback can help to both ensure system performance and support varying notions of quality*». V. anche G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, cit., p. 249, i quali mettono in rilievo come, a beneficio tanto dell'utilizzatore del sistema di IA quanto del destinatario della decisione automatizzata, la “leggibilità” dei sistemi medesimi consenta altresì di rilevare la presenza di eventuali meccanismi (“in senso stretto”) discriminatori.

<sup>558</sup> Come esemplificativamente sintetizzano L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for*, cit., p. 41, richiamando alcuni dei più autorevoli autori che hanno dedicato i loro studi ai temi in parola, «*Zarsky argues that the individual adversely affected by a predictive process has the right to “understand why” and frames this in familiar terms of autonomy and respect as a human being. Hildebrandt has long called for Transparency Enhancing Tools to control the impacts of profiling. Similar ideas pervade the many calls for reinstating due process in algorithmic decision making [facendo riferimento ai contributi di D.K. Citron e F. Pasquale], for respecting the right to a “human in the loop” as an aspect of human dignity and for introducing “information accountability” in the form of “policy awareness which will “make bad acts visible to all concerned”; or varied similar ideas of “algorithmic accountability”*».

<sup>559</sup> Come rilevano M. GROCHOWSKI, A. JABŁONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, in *Critical Analysis of Law*, 2021, p. 50, «*in the EU policy and legislative agenda concerning algorithms in the consumer market [...] “Trustworthiness” of AI has become one of its major themes, combining the perspective of individuals concerned with the broader prospects of AI deployment and uptake. Crucially for the present discussion, transparency is recognized consistently among the vital steps towards trustworthiness*»; cfr. i documenti ivi richiamati.

riflessioni e le ricerche degli stessi “*computer scientists*”, da tempo<sup>560</sup> impegnati nel tentativo di individuare tecniche di «*black unboxing*»<sup>561</sup>.

Riportando l’espressione ormai tralatizia coniata da Frank Pasquale, il sistema di IA è opaco, è una “*black box*”, in considerazione del fatto che, in estrema sintesi, «*we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other*»<sup>562</sup>: ciò che avviene tra l’immissione dei dati nella macchina e la restituzione finale del profilo da parte di quella è coperto da un manto di oscurità. Tali opache inferenze e oscuri processi elaborativi compiuti dall’IA non sono invero meramente difficili da comprendere per l’utente che non possiede le conoscenze e le competenze tecniche tipiche della ingegneria informatica<sup>563</sup>, poiché, più radicalmente, sono altresì di difficile (laddove non impossibile) ricostruzione anche da parte di quegli stessi ingegneri informatici che quel medesimo sistema di IA hanno programmato. L’oscurità che copre le elaborazioni algoritmiche di cui trattasi, in altri termini ancora, non è dunque di tipo meramente relativo ed estrinseco, ovvero dipendente dalle capacità di comprensione tecnica che possiede o non possiede il soggetto che richiede una spiegazione, qualificandosi piuttosto, nei casi più “estremi”, di IA più “evoluta”, come *intrinseca* al sistema stesso, il quale, elaborando senza sosta un flusso di dati immane, dispiega una logica in continua evoluzione e

---

<sup>560</sup> Ancora, cfr. L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for*, cit., p. 54, i quali, richiamando la letteratura scientifica di più di venti anni fa (A.B. TICKLE ET AL., *The Truth Will Come to Light: Directions and Challenges in Extracting the Knowledge Embedded Within Trained Artificial Neural Networks*, in *IEEE Transactions On Neural Networks*, 1998, p. 1057; J. KAY, *Scrutable adaptation: Because we can and must*, in V.P. WADE, H. ASHMAN, B. SMYTH (a cura di), *International Conference on Adaptive Hypermedia and Adaptive Web-Based Systems*, Berlino, Heidelberg, 2006, p. 18), rilevano quanto risalenti siano le preoccupazioni legate all’opacità di talune applicazioni di IA.

<sup>561</sup> Cfr. C. TABARRINI, *Comprendere la “big mind”. Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2019, p. 588.

<sup>562</sup> F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, London, 2015, p. 3.

<sup>563</sup> Come, infatti, rileva J. BURRELL, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 4, l’opacità che connota le elaborazioni in parola è in primo luogo attribuibile ad una «*technical illiteracy*» del soggetto destinatario delle medesime, per la semplice considerazione per cui «*writing (and reading) code and the design of algorithms is a specialized skill. It remains inaccessible to the majority of the population*».

adattamento che sfugge alle capacità di comprensione del medesimo soggetto che le competenze tecniche invece possiede: come rilevato in letteratura, il problema di fondo non sono né la quantità di dati né il “codice” informatico in se stessi, ma la combinazione dei due elementi; il problema è l’algoritmo «*in action*», che lavorando su un numero di dati costantemente in aumento “apprende” ed evolve in autonomia la sua stessa logica di funzionamento.<sup>564</sup>

Ora, come osservato da Enza Pellecchia, «la trasparenza è sovente invocata come l’antidoto alla opacità: sembrerebbe la risposta naturale, ma la questione è più complessa»<sup>565</sup>.

E si tratta invero di questione complessa perché occorre in via preliminare intendersi sul significato di “trasparenza”. Deve, per potersi definire il sistema di IA “trasparente”, essere compresa o (perlomeno) comprensibile la “logica interna” del suo funzionamento? O può ritenersi invece sufficiente – anche alla luce delle rilevate difficoltà che si incontrano nella ricostruzione della “logica algoritmica”<sup>566</sup> – il potersi conoscere e l’aver accesso ai soli elementi “esterni”, e quindi ai dati che vi vengono immessi e/o al c.d. “codice sorgente”

---

<sup>564</sup> «[...] there are certain challenges of scale and complexity that are distinctive to machine learning algorithms. These challenges relate not simply to total number of lines or pages of code, the number of team members on the engineering team, and the multitude of interlinkages between modules or subroutines. These are challenges not just of reading and comprehending code, but being able to understand the algorithm in action, operating on data. [...] Machine learning in particular is often described as suffering from the ‘curse of dimensionality’. In a ‘Big Data’ era, billions or trillions of data examples and thousands or tens of thousands of properties of the data (termed ‘features’ in machine learning) may be analyzed. The internal decision logic of the algorithm is altered as it ‘learns’ on training data. [...]. While datasets may be extremely large but possible to comprehend and code may be written with clarity, the interplay between the two in the mechanism of the algorithm is what yields the complexity»; ID., p. 5.

<sup>565</sup> E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1217.

<sup>566</sup> Decisamente lontana da quella dell’essere umano. Come ancora, infatti, efficacemente rileva, attraverso una serie di esempi concreti di applicazioni di *machine learning*, J. BURRELL, *How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., p. 5 ss., l’algoritmo “pensa” e “apprende” compiendo inferenze che non corrispondono affatto alle strutture del pensiero dell’essere umano. Sul punto, si rinvia altresì a quanto già *supra* riportato, al cap. I, § 8, ove si è in particolare rilevato come nel contesto dell’analisi algoritmica *big data* le correlazioni tra dati individuate dall’IA non siano ricostruibili nei tradizionali termini di rapporti “causa-effetto”.

che istruisce l'algoritmo? Occorre avere accesso a tutti i dati o è possibile (nonché opportuno) operarne una selezione?

In altri termini ancora, se, come già rilevato,<sup>567</sup> un “diritto alla spiegazione” deve, nonostante le (pur autorevoli) critiche mosse da alcuni autori,<sup>568</sup> ritenersi invocabile da parte del soggetto interessato da un trattamento di profilazione, necessita tuttavia, prima di confrontarsi con il problema della “spiegabilità”, ovvero della *possibilità* di rendere all'interessato medesimo tale spiegazione, intendersi circa il significato da attribuire a quest'ultima.<sup>569</sup>

Ebbene, la risposta a tale interrogativo non può che essere variabile, dipendendo, in definitiva, da due fattori.

Il primo riguarda il *momento* in cui la spiegazione richiede di essere data, dovendosi distinguere a seconda che questa sia resa prima oppure dopo che il trattamento di profilazione abbia avuto luogo: evidentemente, infatti, una cosa è fornire informazioni in merito ad un trattamento che deve ancora svolgersi, un'altra è dare conto del risultato cui è pervenuto un trattamento che già si è svolto.

Il secondo attiene invece alle *finalità* per le quali una spiegazione è imposta. Se nel primo caso, ovvero prima che la profilazione venga operata, l'esigenza cui vuole rispondere la resa delle informazioni relative al funzionamento del trattamento medesimo coincide, come già ampiamente rilevato, con la necessità di garantire che l'interessato possa dirsi in grado di adottare una scelta consapevole nel momento in cui acconsente a farsi profilare; nel secondo caso, ovvero a trattamento svolto, quando l'interessato già profilato sia

---

<sup>567</sup> Cfr., *supra*, cap. I, § 13.

<sup>568</sup> S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, p. 1 ss.

<sup>569</sup> Invero, anche chi nega che dalla disciplina di cui al GDPR possa interpretativamente ricavarsi l'esistenza in capo all'interessato di un vero e proprio diritto alla spiegazione dei processi decisionali automatizzati che lo riguardano riconosce nondimeno l'opportunità che una spiegazione possa essere resa, argomentando al contempo come, tuttavia, tale medesima spiegazione non necessiti la comprensibilità delle logiche interne di funzionamento dell'algoritmo (sul punto, *infra*, § 10); cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening The Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, p. 842.

risultato destinatario di una decisione che abbia inciso sulla sua situazione, la spiegazione deve invece ritenersi funzionale alla possibilità di contestare quest'ultima.

È dunque alla luce di tali due coordinate che nel prosieguo si cercherà di definire i caratteri specifici che, si ritiene, una spiegazione debba presentare per potersi accettare come tale.

Di lì, individuati i requisiti che definiscono la spiegazione che deve poter essere resa al profilando/profilato, sarà conseguentemente agevole constatare l'inaccettabilità di un trattamento rispetto al quale una simile spiegazione non possa essere garantita.

## **9. Alla ricerca di una spiegazione. Il rigetto della tesi giurisprudenziale che configura un diritto di accesso al c.d. "codice sorgente".**

Secondo una prima posizione, adottata in particolare da una certa giurisprudenza amministrativa<sup>570</sup>, l'esigenza di trasparenza e di spiegazione dei

---

<sup>570</sup> V., *ex multis*, Tar Lazio, 21 marzo 2017 n. 3742, in *Foro amm.*, 2017, p. 741; Tar Lazio, 22 marzo 2017 n. 3769, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 647; Tar Sicilia, 10 gennaio 2019, n. 22, in *Pluris.it*; Tar Lazio, 18 dicembre 2020, n. 13692, in *Dir. Internet*, 2021, p. 573. Sostanzialmente diversa sembrerebbe invece la posizione adottata dal Consiglio di Stato, la quale invero più si avvicina alle soluzioni che verranno più avanti suggerite: nel sancire la necessità di conoscibilità del «meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata», infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato non si limita a dichiarare l'accessibilità al c.d. "codice sorgente", imponendo invece, più incisivamente, che «tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in *tutti gli aspetti*: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al *meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti*» (enfasi aggiunta); così Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Dir. Internet*, 2019, p. 377, formula questa poi tratteggiata e ripresa in Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.*, 2020, 6, III, 340 e in Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881, in *De Jure*. Sulla citata giurisprudenza amministrativa e, più in generale, sulle problematiche legate al ricorso da parte della p.a. a procedure automatizzate, cfr., tra i molti: S. CRISCI, *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei procedimenti "algoritmici"*, in *Dir. Internet*, 2019, p. 380 ss.; E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. Un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, p. 979 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 199 ss.; C. TABARRINI, *Comprendere la "big mind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, cit., spec. p. 581 ss.; F. BRAVO, *Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional Balancing of Interests?*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, p. 157 ss.; ID., *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Diritto*



trattamenti automatizzati troverebbe soddisfazione attraverso l'accesso al c.d. "codice sorgente" dell'algoritmo.

A prima vista, potrebbe apparire come una soluzione senza dubbio funzionale. Se, infatti, il "codice sorgente" è costituito dall'«insieme di istruzioni (scritte in uno specifico linguaggio di programmazione [...]), necessarie per far eseguire alla macchina un determinato algoritmo»<sup>571</sup>, il disvelamento di questo parrebbe invero esattamente capace di rispondere all'interesse della conoscibilità della «logica utilizzata» (cfr. artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. h), GDPR) nel corso del processo decisionale automatizzato.

Ad un più attento esame, tuttavia, quella dell'accesso alle "istruzioni di funzionamento" dell'algoritmo di cui al codice sorgente rappresenta una soluzione che non soltanto non può essere accettata, ma nemmeno è opportuno adottare. E ciò per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo – e perciò si tratta di soluzione non accettabile – la rivelazione del codice in parola si pone in palese violazione del diritto di proprietà intellettuale.<sup>572</sup>

---

*dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, p. 693 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 271 ss.; E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, p. 169 ss.; M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nell'attività amministrativa discrezionale*, in *Il diritto degli affari*, 2020, p. 1 ss.; A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1738 ss.; C. STRINATI, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amm.*, 2020, p. 5191 ss.

<sup>571</sup> F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso "Mevaluate"*, cit., p. 1018, il quale chiaramente spiega altresì la differenza rispetto alla vicina nozione di algoritmo: «L'algoritmo, diversamente dal codice sorgente, è invece da individuare nell'insieme di istruzioni logiche univoche volte al raggiungimento di un determinato risultato, a prescindere dalla forma espressiva con cui le medesime istruzioni sono tradotte: sicché la traduzione di tali istruzioni nel linguaggio di programmazione costituisce il codice sorgente del programma informatico, mentre le istruzioni logiche da trasporre in un determinato codice sorgente costituiscono l'algoritmo. Ne deriva che, di fronte ad un medesimo algoritmo, possono essere sviluppati diversi codici sorgenti, con lo stesso linguaggio di programmazione o con linguaggi di programmazione tra loro diversi» (*ibidem*), ulteriormente poi chiarendo in nota: «Ciascun "codice sorgente", attraverso la procedura tecnica nota come "compilazione" del *software*, viene poi solitamente trasformato in "codice oggetto", eseguibile direttamente dalla macchina, in quanto trasposto in forma binaria "comprensibile" dai circuiti dell'elaboratore elettronico».

<sup>572</sup> Cfr. C. TABARRINI, *Comprendere la "big mind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, cit., spec. p. 567 ss.; F. BRAVO, *Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional*

In questo senso pare esprimersi lo stesso GDPR, laddove, al considerando 63, dopo avere ribadito l'esistenza di un diritto dell'interessato a «conoscere e ottenere comunicazioni in particolare in relazione [...] alla logica cui risponde qualsiasi trattamento automatizzato dei dati», specifica tuttavia che la realizzazione di «tale diritto non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il *software*». In altri termini, se da tali indicazioni si può agilmente inferire la necessità di trovare un giusto equilibrio nel temperamento degli opposti interessi facenti capo, dall'un lato, all'interessato che vuole conoscere la logica in virtù della quale l'algoritmo opera e, dall'altro lato, al titolare del diritto di proprietà intellettuale che vuole invece mantenere la segretezza del codice che quell'algoritmo istruisce, la possibilità rappresentata dal disvelamento del codice medesimo si risolve in una evidente negazione del secondo in favore del primo. In altre parole ancora, come efficacemente osservato da un autore<sup>573</sup>, la soluzione in esame pare chiaramente porsi in contrasto con «il principio di proporzionalità, inteso in senso lato come comprensivo anche del principio di necessità»: se, infatti, in termini generali, nell'effettuare un bilanciamento tra contrapposti diritti «occorre adottare la soluzione che comporta il sacrificio minore per il diritto che si intende comprimere, senza che quest'ultimo risulti vanificato del tutto», avendo quindi cura che esso «venga limitato solamente nella misura strettamente necessaria a consentire la soddisfazione del contrapposto interesse» e dunque verificando «che, tra le varie misure tutte egualmente idonee a perseguire il fine dichiarato [...] venga adottata quella che impone il sacrificio minore per il diritto che si intende limitare»; ebbene, nei termini specifici della questione in oggetto, la soluzione rappresentata dalla divulgazione del codice sorgente finisce «per imporre al titolare dei diritti di proprietà intellettuale sul *software* un irrimediabile sacrificio, in grado di

---

*Balancing of Interests?*, cit., p. 157 ss.; ID., *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, cit., p. 693 ss.

<sup>573</sup> F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, cit., p. 715 s.

svuotare completamente l'essenza stessa del diritto medesimo [...] senza indagare se il diritto di accesso possa essere soddisfatto con l'ostensione di un *set* informativo diverso dall'insieme delle istruzioni in linguaggio di programmazione in cui si sostanzia il codice sorgente».

Tale drastica compressione del diritto d'autore appare invero ancor più irragionevole laddove si consideri che tale medesimo sacrificio non risulta fattualmente funzionale al soddisfacimento del contrapposto interesse del profilato a conoscere la logica utilizzata nel processo automatizzato. Di qui, le ulteriori due ragioni in virtù delle quali, come sopra si diceva, quella dell'accesso alle “istruzioni di funzionamento” dell'algoritmo rappresentate dal codice sorgente costituisce una soluzione non soltanto non accettabile, ma nemmeno opportuna, in quanto non effettivamente utile a garantire la spiegabilità.

In primo luogo, infatti, come già riportato, le istruzioni in cui consiste il codice sono formulate in “linguaggio di programmazione”, un linguaggio, cioè, che nulla ha del “linguaggio naturale” e che pertanto risulta del tutto incomprensibile da parte di chi non possiede le specifiche competenze tecnico-informatiche necessarie a tradurlo.<sup>574</sup> Richiamando la dicotomia sopra tracciata tra spiegazione *ante*-trattamento e spiegazione *post*-trattamento e le diverse finalità che le stesse sono chiamate a soddisfare, più che evidente appare, allora, in una prospettiva *ex ante*, la completa inutilità di una *disclosure*, la quale, sostanziandosi in una serie di incomprensibili “righe di codice”, lungi dal rispondere ai canoni della intellegibilità, semplicità e chiarezza (cfr. art. 12 GDPR), non è evidentemente in grado di informare l'interessato e di supportare per tale via la consapevolezza della sua scelta in merito al trattamento di profilazione cui è chiamato a prestare consenso.

In secondo luogo, anche a volere ipotizzare che l'interessato sia in grado di comprendere le informazioni ricavabili dal disvelamento del codice sorgente, deve comunque constatarsi in una prospettiva *ex post*, rispetto alla quale, come

---

<sup>574</sup> ID., p. 706.

detto, la finalità della spiegazione è precipuamente quella della possibilità di contestazione della decisione automatizzata, l'inutilità dell'accessibilità al codice, incapace invero di dare soddisfazione a quella medesima finalità perché, in definitiva, incapace di dare una spiegazione a quella funzionale. E questo per la semplice ragione che il codice sorgente non è in grado di per sé di offrire delucidazioni in merito ai processi logici che hanno condotto l'algoritmo ad una certa decisione; esso non riesce a dare conto delle inferenze specifiche che da taluni dati di *input* hanno portato ad uno specifico *output*. Come efficacemente osservato, infatti, il codice, in sintesi, «da solo rivela molto poco, poiché espone solo il *metodo di apprendimento* automatico utilizzato e non *la regola di decisione* basata sui dati», la quale «emerge automaticamente dai dati specifici in analisi»<sup>575</sup>. Insomma, un conto sono le “istruzioni” che il programmatore impartisce all'algoritmo prima che questo inizi la sua opera di elaborazione dei dati, un conto sono le inferenze che l'algoritmo compie nel corso di quella elaborazione: rispetto a tali inferenze, le quali – come a più riprese si è avuto modo di osservare – rispondono ad una logica in continua e autonoma evoluzione a mano a mano che aumenta la mole di dati elaborati, la conoscenza del codice sorgente non ha nessuna utilità.

#### **10. *Segue. L'insufficienza di una «spiegazione controfattuale».***

Sul duplice presupposto in forza del quale né, sul piano normativo, il GDPR imporrebbe una spiegazione relativa alla logica interna di funzionamento dell'algoritmo di IA,<sup>576</sup> né, sul piano fattuale, l'interessato da un processo

---

<sup>575</sup> E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, cit., p. 1218 (enfasi aggiunta). Cfr. anche F. BRAVO, *op. loc. ult. cit.*: «le istruzioni con cui vengono scritti i programmi utilizzati per l'adozione di decisioni automatizzate non seguono una “logica lineare”, ma modelli “euristici” basati su “sistemi esperti” o su reti “neurali”: dovendo gestire quella che viene definita “un'esplosione combinatoria”, forniscono “meta-regole” o altre strategie di funzionamento che consentono al *software* di *decision-making* [...] di raggiungere soluzioni non predeterminabili sulla base delle sole istruzioni contenute nel codice sorgente».

<sup>576</sup> S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., spec. p. 863 ss.

decisionale automatizzato trarrebbe da quest'ultima effettivo beneficio, volendo egli piuttosto una spiegazione afferente soltanto alla specifica decisione di cui è risultato destinatario e, più in particolare, capace di dare conto del perché l'esito del medesimo processo automatizzato non sia stato a lui favorevole,<sup>577</sup> alcuna autorevole dottrina straniera ha argomentato che integrerebbe una spiegazione necessaria e sufficiente la c.d. spiegazione "controfattuale".<sup>578</sup>

Prima di confutare tale posizione, da ritenersi in definitiva insoddisfacente, è evidentemente opportuno richiamarne, seppur sinteticamente, i fondamentali. I concetti chiave su cui la spiegazione controfattuale è costruita sono quelli del «più vicino dei mondi possibili» e del «più piccolo cambiamento» necessario a determinarlo<sup>579</sup>: l'idea è che al soggetto interessato sia data la possibilità di sapere quale dato avrebbe dovuto essere differente affinché l'algoritmo pervenisse a determinare l'esito da egli voluto. L'esempio proposto dagli autori chiarirà senza dubbio meglio il concetto: «*Counterfactual explanations take a similar form to the statement: You were denied a loan because your annual income was £30,000. If your income had been £45,000, you would have been offered a loan*»<sup>580</sup>.

Il punto focale del discorso, nella prospettiva adottata da tale dottrina, è costituito dalla considerazione secondo la quale è necessario "bypassare" -

---

<sup>577</sup> ID., *passim*; ID., *Explaining Explanations in AI*, in *Proceedings of the Conference on fairness, accountability, and transparency*, 2019, p. 279 ss. e spec. p. 283, ove, riportando i risultati delle ricerche empiriche condotte da T. MILLER, *Explanation in Artificial Intelligence: insights from the social sciences*, in *Artificial intelligence*, 2018, p. 1 ss., gli autori sostengono che gli individui «*psychologically prefer contrastive explanations*», «*that is, people do not ask why event P happened, but rather why event P happened instead of some event Q*».

<sup>578</sup> Di nuovo, cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., p. 841 ss.

<sup>579</sup> Nelle parole degli autori, «*closest possible world*» e «*smallest change to the world that can be made to obtain a desirable outcome*» (ID., p. 845).

<sup>580</sup> ID., p. 844. E ancora, a p. 848: «*Score p was returned because variables V had values (v1, v2, ...) associated with them. If V instead had values (v1', v2', ...), and all other variables had remained constant, score p' would have been returned. While many such explanations are possible, an ideal counterfactual explanation would alter values as little as possible and represent a closest world under which score p' is returned instead of p. The notion of a "closest possible world" is thus implicit in our definition*».

ovvero, letteralmente, superare evitandolo - il problema della “apertura” della *black box* algoritmica: la spiegazione controfattuale consentirebbe esattamente di raggiungere tale obiettivo.<sup>581</sup>

Se, spiegano gli autori, «*in the existing literature, “explanation” typically refers to an attempt to convey the internal state or logic of an algorithm that leads to a decision*», diversamente tale tipologia di spiegazione da essi avanzata «*describes a dependency on the external facts that led to that decision*»<sup>582</sup>. Ancora, rilevando come i «*machine learning methods make decisions based upon deep networks that compose together functions more than a thousand times and with more than ten million parameters controlling their behaviour*», e che, conseguentemente, «*it remains unclear whether “human-comprehensible meaningful information” about the logic involved in a particular decision can ever exist, let alone whether such information could be meaningfully conveyed to non-experts*»<sup>583</sup>, si decide di abbandonare il tentativo di comprendere la *logica interna* seguita dall’algoritmo in favore di una spiegazione che si limiti a dare conto dei *fattori esterni* che richiederebbero di essere modificati per pervenire al risultato voluto<sup>584</sup>; ovvero, di affrancarsi dalla pretesa di ricostruire la catena inferenziale che ha condotto l’algoritmo ad un certo esito per fornire invece le «minime informazioni necessarie ad alterarlo»<sup>585</sup>.

In altri termini e in sintesi, non sarebbe necessario, nel pensiero degli autori, sapere come e perché, “dall’interno”, a partire da taluni dati di *input* il sistema

---

<sup>581</sup> ID., *passim*.

<sup>582</sup> ID., p. 845 (enfasi aggiunta).

<sup>583</sup> ID., p. 860 s.

<sup>584</sup> «*Unlike existing approaches that try to provide insight into the internal logic of black box algorithms, counterfactual explanations do not attempt to clarify how decisions are made internally. Instead, they provide insight into which external facts could be different in order to arrive at a desired outcome*»; ID., p. 880.

<sup>585</sup> ID., p. 851, ove peraltro si osserva come già nella letteratura di *machine learning* siano note (e pertanto senza dubbio implementabili) le tecniche a ciò deputate e che vanno sotto il nome di “*Adversarial Perturbations*”: «*In these works, algorithms capable of computing counterfactuals are used to confuse existing classifiers by generating a synthetic data point close to an existing one such that the new synthetic data point is classified differently than the original one*».

di IA sia giunto a decidere nel modo in cui ha deciso, essendo piuttosto sufficiente conoscere quale dato, “dall’esterno”, modificare affinché il sistema medesimo possa giungere a decidere diversamente.

Ebbene, come già anticipato, una simile impostazione del problema oggetto di disamina deve essere in definitiva rigettata in quanto evidentemente insufficiente a dare soddisfazione agli interessi sottesi all’esigenza di spiegazione di cui si è detto.

In primo luogo, infatti, il metodo “controfattuale”, riferendosi esclusivamente ad una *già presa* decisione automatizzata e adottando quindi una prospettiva che è per definizione *ex post*, non può certamente dirsi funzionale a garantire all’interessato quella comprensione circa i meccanismi di funzionamento del processo di profilazione che, in una prospettiva *ex ante*, costituisce invece, come detto, presupposto necessario affinché egli sia posto in condizione di adottare una scelta consapevole proprio nel momento in cui, appunto, acconsente a farsi profilare, e dunque *prima* che il trattamento medesimo venga svolto.<sup>586</sup>

Ma la spiegazione controfattuale deve, in secondo luogo, reputarsi insoddisfacente anche rispetto agli interessi che la medesima vorrebbe garantire nella programmatica prospettiva *ex post* che viene dagli autori adottata. Anzitutto, se è certamente vero che una simile spiegazione può consentire all’interessato di conoscere quale dato “esterno” modificare in modo da poter alterare il risultato delle elaborazioni algoritmiche per pervenire all’esito voluto, non è detto tuttavia che tale informazione sia in effetti utile, specialmente laddove il dato in questione non possa affatto o comunque non

---

<sup>586</sup> D’altra parte, invero, gli autori sostengono che la spiegazione invocata dal GDPR, di cui si trova espressa menzione nel solo considerando 71, sia appunto esclusivamente riferibile ad un trattamento già svolto: «*the only clear indication is that legislators wanted to clarify that some type of explanation can voluntarily be offered after a decision has been made. This can be seen as Recital 71 separates “specific information” which should be given before a decision is made, from safeguards that apply after a decision has been made (“an explanation of the decision reached after such assessment”)*»; ID., p. 862 (enfasi nel testo).

possa agilmente essere modificato.<sup>587</sup> Emblematico in questo senso lo stesso esempio da tale dottrina proposto e già sopra riportato: in termini pratici, è di scarsa o nulla utilità per il destinatario di una decisione di diniego di un prestito sapere che la decisione medesima potrebbe essere capovolta se solo il suo reddito fosse più elevato.

Per quanto poi attiene alla possibilità di contestazione, di nuovo si pone il problema del caso in cui il dato indicato dalla spiegazione controfattuale ben potrebbe essere corretto e quindi non contestabile. Immediata potrebbe essere la replica: ciò non costituisce affatto un problema, poiché non per forza la decisione deve essere contestabile; in altre parole, se il dato non è erroneo il problema non sussiste, poiché la decisione è, banalmente, da ritenersi corretta. Il ragionamento così impostato è tuttavia fallace in quanto fondato sull'assunto in forza del quale *il dato* di cui alla spiegazione controfattuale sia *l'unico* dato che sia stato determinante per la decisione. E questo, come dovrebbe ormai risultare evidente dai discorsi affrontati nel corso del presente studio, è quantomai lontano dall'essere un assunto valido. La spiegazione in parola, in altri termini, limitandosi a segnalare quale dato può, se modificato, condurre ad un differente esito, omette di dare conto del *complesso* di dati e di inferenze che hanno portato l'algoritmo a decidere nel modo in cui ha deciso;<sup>588</sup> apprendo

---

<sup>587</sup> E questo viene in effetti riconosciuto come limite dagli stessi autori, i quali propongono come "correttivo" la possibilità di ricorrere a multiple, alternative spiegazioni controfattuali: «*The downside to this is that individual counterfactuals may be overly restrictive. A single counterfactual may show how a decision is based on certain data that is both correct and unable to be altered by the data subject before future decisions, even if other data exist that could be amended for a favourable outcome. This problem could be resolved by offering multiple diverse counterfactual explanations to the data subject*»; ID., p. 851.

<sup>588</sup> Cfr. C. TABARRINI, *Comprendere la "big mind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, cit., p. 579. V. anche ID., *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (a cura di), *Privacy and Data Protection in Software Services*, cit., p. 219: «*This parameter will intuitively be far from the most significant to unveil the inner logic followed by the machine or to ascertain whether there are grounds to contest it. Indeed, this counterfactual explanation would not allow data subjects to know which of all the variables used by the AI system to reach the automated decision weighted the most in their specific case, but only the one the recipient could most easily use to change the algorithmic output*».



una finestra sul “più vicino dei mondi possibili”, non si preoccupa, a bene vedere, di *effettivamente spiegare il perché* “del mondo attuale”.

In sintesi, non può all’evidenza ritenersi assurgere a “spiegazione” la mera informazione circa quale dato di *input* modificare per pervenire ad un diverso *output*: una “spiegazione”, diversamente, deve implicare la possibilità di comprendere (e quindi eventualmente contestare) quali “percorsi” siano stati compiuti per pervenire a quella certa determinazione, sulla base di quali dati e di quali inferenze su quei dati compiute l’algoritmo abbia deciso nel modo in cui ha deciso.

Non pare, insomma, di potersi prescindere dall’apertura della *black box* e dalla comprensibilità, dunque, della “logica interna” seguita dal sistema di IA.

### **11. *Segue. La sentenza della Cassazione n. 14381/2021 e la conoscibilità dello «schema esecutivo dell’algoritmo».***

Che vi sia necessità di penetrare la “logica interna” dell’algoritmo è stato anche affermato a chiare lettere in un recente approdo della Corte di Cassazione.<sup>589</sup>

Per la stretta vicinanza con i temi trattati, merita di ricostruirsi il caso.

Nel 2015 l’Associazione Mevaluate Onlus chiedeva, conformemente alla disciplina previgente al GDPR, autorizzazione al Garante per la protezione dei dati personali per procedere alla realizzazione di una «piattaforma *web* preordinata all’elaborazione di profili reputazionali concernenti persone fisiche e giuridiche. Il sistema, volto anzitutto a contrastare fenomeni basati sulla creazione di profili reputazionali ‘artefatti’ o ‘inveritieri’», avrebbe permesso – nelle parole dell’Associazione – «di calcolare in maniera imparziale, affidabile e oggettivamente misurabile il ‘rating reputazionale’ dei soggetti censiti, sì da consentire a eventuali terzi di poter verificare la loro reale credibilità»<sup>590</sup>. Il processo di valutazione degli interessati avrebbe preso avvio dal volontario caricamento sulla piattaforma da parte di questi ultimi di

---

<sup>589</sup> Cass. civ., 25 maggio 2021, n. 14381, cit.

<sup>590</sup> Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 24 novembre 2016, n. 488, par. 1.2, reperibile al *link* [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

«documenti contenenti informazioni ritenute significative sul piano reputazionale». Svolta da appositi «consulenti reputazionali» una prima fase di valutazione circa la «integrità e genuinità» delle informazioni fornite direttamente dai profilandi, la vera e propria attività valutativa circa il «punteggio reputazionale» da attribuire agli interessati, volto in definitiva a «determinarne il grado di affidabilità», sarebbe invece stata svolta da «un sofisticato algoritmo matematico (in fase di asserita brevettazione)»<sup>591</sup>. Con provvedimento n. 488/2016, il Garante, constatata sotto molteplici profili la non conformità del trattamento in parola alla disciplina in materia di tutela dei dati personali, negava l'autorizzazione.<sup>592</sup>

---

<sup>591</sup> *Ibidem*, aggiungendosi: «Tale punteggio, variabile nel tempo e in funzione degli elementi trasmessi, sarebbe suddiviso in cinque *sub-rating* ("penale", "fiscale" e "civile", oltre, eventualmente, a "lavoro e impegno civile" e, limitatamente alle persone fisiche, "studi e formazione") e verrebbe reso disponibile agli altri utenti della piattaforma, in eventuale associazione ai relativi documenti "giustificativi", mediante apposite "interrogazioni" del sistema, diversamente strutturate in funzione del grado di dettaglio di volta in volta richiesto ("*query semplice*"/"*query dettagliata*")».

<sup>592</sup> Le considerazioni qui di specifico interesse, e attinenti in particolare al profilo dell'oscurità dell'algoritmo deputato alle operazioni di valutazione, verranno a breve analizzate facendo richiamo alla sentenza della Suprema Corte sopra citata. Preme, comunque, evidenziare la premessa assiologica sulla quale il Garante ha impostato il provvedimento di diniego: «pur essendo legittima, in linea di principio, l'erogazione di servizi che possano contribuire a rendere maggiormente efficienti, trasparenti e sicuri i rapporti socio-economici, si osserva che il sistema in esame presuppone la raccolta di dati personali suscettibili di incidere significativamente, per tipologia e quantità, sulla rappresentazione economica e sociale di un'ampia platea di soggetti (clienti; dipendenti; candidati; imprenditori; liberi professionisti; fornitori; cittadini; ecc.). Il "*rating*" da questo elaborato, infatti, potrebbe ripercuotersi pesantemente sulla vita (anche privata) degli individui censiti, influenzandone scelte e prospettive e condizionando la loro stessa ammissione a (o esclusione da) specifiche prestazioni, servizi o benefici; occorre, pertanto, estrema cautela nell'affrontare tematiche così delicate, anche in considerazione del fatto che la "reputazione" che si vorrebbe qui misurare, in quanto strettamente correlata alla considerazione delle persone e alla loro stessa "proiezione" sociale, risulta intimamente connessa con la loro dignità, elemento cardine della disciplina di protezione dei dati personali (art. 2 del Codice; v. anche C. Cass. 8 agosto 2013, n. 18981 secondo cui "la dignità dell'interessato [...], [in quanto] «valore sommo a cui è ispirata la legislazione sul trattamento dei dati personali» –il cui disegno è funzionale alla difesa della persona e dei suoi fondamentali diritti, [tendendo] ad impedire che l'uso, astrattamente legittimo, del dato personale avvenga con modalità tali da renderlo lesivo di quei diritti [...] – è [comunque] preminente rispetto all'iniziativa economica privata" tutelata dall'art. 41 Cost.)»»; Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 24 novembre 2016, n. 488, cit., par. 2.2.

L'Associazione Mevalute Onlus impugnava quindi il diniego davanti al Tribunale di Roma, il quale, con sentenza n. 5715/2018<sup>593</sup>, accoglieva parzialmente le doglianze della ricorrente. Per quanto qui di immediato interesse, circa i sollevati «dubbi relativi al sistema automatizzato di calcolo per la definizione del *rating* reputazionale», il Tribunale, rilevato che «l'adesione alla piattaforma da parte dei consociati comprende[va] anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale[va] di un algoritmo, per la valutazione di dati personali», dismetteva il problema relativo alla «validità della formula» di cui all'algoritmo stesso asserendo che questo riguardava, in definitiva, «il momento valutativo del procedimento, rispetto al quale [sarebbe stato] il mercato a stabilire l'efficacia e la bontà del risultato ovvero del servizio prestato dalla piattaforma»<sup>594</sup>. In estrema sintesi, a fronte di un consenso validamente prestato da parte degli interessati, consapevoli dell'esistenza di un processo decisionale automatizzato finalizzato alla elaborazione di profili reputazionali, «a dire del Tribunale, non avrebbe potuto negarsi all'autonomia privata la facoltà di organizzare sistemi di accreditamento di soggetti, fornendo servizi in senso lato 'valutativi' in vista del loro ingresso nel mercato»<sup>595</sup>.

Contro la sentenza del Tribunale, il Garante ricorreva in Cassazione. Ebbene, le sintetiche censure mosse dalla Suprema Corte nei confronti del provvedimento del giudice di primo grado investono esattamente gli interconnessi profili legati, da un lato, alla validità della manifestazione del consenso da parte dell'interessato e, dall'altro lato, alla conoscibilità del sistema automatizzato impiegato per le riportate finalità di profilazione.

Se, riporta la Corte, «il tribunale di Roma ha ritenuto legittimo il trattamento dei dati personali degli aderenti al sistema Mevalaute *perchè validato dal*

---

<sup>593</sup> Trib. Roma, 4 aprile 2018, n. 5715, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, p. 520 ss., con nota di G. GIANNONE CODIGLIONE, *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*.

<sup>594</sup> *Ibidem*, par. 5.

<sup>595</sup> Così Cass. civ., n. 14381/2021, cit.

*consenso*»<sup>596</sup>, il punto critico della decisione del giudice di prime cure risiede tuttavia nel non avere adeguatamente vagliato la sussistenza dei *presupposti di validità* di tale consenso medesimo. In particolare, il ragionamento della Corte, lineare e limpido, si snoda nei seguenti passaggi: i) tra gli altri requisiti, per potersi ritenere validamente prestato, il consenso dell'interessato deve essere espresso «liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento *'chiaramente individuato'*»<sup>597</sup>; ii) il che «presuppone che debba essere previamente informato in relazione a un trattamento *ben definito nei suoi elementi essenziali*»<sup>598</sup>; iii) laddove si tratti di trattamenti quale quello sotto esame, tale non può dirsi la mera, “nuda” accettazione di un sistema automatizzato se «non siano resi conoscibili lo *schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati*»<sup>599</sup>. In termini inversi, dunque, secondo il principio di diritto espresso dalla Corte, iv) «il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo *schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone* restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati»<sup>600</sup>.

Si è, insomma, ben lontani dalla conoscibilità del “codice sorgente” di cui alla giurisprudenza amministrativa sopra richiamata: la Cassazione richiede una conoscibilità qualitativamente differente, poiché impone che conoscibili, per potersi predicare la consapevolezza del soggetto che esprime il consenso, siano lo «schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone» e quindi, appunto e in altri termini, la logica di funzionamento del sistema di IA e gli elementi da questo assunti in analisi.<sup>601</sup>

---

<sup>596</sup> *Ibidem*, par. III (enfasi aggiunta).

<sup>597</sup> *Ibidem*, par. IV (enfasi aggiunta).

<sup>598</sup> *Ibidem*, par. VI (enfasi aggiunta).

<sup>599</sup> *Ibidem*, par. VII (enfasi aggiunta).

<sup>600</sup> *Ibidem*, par. VIII (enfasi aggiunta).

<sup>601</sup> Cfr. sul punto anche F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso "Mevaluate"*, cit., p. 1005 ss., spec. p. 1017 ss.

Sono queste pienamente condivisibili conclusioni cui già alcuna citata dottrina<sup>602</sup> era pervenuta facendo leva sulle più volte invocate previsioni di cui agli artt. 13-15 GDPR, nella parte in cui impongono al titolare del trattamento l'obbligo di fornire «*informazioni significative sulla logica utilizzata*» nei processi decisionali automatizzati ex art. 22 GDPR: muovendo dall'analisi del polisemico termine «*meaningful*» di cui alla originale versione inglese del testo, e ritenendo tale un'informazione rispondente al duplice canone della “comprensibilità” e della “completezza”,<sup>603</sup> Gianclaudio Malgieri e Giovanni Comandé già avevano sostenuto la necessità di una *disclosure* che coinvolgesse tanto l'«implementazione» dell'algoritmo, ovvero l'utilizzo che di esso viene fatto in uno specifico contesto, quanto la sua «architettura», ovvero, appunto, la sua «*inherent functionality*», comprensiva quest'ultima – in completa sintonia con quanto sancito dalla Suprema Corte – di informazioni attinenti sia al «*how the algorithm works*» (lo «schema esecutivo dell'algoritmo») sia ai «*data [which] have fed the machine-learning algorithm*» ed agli «*scoring parameters*»<sup>604</sup> («gli elementi di cui si compone»). Rigettate, in conclusione, le tesi della spiegazione tramite accesso al codice sorgente e della spiegazione controfattuale – l'una in definitiva inutile, l'altra del tutto insufficiente - e condivisa invece la posizione che impone un ingresso nella logica dell'algoritmo nei termini anzidetti, resta da comprendere come più dettagliatamente si atteggi tale conoscibilità dello «schema esecutivo» o della «architettura» dell'algoritmo, come concretizzare, tanto in una prospettiva *ex ante* quanto in un'ottica *ex post*, la resa di «informazioni significative sulla logica utilizzata».

---

<sup>602</sup> Cfr. G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, cit., spec. p. 256 ss.

<sup>603</sup> ID., p. 256 s.

<sup>604</sup> ID., p. 258 s.

## **12. *Segue.* Concretizzare la formula «informazioni significative sulla logica utilizzata».**

Come acutamente suggerito da un'autrice<sup>605</sup>, sebbene invero il GDPR non offra specifiche e utili indicazioni per riempire di concreto significato la prescrizione che impone che all'interessato siano fornite «informazioni significative sulla logica utilizzata», un ausilio in questo senso può tuttavia essere sistematicamente rinvenuto in due più recenti interventi del legislatore eurounitario: segnatamente, ci si riferisce alla Direttiva UE n. 2019/2161 (c.d. «Direttiva *omnibus*»)<sup>606</sup> e al Regolamento UE n. 2019/1150<sup>607</sup>.

Più in particolare, emendando la Direttiva UE n. 2011/83 sui diritti dei consumatori, introducendovi un nuovo art. 6 *bis*, la Direttiva *omnibus* ha previsto che «prima che un consumatore sia vincolato da un contratto a distanza, o da una corrispondente offerta, su un mercato online<sup>608</sup>, il fornitore del mercato online» debba, tra le altre, fornire al consumatore informazioni «in merito ai *principali parametri* che determinano la classificazione [...] delle offerte presentate al consumatore come un risultato della sua ricerca e all'*importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri*». Del tutto analogamente, ma guardando al rapporto intercorrente tra il «fornitore di

---

<sup>605</sup> Cfr. C. TABARRINI, *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, cit., p. 215 ss.

<sup>606</sup> Direttiva UE n. 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

<sup>607</sup> Regolamento UE n. 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

<sup>608</sup> Definito, ai sensi del nuovo art. 2, lett. m), Direttiva CE n. 2005/29 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, come modificato dalla medesima Direttiva *omnibus*: «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori».

servizi di intermediazione online»<sup>609</sup> e il «fornitore di motori di ricerca»<sup>610</sup>, da una parte, e l'«utente commerciale»<sup>611</sup>, dall'altra (cc.dd. rapporti “P2B” o “*Platform to Business*”), ai sensi dell'art. 5, Regolamento UE n. 2019/1150, ai primi è imposto di rendere ai secondi informazioni in merito ai «*principali parametri*»<sup>612</sup> che, individualmente o collettivamente, sono i più significativi per determinare il posizionamento» delle offerte e alla «*importanza relativa* di tali parametri principali rispetto ad altri parametri».

La *ratio* di entrambe le menzionate previsioni è evidentemente analoga a quella sottesa agli obblighi informativi di cui agli artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. h), GDPR: favorire una (non meramente generica) consapevolezza del consumatore, dell'utente commerciale o dell'interessato in merito al processo decisionale automatizzato che va a incidere sulla sua situazione. In una prospettiva chiaramente *ex ante*, un'ulteriore parallelo può essere tracciato in particolare tra l'art. 13 GDPR e l'art. 5 Regolamento UE n. 2019/1150: come l'interessato necessita di «significative informazioni sulla logica utilizzata» al fine di essere messo in condizione di esercitare una scelta consapevole in merito al trattamento dei propri dati personali per finalità di profilazione, così l'utente commerciale deve essere in condizione di poter comprendere<sup>613</sup> il

---

<sup>609</sup> Definendosi, dall'art. 2, n. 2), Regolamento UE n. 2019/1150, «servizi di intermediazione online» i «servizi della società dell'informazione [...] che] consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni; [...] forniti agli utenti commerciali in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tali servizi e gli utenti commerciali che offrono beni e servizi ai consumatori».

<sup>610</sup> Per «motore di ricerca» intendendosi, ai sensi dell'art. 2, n. 5), Regolamento UE n. 2019/1150, «un servizio digitale che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto».

<sup>611</sup> Ai sensi dell'art. 2, n. 1), Regolamento UE n. 2019/1150 definito «un privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali o una persona giuridica che offre beni o servizi ai consumatori tramite servizi di intermediazione online per fini legati alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale».

<sup>612</sup> Da intendersi come «qualunque criterio generale, processo, segnale specifico integrato negli algoritmi o ogni altro meccanismo di aggiustamento o di retrocessione utilizzato in connessione con il posizionamento»; così il considerando 24, Regolamento UE n. 2019/1150.

<sup>613</sup> Atteso che «il posizionamento dei beni e dei servizi da parte del fornitore dei servizi di intermediazione online ha un impatto importante sulla scelta del consumatore e, di

«funzionamento del meccanismo di posizionamento» sulla piattaforma dei beni e servizi offerti ai consumatori<sup>614</sup> al fine di potersi adeguatamente determinare nella scelta della conclusione di un contratto con il fornitore del servizio di intermediazione online.<sup>615</sup>

Applicando, allora, in chiave ermeneutica le indicazioni di cui alla richiamata normativa per conferire più specifico significato – in una prospettiva in primo luogo *ex ante* – all’obbligo di fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata» di cui al GDPR<sup>616</sup>, due elementi, tra loro connessi e complementari, emergono.

Il primo: non occorre che siano indicati *tutti* i parametri, *tutti* i dati (ed anzi, una simile informazione sarebbe evidentemente non opportuna, tralignando ineluttabilmente in *information overload*). Diversamente, è “significativa” l’informazione che si riferisce ai «*principali* parametri»<sup>617</sup>, e quindi ai *principali dati* o alle *principali* categorie di dati di *input* elaborati dal sistema

---

conseguenza, sul successo commerciale degli utenti commerciali che offrono tali beni e servizi ai consumatori»; cfr. considerando 24, Regolamento UE n. 2019/1150.

<sup>614</sup> V. anche il considerando 15, Regolamento UE n. 2019/1150, che impone che i termini e le condizioni generali di contratto siano redatti in linguaggio semplice e comprensibile al fine di consentire agli utenti commerciali «di ottenere la *prevedibilità* riguardo alla loro relazione commerciale», ribadendo ancora poco più avanti come tali termini e condizioni non possano considerarsi adeguati se non «danno agli utenti commerciali un *ragionevole grado di prevedibilità* sugli aspetti più importanti della relazione contrattuale».

<sup>615</sup> E cfr., ancora, il considerando 24, Regolamento UE n. 2019/1150 nella parte in cui si chiarisce che la conoscibilità dei principali parametri che determinano il posizionamento è richiesta «al fine di migliorare la prevedibilità per gli utenti commerciali, per consentire loro di comprendere meglio il funzionamento del meccanismo di posizionamento e di confrontare le pratiche di posizionamento dei vari fornitori».

<sup>616</sup> Tale “estensione” dall’una all’altra normativa non solo si giustifica alla luce della già poco sopra richiamata analogia *ratio* sottesa alle disposizioni invocate, ma altresì in virtù della vera e propria *identità oggettiva* sussistente (in rapporto di *species a genus*) tra il «posizionamento» di cui al Regolamento UE n. 2019/1150 e il «processo decisionale automatizzato» di cui al GDPR, atteso che il primo viene dal considerando 24 del Regolamento UE n. 2019/1150 definito come segue: «Il posizionamento si riferisce alla rilevanza relativa delle offerte degli utenti commerciali o alla rilevanza attribuita ai risultati della ricerca come presentati, organizzati o comunicati dai fornitori di servizi di intermediazione online o dai fornitori di motori di ricerca online, risultante dall’utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione, dalla messa in evidenza visiva o da altri strumenti di messa in rilievo, o da una combinazione tra questi».

<sup>617</sup> Esemplificativamente, il considerando 25, Regolamento UE n. 2019/1150, indica come possibili «parametri principali» del «posizionamento»: il ricorso alle tecniche di *editing* e alla loro capacità di influenzare il posizionamento di beni o servizi, la misura dell’impatto del corrispettivo sul posizionamento, le caratteristiche di presentazione dell’offerta online.



di IA, i quali possano rendere conoscibile «secondo un ragionevole grado di prevedibilità» (cfr. considerando 15, Regolamento UE n. 2019/1150) l'esito del processo decisionale automatizzato (o del «posizionamento»<sup>618</sup>).

Il secondo: non basta che tali medesimi parametri siano resi noti “staticamente” e in termini “assoluti”; poiché, affinché l'informazione assurga a “significativa”, essi devono altresì essere resi conoscibili nella loro “relatività” rispetto al complessivo processo, nella loro reciproca interazione, nel loro “peso specifico” rispetto al processo di elaborazione riguardato nella sua globalità. Esempificando<sup>619</sup>: non basta che l'interessato sia informato che le principali categorie di dati utilizzate siano l'età, l'occupazione, l'area di residenza, e via dicendo; occorre altresì che per ognuna di tali categorie sia rilevato il reciproco peso sul risultato finale, e quindi, ad esempio, che l'età incide al x%, l'occupazione al y%, l'area di residenza al w%, e via dicendo.

Invero, una terza non meno importante indicazione viene, dalla stessa autrice già citata<sup>620</sup>, ulteriormente inferita valorizzando l'inciso di cui al considerando 27 del Regolamento UE n. 2019/1150. Il quale, nell'escludere che ai fornitori di servizi di intermediazione online o di motori di ricerca sia richiesto di «divulgare il funzionamento dettagliato dei loro meccanismi di posizionamento, inclusi gli algoritmi» – e dunque, in altri termini, di divulgare il “codice sorgente” –, da un lato ribadisce nondimeno<sup>621</sup> che «la considerazione degli interessi commerciali dei fornitori di servizi di intermediazione online o di motori di ricerca» non può giustificare «un rifiuto di divulgare i parametri principali che determinano il posizionamento» e,

---

<sup>618</sup> Come chiaramente spiega C. TABARRINI, *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, cit., p. 216, «In other words, the pre-claim description of the algorithmic logic followed by the machine can be deemed meaningful pursuant to the GDPR if, out of all the parameters potentially affecting the automated decision, controllers disclose only those most suitable to enable data subjects to understand how they can influence the algorithmic outcome, thus changing their behaviour accordingly».

<sup>619</sup> Riprendendo ancora C. TABARRINI, *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, cit., p. 217.

<sup>620</sup> ID., p. 216 s.

<sup>621</sup> Analogamente a come pure il considerando 63 GDPR risolve il conflitto tra la proprietà intellettuale e, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software, da una parte, e il diritto di accesso dell'interessato, dall'altra.

dall'altro lato *aggiunge che* «la descrizione data dovrebbe perlomeno essere basata sui *dati effettivi* relativi alla rilevanza dei parametri di posizionamento utilizzati». Ebbene, si sostiene, tale riferimento ai dati *effettivi*, che nella versione in lingua inglese risultano «*actual data*», espressione traducibile altresì come “*dati concreti*” e “*dati attuali*”, deve portare a ritenere non sufficiente una *standardizzata* descrizione dei principali parametri e della loro reciproca importanza, perché, per assurgere a “significativa”, l'informazione deve invece essere basata, appunto, su dati attuali e concreti e quindi relativi alle *specifiche circostanze del caso*. Se, in altri termini, per *differenti gruppi di soggetti* risultano come “principali” diversi parametri oppure se i medesimi parametri sono diversamente “pesati”, ciò dovrà risultare in un'informativa corrispondentemente *differenziata*. Ancora in termini del tutto esemplificativi, si potrebbero dare diverse informative del seguente tenore: a) nel caso di soggetti di età compresa tra i 20 e i 40 anni, uomini, occupati...i principali parametri considerati sono: l'età al x%, il genere al k%, l'occupazione al y%, l'area di residenza al w%, il reddito al z%...; b) nel caso di soggetti di età superiori ai 40 anni, uomini, ... i principali parametri considerati sono: l'età al y%, l'occupazione al w%, l'area di residenza al k%, il reddito al x%...; c) nel caso di donne, occupate, di età compresa tra i 20 e i 40 anni...i principali parametri considerati sono:...e via dicendo.<sup>622</sup>

Così ricostruita allora la “significatività” delle informazioni sulla logica utilizzata in una prospettiva *ex ante*, occorre infine concretizzare la spiegazione che dovrebbe essere invece resa in un'ottica *ex post*, a decisione automatizzata presa, a valle del processo di elaborazione dei dati raccolti.

Ancora, un confronto, specialmente con il Regolamento UE n. 2019/1150, può essere decisamente utile.

In primo luogo, infatti, nel Regolamento in parola si riscontra precisamente il nesso teleologico che lega la spiegazione e la sua funzione contestativa, che

---

<sup>622</sup> L'esempio portato costituisce una “riformulazione” dell'esempio proposto da C. TABARRINI, *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, cit., p. 217.

pure si era rinvenuto tra le maglie del combinato disposto dell'art. 22 e del considerando 71 GDPR: ai sensi del combinato disposto dell'art. 4 e del considerando 22 Regolamento UE n. 2019/1150, «il fornitore di servizi di intermediazione online che decida di limitare o sospendere la fornitura dei suoi servizi di intermediazione online a un determinato utente commerciale in relazione a singoli beni o servizi», limitazione che può anche assumere la forma di una «retrocessione nel posizionamento», è tenuto a «comunicare all'utente commerciale le motivazioni di tale decisione», le quali «dovrebbero permettere agli utenti commerciali di accertare se vi siano margini per contestare la decisione e, di conseguenza, aumentare le loro possibilità di un efficace ricorso ove necessario».<sup>623</sup> In secondo luogo, nel medesimo Regolamento si rinviene, come già visto per le modalità che dovrebbe assumere la spiegazione *ex ante*, un'utile – e tuttavia, si aggiungerà subito, non esaustiva – indicazione anche per la spiegazione che dovrebbe essere resa *ex post*. Il considerando 22 del Regolamento UE n. 2019/1150, infatti, istituisce un chiaro rapporto tra le informazioni rese *prima* del trattamento e quelle da rendere a valle della decisione adottata, indicando che «l'esposizione delle motivazioni dovrebbe identificare le ragioni della decisione in base alle indicazioni enunciate in precedenza dal fornitore [...] e fare riferimento in modo proporzionato alle relative circostanze»: come efficacemente sintetizzato, insomma, la spiegazione *ex post* dovrebbe anzitutto consistere in una «contestualizzazione proporzionata»<sup>624</sup> delle variabili rese nella fase *ex ante*. Quella che, in altri termini, nella fase *ex ante* si presentava come una logica inevitabilmente (appunto perché *precedente* il trattamento) astratta (seppur, si ribadisce, non standardizzata, ma differenziata); nella fase *ex post*

---

<sup>623</sup> Peraltro, si rileva per inciso, atteso il già evidenziato rapporto identitario di genere a specie sussistente tra il «posizionamento» di cui al Regolamento UE n. 2019/1150 e il «processo decisionale automatizzato» di cui al GDPR (v. *supra* nota 611), tali disposizioni fungono, “in parallelo”, da ulteriore conferma e supporto alla posizione interpretativa di quella maggioritaria dottrina che, in merito all'acceso dibattito sulla esistenza o meno, nel sistema di cui al GDPR, di un diritto alla spiegazione, ne afferma l'esistenza.

<sup>624</sup> Così C. TABARRINI, *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, cit., p. 218 (traduzione di chi scrive).

deve trovare *individuale* concretizzazione, attraverso, ad esempio, l'individuazione degli *specifici* dati che, rientrando nelle categorie già rese note *ex ante*, sono stati assunti in determinante considerazione per la decisione raggiunta, calando così la logica algoritmica nelle specifiche circostanze del caso concreto. Ma, come poco sopra anticipato, ciò non basta.

Proprio perché la spiegazione *ex post* deve dare conto delle ragioni a fondamento di una specifica decisione adottata, e quindi proprio perché va identificata la “logica algoritmica del caso concreto”, non basta una spiegazione che si limiti a dare conto, in via meramente speculare, di quali dati rientranti tra i “principali parametri” di cui alla fase *ex ante* siano stati in concreto determinanti in prospettiva *ex post*; e questo per la fondamentale ragione che la “logica del caso concreto” ben potrebbe, appunto nel caso specifico, essersi discostata dai parametri (“principali”, certo, ma *non esclusivi*) di cui alla informativa precedente il trattamento. Non solo. Più radicalmente, e come a più riprese messo in rilievo, l'esito delle elaborazioni dell'IA non costituisce affatto il risultato di una meccanica, algebrica applicazione a taluni dati di *input* di una formula data una volta per tutte; diversamente, l'*output* costituisce invece l'esito di elaborazioni complesse e fluide, nel corso delle quali l'algoritmo apprende, evolve, scopre nuove correlazioni e quindi nuovi dati.

Affinché una spiegazione *ex post* possa, allora, assurgere a “significativa” delucidazione sulla “logica algoritmica” che ha portato ad un certo risultato finale, e affinché la medesima possa dirsi idonea a fondare e facilitare l'esercizio del diritto dell'interessato alla contestazione, non basta che venga dato conto di quali concreti dati (rientranti o meno nelle “principali” categorie di cui alla informativa *ex ante*) siano stati elaborati e di quale specifico peso gli stessi abbiano avuto sull'*output*, occorrendo invece che siano altresì rilevate le *specifiche inferenze* che costituiscano il *derivato* delle concrete elaborazioni compiute dall'algoritmo a partire da quegli stessi dati.

Un esempio, schematico al pari di quelli proposti sopra, potrà aiutare a chiarire (pur, evidentemente, nei limiti che fisiologicamente porta con sé ogni tentativo

di semplificazione di processi complessi). Una “significativa” spiegazione dell’esito del processo decisionale algoritmico, funzionale all’esercizio del diritto alla contestazione del medesimo, potrebbe assumere la seguente struttura: «alla base delle elaborazioni compiute, sono state analizzate le categorie di dati (...) - già indicate nella informativa resa prima che l’elaborazione avesse luogo – e, più in particolare, nel caso di specie, sono stati elaborati i dati (...); *in combinazione* con le ulteriori categorie di dati (...) derivati da terze parti; dall’analisi combinata dei dati indicati, sono state *inferite* come statisticamente significative al x% le seguenti *correlazioni* tra i dati (...) e i dati (...) e al y% le seguenti *correlazioni* tra i dati (...) e i dati (...), con conseguente attribuzione finale all’interessato del seguente profilo (...)».<sup>625</sup>

**13. Il temperamento della categorica affermazione per la quale se una spiegazione non può essere resa l’IA non può essere impiegata: il principio della “*explainability by design*” sancito dalla proposta di Regolamento sull’IA per i soli «sistemi ad alto rischio».**

Rispetto alle conclusioni ora raggiunte in punto di significatività della spiegazione, ovvero in merito alla forma che tale medesima spiegazione dovrebbe assumere per potersi dire tale e quindi per essere accettabile, può senza dubbio sollevarsi un’obiezione di non secondario rilievo: se è davvero quella descritta la spiegazione che deve poter essere fornita, allora la gran parte dei sistemi di IA sono destinati a rimanerne privi.

Ebbene, non si ha nulla da contro-replicare. È in effetti così. Quello della fattuale non ricostruibilità da parte dell’essere umano dei percorsi compiuti dalla macchina, della c.d. “logica algoritmica”, è proprio uno dei ricorrenti, centrali temi di cui alla ricerca, assunto, appunto, a specifico ambito di indagine della presente conclusiva sezione.

---

<sup>625</sup> L’esempio proposto costituisce, ancora, “riformulazione” dell’esempio portato da C. TABARRINI, *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, cit., p. 219.

Si è, allora, inutilmente tornati al punto di partenza? Sì e no. Sì, perché, evidentemente, l'esito dei ragionamenti sin qui svolti coincide, invero, con il presupposto che ha avviato i ragionamenti medesimi: la non spiegabilità dei sistemi che impiegano sofisticati algoritmi di IA. No, perché, a ben vedere, è solo giunti a questo punto, ovvero dopo avere compiutamente ricostruito il significato che normativamente assume la spiegazione che deve essere perseguita, che si può, a ragion veduta, affermare: allo stato, "non sono spiegabili" (appunto, nello specifico ricostruito significato del termine) quei sistemi in cui «*billions or trillions of data examples and thousands or tens of thousands of properties of the data may be analyzed*» e in cui «*the internal decision logic of the algorithm is altered as it 'learns' on training data*»<sup>626</sup>.

Tornati, allora, affatto inutilmente, bensì con una più fondata e consapevole convinzione, al punto di partenza, come procedere oltre?

Riconoscendo a chiare lettere che laddove il funzionamento dell'algoritmo non può, nei termini di cui si è detto, ricevere spiegazione, un trattamento fondato su un simile non spiegabile sistema di IA non potrà conseguentemente avere luogo.<sup>627</sup>

Ebbene, se da una parte, e alla luce di tutti i discorsi svolti, una conclusione in tale direzione appare necessaria, d'altra parte, deve tuttavia riconoscersi, questa stessa necessaria conclusione risulta, per la sua radicalità, non poco problematica. Atteso, infatti, un ampiamente riconosciuto rapporto di proporzionalità inversa tra la complessità e l'efficienza del sistema di IA, da una parte, e la sua spiegabilità, dall'altra, per cui all'aumentare delle prime

---

<sup>626</sup> J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., p. 5.

<sup>627</sup> Benché la letteratura in tema di "explainability" sia, come già a più riprese rilevato, senza dubbio ampia, tali (invero, inevitabili) conclusioni, tendenzialmente, non si riscontrano. Seppure, infatti, affermare l'illiceità di un sistema di IA che si svolge all'insegna della opacità paia, alla luce del ricostruito dettato normativo, un precipitato necessario, non è tuttavia affatto frequente, forse per via della loro radicalità, imbattersi in tali espresse conclusioni. Fa eccezione in questo senso C. TABARRINI, *Comprendere la "big mind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, cit., p. 594.

inevitabilmente decresce la seconda,<sup>628</sup> ammettere l'utilizzabilità della sola IA i cui processi siano nel senso precedentemente definito spiegabili significa, invero, ammettere l'utilizzabilità dei sistemi di IA meno innovativi, meno performanti e dunque, in definitiva, per l'impresa che vi intende fare ricorso, meno utili. In altre parole, già lo si è detto più che ripetutamente, l'IA di cui ai discorsi affrontati nel corso del presente studio è "per definizione" tanto complessa da risultare non spiegabile: ne conseguirebbe un'inutilizzabilità *tout court*.

Sulla scorta di tali ultime considerazioni alcuna dottrina ha dunque inteso temperare il rigore delle anzidette conclusioni invocando la necessità di una piena spiegabilità, ovvero di una possibilità di spiegazione nei dettagliati termini di cui si è detto, solo in quei casi in cui l'eventuale errore dell'algoritmo possa «avere conseguenze di più problematica portata»<sup>629</sup>.

E in effetti, pare proprio questa la mediana strada intrapresa anche dal legislatore eurounitario con la più recente proposta di Regolamento mirante a fornire un quadro armonizzato di regole e principi destinati a disciplinare lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi di IA (in seguito, "Regolamento AI").<sup>630</sup>

Come rilevato in relazione al GDPR rispetto alla ambivalente natura dei dati personali e alla conseguente ricerca da parte del legislatore europeo di un

---

<sup>628</sup> Cfr. P. HACKER, R. KRESTEL, S. GRUNDMANN, F. NAUMANN, *Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2020, spec. p. 430 ss.; come osservano anche M. GROCHOWSKI, A. JABŁONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, cit., p. 48, «Unfortunately, in many contexts, the better-performing systems are the less explainable ones. [...] Thus, predictive performance and transparency are often conflicting objectives and there will have to be a trade-off between the two».

<sup>629</sup> In questi generici termini si esprimono M. GROCHOWSKI, A. JABŁONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, cit., p. 60 (traduzione a cura di chi scrive).

<sup>630</sup> V. Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, del 21.04.2021, reperibile al *link* [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Sulla proposta, cfr. C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, Padova, in corso di pubblicazione.

bilanciato equilibrio tra le opposte esigenze che intorno ad essi si muovono<sup>631</sup>, così, analogamente, può rilevarsi come anche la proposta in parola, nel prendere atto della ambivalenza che connota i sistemi di IA (il cui utilizzo è tanto capace di portare effetti benefici quanto foriero di importanti pregiudizi per le persone fisiche e, più in generale, per la società)<sup>632</sup>, si muova appunto sul delicato equilibrio segnato dalla ricerca di un bilanciamento tra l'esigenza di promuovere lo sviluppo e l'impiego dell'IA e la necessità di prevenire i rischi che dalla medesima possono derivare.<sup>633</sup> Di qui, un impianto normativo che, all'insegna del principio di proporzionalità, non volendo «limitare od ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico o altrimenti aumentare in modo sproporzionato il costo dell'immissione sul mercato dell'IA», «si limita ai requisiti minimi necessari per affrontare i rischi e i problemi ad essa collegati»<sup>634</sup>.

Più in particolare, il Regolamento AI predispone un regime graduato e differenziato sulla base del rischio che l'utilizzo dell'IA può determinare, distinguendo tra i) un «rischio inaccettabile», ii) un «rischio alto» e iii) un «rischio basso o minimo»: se rispetto al primo la soluzione è quella del divieto<sup>635</sup>, mentre rispetto all'ultimo si ammette un uso dell'IA senza che siano

---

<sup>631</sup> V. *supra*, cap. I, sezione II, spec. § 9.

<sup>632</sup> «L'uso dell'intelligenza artificiale, garantendo un miglioramento delle previsioni, l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione dell'erogazione di servizi, può contribuire al conseguimento di risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale e ambientale nonché fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e all'economia europea. [...] Tuttavia gli stessi elementi e le stesse tecniche che alimentano i benefici socio-economici dell'IA possono altresì comportare nuovi rischi o conseguenze negative per le persone fisiche o la società»; cfr. Relazione alla proposta di Regolamento AI, p. 1.

<sup>633</sup> Come efficacemente sintetizzato nella Relazione che precede la proposta: essa intende contribuire «all'obiettivo dell'Unione di essere un leader mondiale nello sviluppo di un'intelligenza artificiale sicura, affidabile ed etica» (p. 2).

<sup>634</sup> Relazione alla proposta di Regolamento AI, p. 3, ove, ancora, si aggiunge: «[la proposta] mette in atto un sistema normativo proporzionato incentrato su un approccio normativo ben definito basato sul rischio che non crea restrizioni inutili al commercio, motivo per cui l'intervento legale è adattato alle situazioni concrete nelle quali sussiste un motivo di preoccupazione giustificato».

<sup>635</sup> Cfr. art. 5 Regolamento AI, ai sensi del quale: «Sono vietate le pratiche di intelligenza artificiale seguenti: a) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al



richieste particolari formalità, per quanto attiene ai soli sistemi di IA «ad alto rischio», vero “cuore” della regolazione approntata, si prevede che il loro impiego sia consentito esclusivamente a condizione che rispettino una serie di requisiti puntualmente individuati dagli artt. 8 ss. della medesima proposta.

Ebbene, tra questi, merita particolare considerazione un gruppo di disposizioni dalle quali può enuclearsi un generale principio che, con formula sintetica, potrebbe essere definito come “principio di *explainability by design*”, o di “spiegabilità sin dall’origine”.

Segnatamente, si tratta delle disposizioni di cui agli artt. 12, 13 e 14, i quali, riassuntivamente, impongono che tali sistemi di IA siano: i) «*progettati e sviluppati* con capacità che consentono la registrazione automatica degli eventi durante il loro funzionamento», capacità di registrazione che devono garantire «un livello di tracciabilità del funzionamento del sistema di IA durante tutto il

---

fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico; b) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico; c) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi i seguenti scenari: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità; d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi: i) la ricerca mirata di potenziali vittime specifiche di reato, compresi i minori scomparsi; ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico; iii) il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, come stabilito dalla legge di tale Stato membro». Per un'analisi critica della disposizione in parola, cfr. S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e pratiche di intelligenza artificiale vietate*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, Padova, in corso di pubblicazione.

suo ciclo di vita adeguato alla finalità prevista del sistema» (cfr. art. 12); ii) «*progettati e sviluppati* in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente» (cfr. art. 13); iii) «*progettati e sviluppati* [...] in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso», le quali persone fisiche devono essere in grado, tra l'altro, di «comprendere appieno le capacità e i limiti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento [...]; interpretare correttamente l'output del sistema di IA [...]; decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'output del sistema di IA ad alto rischio» (cfr. art. 14).

Nell'impianto di cui al Regolamento AI, in estrema sintesi, il principio di spiegabilità trova così espressa affermazione e specifica declinazione nella *tracciabilità, intellegibilità e sorvegliabilità “by design”* – questo il punto chiave - del sistema di IA da parte dell'essere umano, il quale, per poter essere immesso sul mercato e utilizzato, deve *sin dall'origine* essere progettato e sviluppato in modo tale che il suo funzionamento sia in ogni momento del suo “ciclo di vita” comprensibile da chi ne fa uso. In altri termini ancora, ai sensi del combinato disposto delle disposizioni richiamate, può concludersi: se l'*output* dell'algoritmo, il cui tracciabile funzionamento è stato sorvegliato, può essere compiutamente compreso, allora il sistema di IA potrà essere impiegato; viceversa, laddove la ricostruibilità dei suoi meccanismi e la comprensibilità dei suoi esiti manchino, ad esso non si potrà fare ricorso.

E tuttavia, si ribadisce, ciò è previsto *non per qualsiasi* sistema di IA, ma solo per i «sistemi ad alto rischio»; e quindi, *a contrario* si desume, se l'IA non è qualificabile come tale, la necessità di una spiegabilità *by design* non sarà ravvisabile. Assume allora centrale rilevanza l'individuazione di quali sistemi di IA assurgano alla qualifica di «sistema ad alto rischio».

Ebbene, a tale ultimo proposito, si tratta di una nozione che non dipende dalla ricorrenza di caratteristiche proprie dell'IA, bensì dalle *specifiche finalità* e

dagli *specifici settori* in cui il sistema di IA viene impiegato, finalità e settori che trovano puntuale elencazione nell'allegato III alla proposta.

A titolo esemplificativo, e significativamente rispetto ai discorsi che sono stati più indietro trattati,<sup>636</sup> nel settore della «occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo», sono qualificati ad alto rischio «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove»<sup>637</sup>; nel settore dell'«accesso a prestazioni e servizi pubblici e a servizi privati essenziali», sono ad alto rischio «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito»<sup>638</sup>.

Tale elenco di cui all'allegato III ha carattere “tassativamente aperto”. Si tratta, infatti, senza dubbio di un'elencazione non meramente esemplificativa, bensì, appunto, tassativa, come si può *a contrario* desumere dalla disposizione di cui all'art. 7 Regolamento AI, la quale prevede la possibilità di un ampliamento (ecco il carattere “aperto”) dell'elenco stesso: più in particolare, è previsto che la Commissione lo possa aggiornare «aggiungendo sistemi di IA ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) i sistemi di IA sono destinati a essere usati in uno dei settori elencati ai punti da 1 a 8 dell'allegato III; b) i sistemi di IA presentano un rischio di danno per la salute e la sicurezza, o un rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali [...]». Un'apertura, dunque, invero limitata, non estendendosi i poteri di aggiornamento della Commissione anche ai settori in cui il sistema di IA viene impiegato, ma riguardando esclusivamente l'impatto che il loro impiego, in quei settori già individuati, può avere sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali.

Sia allora consentito di sollevare un dubbio critico in merito alla scelta adottata dal legislatore eurounitario in punto di qualificazione come ad alto rischio di un sistema di IA – qualificazione, si ribadisce, di centrale importanza,

---

<sup>636</sup> V. *supra*, cap. II, § 11.

<sup>637</sup> Proposta di Regolamento AI, allegato III, n. 4, lett. a).

<sup>638</sup> Proposta di Regolamento AI, allegato III, n. 5, lett. b).

dipendendo in definitiva da essa l'operatività dell'obbligo di "spiegabilità *by design*".

Attesa, per le ragioni di cui si è poco sopra detto, l'opportunità di un non generalizzato obbligo di "piena" spiegabilità (nel senso più indietro puntualmente ricostruito) dei meccanismi di funzionamento dell'IA, pare d'altra parte decisamente troppo rigida (nonostante il carattere "parzialmente aperto" della tassatività dell'elenco di cui all'allegato III) la scelta adottata dal Regolamento AI. Invero, ci si domanda se non sarebbe stata forse più opportuna una definizione di «sistema ad alto rischio» non soltanto a carattere più ampio, ma anche maggiormente in linea con l'art. 22 GDPR, individuando ovvero come tale un sistema di IA capace di «incidere significativamente sulla persona»: è proprio, infatti, dall'art. 22 GDPR e dalla capacità della decisione automatizzata di incidere significativamente sulla persona che, come più volte ribadito, viene ricavato un diritto dell'interessato alla spiegazione.

#### **14. Il diritto per la tecnologia: l'imprescindibile ricorso all'autonomia privata per l'implementazione del principio della *explainability by design*. Note critiche sul mancato richiamo ai codici di condotta nella proposta di Regolamento AI.**

Il formale riconoscimento di un principio di spiegabilità quale quello inferibile dalle richiamate disposizioni della Proposta di Regolamento AI ed il conseguente vincolante obbligo di assicurarne l'implementazione in capo ai soggetti che si *assumono la responsabilità* di sviluppare e immettere sul mercato i sistemi di IA si impongono come necessari<sup>639</sup> corollari<sup>640</sup> del diritto alla spiegazione che, nello specifico senso sopra delineato, l'interessato si vede attribuito dal GDPR al duplice differente fine di potere esercitare una consapevole scelta in merito al trattamento dei suoi dati personali e di essere

---

<sup>639</sup> In questo senso, pur con le riserve già espresse in merito alla eccessivamente ristretta definizione di sistema di IA ad alto rischio, si accoglie con deciso favore l'intervento proposto dal legislatore eurounitario.

<sup>640</sup> Ed anzi, forse meglio sarebbe dire, necessari postulati.

in condizione di poter effettivamente contestare l'esito delle elaborazioni cui ha acconsentito.

In termini sintetici, l'imposizione di un principio di spiegabilità *by design* quale quello sancito dal Regolamento AI è evidentemente complementare al riconoscimento di un diritto alla spiegazione delle decisioni automatizzate da parte del GDPR<sup>641</sup>: vuoto sarebbe, infatti, un diritto alla spiegazione a fronte di un trattamento automatizzato tecnicamente inspiegabile.

E tuttavia, come già rilevato, allo stato, segnalano anche gli studiosi di *computer sciences*, il tema della inconoscibilità della logica algoritmica non chiama in causa «un mero problema di comunicazione tra intelligenze diverse - la difficoltà di tradurre in forme compatibili con la comprensione umana le logiche autoprodotte dall'intelligenza artificiale - ma [...] un limite cognitivo più profondo, di natura tecnologica: la spiegazione richiesta dal GDPR sarebbe impossibile alla stregua dei modelli di spiegazione sinora elaborati dall'informatica; modelli progettati non per fornire spiegazioni nel senso atteso dal GDPR ma per finalità affatto diverse: assicurare, con efficienza statistica dei sistemi, l'affidabilità del calcolo predittivo [...]»<sup>642</sup>. In altri termini, e come già più volte detto: costruito, programmato e addestrato dall'essere umano, l'algoritmo, nel corso della sua "esistenza", prende progressivamente le distanze dal suo creatore, sviluppando un "pensiero autonomo" e tanto complesso da non poter più essere da quegli compreso; ma, fintanto che "lavora bene", fintanto che le sue prestazioni aumentano l'efficienza

---

<sup>641</sup> Su tale rapporto di complementarità e quindi di completamento da parte della proposta di Regolamento AI di una (a-tecnica) lacuna di cui alla disciplina dettata dal GDPR, sia consentito rinviare a B. PARENZO, *Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla proposta di regolamento sull'IA*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, cit.

<sup>642</sup> Così. R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, p. 181. Cfr. anche M. GROCHOWSKI, A. JABŁONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, cit., p. 60 s., i quali, dopo aver rilevato l'esistenza di un «*trade-off between the transparency and accuracy of AI models, as in many cases the opaquest systems are the best-performing ones*», rilevano come rispetto ai secondi «*every attempt to thoroughly enforce the transparency and explainability of algorithms faces an inherent epistemic issue*».

produttiva di chi se ne serve, il fatto che tali prestazioni stesse siano il risultato di una logica inconoscibile non importa né interessa a chi quell'incremento di produttività persegue.

Ebbene, rispetto a tale attuale stato di fatto, la proposta di Regolamento AI vuole segnare a chiare lettere l'imposizione di un radicale cambio di rotta: in virtù delle sopra richiamate disposizioni (artt. 12-14), deve constatarsi come non solo non sia possibile impiegare ma, più radicalmente, nemmeno possa essere immesso nel mercato un sistema di IA che, pur estremamente performante, non sia intellegibile, un sistema di IA, ovvero, il quale non sia stato *costruito* con caratteristiche tecniche che ne assicurino la comprensibilità del suo operare, poiché sin dalla fase della sua *progettazione* e del suo *sviluppo*, l'IA deve essere invece “pensata” per essere comprensibile all'uomo nei suoi meccanismi di funzionamento, deve avere “*incorporata*” l'accessibilità della sua logica operativa, del suo “schema esecutivo” (nei termini usati dalla Corte di Cassazione), deve “nascere”, venire ad esistenza, per poter restare in ogni fase del suo ciclo di vita dominabile dall'essere umano, il quale deve esserne sempre in controllo.

Nel primo capitolo del presente lavoro si era venuti a concludere<sup>643</sup> che un intervento del legislatore sarebbe stato legittimo e opportuno laddove l'apposizione di limiti al principio di autonomia privata di cui all'art. 41, comma 1, Cost., si fosse resa necessaria per la tutela dei potenzialmente confliggenti valori di cui al 41, comma 2, Cost.: il principio della “spiegabilità *by design*”, che si pone a garanzia del diritto alla spiegazione, segna il punto di equilibrio nel bilanciamento tra gli interessi della autonomia privata dell'impresa profilante – che per incrementare il profitto bene avrebbe interesse a fare ricorso a tecnologie pur inspiegabili - e le esigenze di tutela dell'utilità sociale, nonché della libertà e dignità dell'interessato profilato – le

---

<sup>643</sup> V. *supra*, cap. I, § 6.

quali diversamente impongono, come visto, che questi abbia consapevolezza e capacità di comprensione dei processi che lo coinvolgono.<sup>644</sup>

E si tratta, più in particolare, di un intervento regolatorio, il quale, in virtù del principio di sussidiarietà<sup>645</sup>, ancora una volta e analogamente a quanto già visto in relazione alla disciplina dettata dal GDPR, non può fare meno di ricorrere a quella stessa autonomia privata che intende essere limitata, la quale, infatti, è dal regolatore medesimo chiamata a prendersi carico, a farsi *responsabile*, della concretizzazione in regole operative del principio legislativamente sancito.

---

<sup>644</sup> Si ribadisce, peraltro, si tratta di un bilanciamento che, operato all'insegna del principio di proporzionalità, finisce con il limitare l'operatività del principio di *explainability* ai soli sistemi «ad alto rischio».

<sup>645</sup> Spiega P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2003, p. 146 che «con il principio di sussidiarietà è stato introdotto nel nostro ordinamento un criterio ordinatore delle fonti che prescinde dalla gerarchia e non si identifica nella competenza. Il principio di sussidiarietà non è *norma di competenza*, ma *norma sulla competenza*. [...] La sussidiarietà determina un criterio di preferenza su un ambito materiale, attribuendo il potere ad un soggetto. Il punto, quindi, è stabilire dove sia opportuno legiferare e chi possa farlo meglio», e ancora: «la sussidiarietà istituisce un ente quale centro di produzione normativa (lo abilita a formare norme valide) sulla base del riconoscimento di qualità, proprie dell'ente stesso». Recependo l'insegnamento di Femia, spiega altresì P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, 2015, p. 119: in forza del principio di sussidiarietà è attribuita competenza normativa ad un soggetto non «in virtù della sua identità o meglio della sua collocazione nella gerarchia delle fonti, quanto invece sulla scorta della sua idoneità sostanziale a soddisfare l'esigenza disciplinare nel modo più adeguato, cioè prestando attenzione al piano essenzialmente contenutistico»; declinando più avanti (*ivi*, p. 227) la sussidiarietà anche come «fattore di cooperazione tra la normazione autoritativa e l'autoregolamentazione sociale, essendo alla prima demandata la definizione degli obiettivi da doversi realizzare e alla seconda la concretizzazione degli stessi in regole 'tecniche'». V., altresì, su tutti, P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss., che definisce la sussidiarietà «principio di organizzazione sociale, un criterio di attribuzione di competenze e, quindi, di poteri», aggiungendo: «al centro del discorso non vi è un'autonomia, bensì 'le' autonomie: dall'autonomia legislativa alla discrezionalità della p.a., fino all'autonomia negoziale».

Invero, il rinvio al «diritto dei privati»<sup>646</sup>, ove lo stesso regolato è autore delle regole che lo vedono come destinatario<sup>647</sup>, è, specialmente nello specifico ambito problematico di indagine, inevitabile, imprescindibile e fisiologicamente intrinseco al concetto stesso di “*by design*”.

Come efficacemente affermato da un autore: «lo strumento di diritto privato regolativo funge da presupposto irrinunciabile di effettività della tutela perseguita dalla fonte di *hard law* di diritto positivo, posto che nell’ambiente digitale e nel rapporto con le tecnologie intelligenti l’intervento regolativo non può essere concepito una volta per tutte e nella staticità del modello formale, ma necessita di essere consegnato a tecniche flessibili e a “legislatori” privati, che indirizzino la tecnica a servizio del diritto e, in tale ordine di senso, a controllo di se stessa»<sup>648</sup>. In virtù di un principio di vicinanza al rischio, spetta

---

<sup>646</sup> Celebre espressione e categoria individuata da W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, p. 3: «Il diritto dei privati è quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell’insufficienza, della legge statutale». Si tratta peraltro (oramai quasi) di una “etichetta”, la quale, rinviando ad un fenomeno estremamente eterogeneo, si lega a diversi temi problematici, che invitano l’interprete a confrontarsi con una serie altrettanto eterogenea di questioni critiche, che vanno dalla possibilità o meno di inquadrare tali «fonti dei privati» (cfr. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1895 ss.) nell’ambito delle fonti in senso tecnico – tema che, come si vedrà, non tocca invero le forme di autoregolamentazione che qui interessano -, alla connessa questione della loro vincolatività nei confronti dei terzi, al più generale tema della contemporanea perdita di centralità dello Stato e del diritto legale in favore di nuove, extralegislative forme di disciplina degli interessi sociali. La bibliografia è davvero ampia. Di seguito solo alcuni riferimenti: N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 307 ss.; F. CRISCUOLO, *L’autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Politica del diritto*, 2001, p. 552 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 146 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.* 2007, p. 727 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, Milano 2008; G. ALPA, T. GALLETTO, *Codici di condotta*, in *Dig. IV, Sez. civ., Agg. VI*, Torino, 2011, p. 163 ss.; R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 565 ss.; M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014; P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 11 ss.; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 687 ss.; C. PERLINGIERI, *Social Networks and Private Law*, Napoli, 2017; A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019.

<sup>647</sup> Adottando una nozione molto ampia del concetto di “*self-regulation*”, che, come rileva G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2013, p. 6, costituisce «termine polisemico, abbraccia atti anche molto diversi, il cui denominatore comune è dato dalla coincidenza soggettiva tra l’autore delle regole e i suoi destinatari».

<sup>648</sup> Così R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell’era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 525. V. anche D. POLETTI, M.C. CAUSARANO, *Autoregolamentazione privata e tutela*



allo stesso creatore della tecnologia - e non può che ad egli spettare – di individuare le regole operative che possano concretizzare il principio, in modo da conformare a quel principio medesimo la tecnologia che quegli si assume la responsabilità di creare e immettere sul mercato.<sup>649</sup>

E ciò, si diceva, è fisiologicamente implicato dalla stessa scelta da parte del legislatore in favore di un principio che vuole essere *by design* “immesso” nella tecnologia, la quale deve venire ad esistenza con quello impresso nel proprio “patrimonio genetico”. Il rinvio regolatorio al privato è, cioè, di tutta evidenza nella sua inevitabilità: se il sistema di IA deve essere, fin da prima del suo sviluppo, progettato in modo tale da presentare, una volta venuto ad esistenza, garanzie di comprensibilità e spiegabilità, non potrà che spettare allo stesso soggetto che quel sistema appunto progetta e poi sviluppa - unico soggetto dotato delle necessarie competenze tecnico-professionali - di elaborare le concrete regole alle quali attenersi nella progettazione e nello sviluppo dell’IA per assicurare che la stessa, venuta ad esistenza, possa dirsi conforme a quel principio di spiegabilità che è stato dall’alto imposto per la tutela dei valori di cui si è detto.

Ne deriva, insomma, un diritto, un modello regolatorio, a «struttura composta articolata in livelli, nella quale cooperano formanti positivi – destinati a

---

*dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, cit., p. 375: «il mutato contesto socioeconomico [...] ha reso necessario, secondo un paradigma efficientistico, un maggiore impiego di strumenti flessibili, altamente specializzati e soggetti a rapida e costante rivisitazione».

<sup>649</sup> Cfr. ancora, seppure nel contesto di un’analisi più specificamente relativa alla necessità di conformazione dell’ambiente digitale a tutela del minore di età (necessità che trova antecedente logico nella erosione, da parte di quel medesimo ambiente, della tendenziale esclusività del dovere educativo genitoriale), R. SENIGAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 517 s., il quale, rilevando come il legislatore non sia «dotato di strumenti idonei ad articolare, con la tecnica formale, esaustive discipline dello sconfinato e variegato ambiente digitale», individua appunto secondo un principio di vicinanza al rischio negli «artefici dello strumento digitale» i soggetti «più adatti a garantirne la sicurezza», ai quali «compete dunque la *responsabilità* di conformare la tecnica in modo da renderla rispettosa» dei principi (enfasi nel testo). Cfr. anche P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, cit., p. 213: «viene, quindi, a definirsi un quadro composito nel quale la legislazione si arresta – per la particolare complessità della materia – ad uno specifico livello, demandando all’autonomia privata, in quanto più vicina agli interessi da disciplinare, il compito di stabilire il complessivo assetto regolamentare di dettaglio».

definire essenzialmente i criteri-guida, gli obiettivi a salvaguardia dei valori fondamentali – e formanti privatistici [...] ai quali sarà demandata la predisposizione delle discipline di dettaglio»<sup>650</sup>; un diritto che per essere effettivo, in quanto necessariamente declinato in una regolamentazione specificamente conformata sull’oggetto da regolare, richiede una «compartecipazione tra eteroregolazione ed autoregolamentazione»<sup>651</sup>, tale per cui la posizione del principio direttivo, dall’alto, ad opera della prima sia, in chiave complementare, resa operativa dalla seconda, «dal basso»<sup>652</sup>, da lì dove appunto si trova l’oggetto regolando e da chi direttamente con esso si rapporta. Come si diceva, un modello regolativo che, fondato su un’implementazione *by design*, faccia necessario rinvio al *privato responsabile* di quella implementazione medesima, chiamato a darsi le regole del proprio operare, non costituisce affatto una novità. L’antecedente immediato di una simile tecnica “triangolare”, basata, cioè, sulla interfunzionale correlazione tra i tre elementi costituiti dal “*by design*”, dalla “responsabilizzazione” e dalla “autonomia privata”, si rinviene, come noto, nel GDPR. E tuttavia, si vedrà a breve in chiave critica e conclusivamente, con delle significative differenze rispetto all’impianto adottato dalla proposta di Regolamento AI, la quale, invero, espressamente richiama solo il primo di quei tre elementi.

Ebbene, al fine di istituire un utile confronto sul punto, è senza dubbio opportuno fare richiamo, un poco più nel dettaglio, alla già evocata disciplina approntata dal legislatore eurounitario appunto in materia di trattamento di dati personali.

Il c.d. principio della *privacy by design*<sup>653</sup> è sancito dall’art. 25 GDPR: tenuto conto di un’ampia serie di criteri che fanno rinvio ad una valutazione specifica

---

<sup>650</sup> P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, cit., p. 73.

<sup>651</sup> ID., p. 76.

<sup>652</sup> Cfr. N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, cit., p. 733 s. e G. ALPA, T. GALLETTO, *Codici di condotta*, cit., p. 164, entrambi richiamando G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 25 ss.

<sup>653</sup> Sul tema della *privacy by design* e *by default*, così come rispetto al correlato principio di *accountability*, la bibliografia è senza dubbio ampia. Di seguito, alcuni riferimenti: M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in *Digital*

da operarsi nel caso concreto (lo stato dell'arte, i costi di attuazione, la natura, l'ambito di applicazione, il contesto e le finalità del trattamento, i rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche), al titolare del trattamento, oltre che «all'atto del trattamento stesso», già al momento precedente in cui deve «determinare i mezzi del trattamento», è imposto di mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate [...] volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati [...] e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del regolamento e tutelare i diritti degli interessati». Sin dal momento in cui il titolare determina i mezzi del trattamento, ovvero sin dal momento, come recita la stessa rubrica della disposizione, della sua «progettazione», il titolare lo deve *pre-disporre* al rispetto dei principi sanciti dal GDPR, i quali devono essere *integrati* nella «architettura»<sup>654</sup> del trattamento; il titolare deve *pre-definire*, tanto sul piano della tecnologia impiegata quanto sul piano dell'organizzazione di impresa, in base ad una valutazione di adeguatezza da operare caso per caso, variabile a seconda delle specifiche circostanze concrete e a seconda dello specifico settore in cui il trattamento viene operato, delle misure «che siano *strutturalmente* coerenti con i vincoli della normativa»<sup>655</sup>.

Evidente, insomma, l'analogia con quanto già rilevato con riferimento alla più recente proposta di Regolamento AI: i) il legislatore fissa i principi cui il trattamento dei dati personali deve conformarsi (cfr., in particolare, art. 5

---

*Enlightenment Yearbook*, 2012, spec. p. 52 ss.; M. HILDEBRANDT, L. TIELEMANS, *Data protection by design and technology neutral law*, in *Computer Law and Security Review*, 2013, p. 509 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, p. 275 ss.; G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big Data e Privacy by design*, Torino, 2017; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss.; ID., *Il principio di accountability*, in *GDPR tra continuità e discontinuità*, a cura di R. Caterina, in *Giur. it.*, 2019, p. 2778 ss.; F. BRAVO, *L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 775 ss.; D. FARACE, *Privacy by design e privacy by default*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 485 ss.

<sup>654</sup> Cfr. F. BRAVO, *L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, cit., p. 775 ss.

<sup>655</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 287 (enfasi aggiunta).

GDPR); ii) e impone che fin da prima di essere svolto, fin da quando il titolare si trova a determinarne le finalità e le modalità, il trattamento sia *progettato* per essere *strutturalmente* conforme a quei principi stessi, di modo che all'atto del trattamento già sia in atto un'architettura che ne assicuri il rispetto, poiché tali medesimi principi già si trovano in essa *integrati*; iii) ma qui, di necessità, l'intervento del legislatore si arresta, spettando al titolare del trattamento di determinare, a seconda delle specificità dei diversi ambiti e settori in cui il trattamento è destinato a svolgersi e delle circostanze del caso concreto, quali siano le *adeguate* misure tecniche da adottare, come operativamente regolare il trattamento, come *(auto)regolarsi* per garantire che il trattamento si svolga conformemente ai principi di cui al Regolamento.<sup>656</sup>

Tale principio della *privacy by design* costituisce declinazione di un più generale principio “pilastro” dell'impianto disciplinare di cui al GDPR, quello di “*responsabilizzazione*”, o “*accountability*”; in forza del quale, essenzialmente, postulata la rischiosità insita nell'attività consistente nel trattamento di dati personali,<sup>657</sup> è in capo al titolare del trattamento, ovvero quindi di colui il quale si assume di compiere tale attività rischiosa, l'obbligo di «*garantire ed essere in grado di comprovare*» che il trattamento è effettuato secondo i principi imposti dal Regolamento (cfr. artt. 5, par. 2, e 24 GDPR).<sup>658</sup>

---

<sup>656</sup> Cfr. L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for*, cit., p. 60, secondo i quali, in sintesi, con l'affermazione del principio della *privacy by design* il legislatore euorunitario è pragmaticamente giunto a riconoscere «*that a regulator cannot do everything by top down control, but that controllers must themselves be involved in the design of less privacy-invasive systems*».

<sup>657</sup> Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, sez. II, § 9.

<sup>658</sup> V. anche il considerando 74 GDPR: «È opportuno stabilire la responsabilità generale del titolare del trattamento per qualsiasi trattamento di dati personali che quest'ultimo abbia effettuato direttamente o che altri abbiano effettuato per suo conto. In particolare, il titolare del trattamento dovrebbe essere tenuto a mettere in atto misure adeguate ed efficaci ed essere in grado di dimostrare la conformità delle attività di trattamento con il presente regolamento, compresa l'efficacia delle misure. Tali misure dovrebbero tener conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché del rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche»; e le chiare parole di G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 11: «Avendo definito le misure di sicurezza da adottare, il titolare deve compiere un'attività di continuo monitoraggio, per verificare che esse siano proporzionate e adeguate ai rischi, anch'essi in continuo mutamento. Occorre dunque una complessa attività di valutazione (tecnica, giuridica e organizzativa),

Come già affermava con chiarezza il Gruppo di lavoro articolo 29, rivolgendosi alla Commissione con il parere n. 3/2010 sul principio di responsabilità - parere nel quale veniva auspicata, in vista di una riforma della disciplina in materia di dati personali, l'introduzione di tale principio «per favorire l'attuazione della protezione dei dati *nella pratica* [...]», contribuire a passare «dalla teoria alla pratica [...]» e «assicurare che il principio di responsabilità garantisca la certezza del diritto, lasciando spazio al tempo stesso ad una certa *adattabilità* (che consenta di determinare le misure concrete da applicare in funzione dei rischi connessi al trattamento e dei tipi di dati trattati)»<sup>659</sup> -, «la nuova disposizione sull'*accountability* avrebbe lo scopo di promuovere l'adozione di misure pratiche, in quanto trasformerebbe i principi generali della protezione dei dati in politiche e procedure concrete definite al livello del responsabile [oggi, titolare] del trattamento, nel rispetto delle leggi e dei regolamenti applicabili»<sup>660</sup>.

Come già evidenziato, si avverte, insomma, l'esigenza che la regolazione della materia “scenda” al livello dell'operatore, soggetto che viene appunto “responsabilizzato” in quanto senz'altro meglio del legislatore in grado di valutare i rischi *nel concreto* potenzialmente derivanti dallo *specifico* trattamento che vuole essere svolto, e quindi soggetto che, per queste ragioni, senz'altro meglio del legislatore può regolarsi, nel letterale senso del “darsi regole”, per prevenire quegli stessi rischi, decidendo quali misure richiedono nel caso di specie di essere adottate e come di conseguenza organizzare la propria attività in modo che questa possa svolgersi, ancora, a seconda delle specificità del caso, in modo conforme ai principi guida posti dal legislatore e chiamati appunto ad orientare l'adozione da parte del titolare delle regole di dettaglio.

---

un'analisi dei rischi e dei costi, una scelta sulle misure di sicurezza da adottare, l'istituzione di un presidio, l'emanazione di *policy* interne e quindi un'attività di monitoraggio continuo».

<sup>659</sup> V. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 3/2010 sul principio di responsabilità*, adottato il 13 luglio 2010, reperibile al *link* [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), p. 2 (enfasi aggiunta).

<sup>660</sup> ID., p. 9.

Ma il principio di responsabilizzazione non si esaurisce in questo. Come puntualmente messo in rilievo in dottrina facendo richiamo anche al citato parere del Gruppo di lavoro articolo 29, sarebbe invero riduttivo, per l'ampiezza dei significati cui apre, tradurre il termine "*accountability*" di cui alla originale versione inglese come (mero) "principio di responsabilità" (o di "responsabilizzazione").<sup>661</sup> Più precisamente, infatti, e come risulta dalla stessa normativa regolamentare, almeno due sono i significati specifici che devono essere attribuiti a tale formula: il titolare non solo i) è responsabile della messa in atto delle più adeguate misure capaci di conformare l'attività di trattamento ai principi che lo devono governare, ma ii) deve essere anche in grado di dimostrare di avere adottato quelle misure medesime. In breve, «il termine *accountability* può essere tradotto con responsabilità e, insieme, prova della responsabilità».<sup>662</sup>

Ebbene, al duplice fine i) di orientare i titolari del trattamento nella individuazione delle specifiche regole che, a seconda dello specifico settore in cui il trattamento medesimo è destinato a svolgersi, sono chiamate a concretizzare i principi posti dal legislatore e di ii) agevolare il connesso onere probatorio relativo all'adozione delle adeguate misure tecniche e organizzative, lo stesso GDPR va, a "istituzionalizzare" e "procedimentalizzare" quel (necessario, inevitabile) rinvio all'autonomia privata che (già) è intrinsecamente e fisiologicamente implicato dai principi di *accountability* e *privacy by design*.<sup>663</sup>

---

<sup>661</sup> V. G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., p. 12: «Come si afferma nel parere 3/2010 del Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *accountability* è un termine che può essere tradotto in molti modi diversi, fra i quali: responsabilità, affidabilità, assicurazione, obbligo di rendicontare, attuazione dei principi concernenti il trattamento dei dati personali».

<sup>662</sup> ID., p. 11.

<sup>663</sup> Rileva S. SILEONI, *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 932: «il potenziamento di strumenti di autoregolazione sembra quindi dovuto non all'esigenza formalistica di integrare i precetti legislativi, quanto a quella, più sostanziale, di orientare i destinatari del regolamento alla corretta costruzione della *privacy by design* a cui sono chiamati, e di comprovare tale atteggiamento». V. anche il considerando 77 GDPR, ai sensi del quale «gli orientamenti per la messa in atto di opportune misure e per dimostrare la conformità da parte del titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento in particolare

Più in particolare, il riferimento è, evidentemente, ai c.d. codici di condotta<sup>664</sup> (cfr. art. 40 GDPR), che, si osserverà subito di seguito, assumono nell'impianto del Regolamento una connotazione senz'altro peculiare, che, all'interno dell'ampia e variegata fenomenologia che si usa ricomprendere sotto la nominalistica formula della "autoregolamentazione",<sup>665</sup> li va a distinguere significativamente.

---

per quanto riguarda l'individuazione del rischio connesso al trattamento, la sua valutazione in termini di origine, natura, probabilità e gravità, e l'individuazione di migliori prassi per attenuare il rischio, potrebbero essere forniti in particolare mediante codici di condotta approvati».

<sup>664</sup> In tema, vedasi, tra i molti: L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, p. 283 ss.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, p. 352 ss.; A.R. POPOLI, *Codici di condotta e certificazioni*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Torino, 2019, p. 392 ss.; S. SILEONI, *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, cit., p. 917 ss.; D. POLETTI, M.C. CAUSARANO, *Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione*, cit., p. 369 ss.

<sup>665</sup> Cfr. A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, cit., la quale, rilevando che «in via generale, l'autoregolamentazione è annoverata tra i modi di formazione negoziale del diritto, la cui caratteristica essenziale si rinviene nella creazione di norme giuridiche al di fuori delle fonti istituzionali, con atti di matrice privatistica» (*ivi*, p. 17), pone chiaramente in evidenza la varietà fenomenologica in cui essa si dipana e le incertezze che quella stessa varietà porta con sé in punto di qualificazione giuridica di quelle medesime variegata e differenti forme di diritto di fonte privata: «l'approccio allo studio dei 'codici di condotta' [...] pone una difficoltà innanzitutto di forma, dal momento che il sintagma è suscettibile di abbracciare fenomeni che già dal solo punto di vista lessicale non sono univocamente identificabili: codici deontologici, di autodisciplina, di autoregolamentazione, di condotta, etici, sono le denominazioni e le formule di più frequente impiego, ma alle quali non sempre si accompagna l'uso di criteri distintivi condivisi. Così, ad esempio, ora si afferma che i codici di autodisciplina si distinguerebbero nell'ambito dell'autoregolamentazione per il carattere precipuamente etico delle regole che li compongono; ora si sostiene che i codici etici sarebbero privi di qualsiasi rilevanza giuridica; ora, invece, si sottolinea che ad essi andrebbe riconosciuta la 'vincolatività propria delle regole contrattuali'. Così ancora lo stesso carattere strettamente 'morale', per alcuno, varrebbe a distinguere i codici deontologici dai codici di autoregolamentazione, volti a 'definire collettivamente le norme di azione e di relazione senza una necessaria connotazione etica', mentre sarebbe proprio la strumentalità alla disciplina dell'organizzazione interna del soggetto che lo ha adottato a distinguere, ulteriormente, il codice di autodisciplina dal codice etico che, invece, è dedicato ai rapporti con i terzi [...]» (*ivi*, p. 3 s.). V. anche G. ALPA, T. GALLETTO, *Codici di condotta*, cit., p. 164: «L'eterogeneità del fenomeno rende impossibile (e comunque inutile) il tentativo di ricondurre ad unità il variegato panorama della genesi dei codici di condotta, della loro natura e della loro efficacia: talvolta la legge ne impone la formazione, ed allora la fonte di essi - sebbene in via mediata - sarà riconducibile al dato normativo e talaltra, invece, essi saranno frutto dell'iniziativa privata e la loro fonte sarà negoziale; in molti casi la natura dei codici di condotta sarà contrattuale, in altri sarà normativa e, di conseguenza, varierà l'efficacia di essi. [...] Questi fenomeni presentano un minimo comune denominatore: la formazione negoziale del diritto».

Rispondenti all'intento di realizzare «un sistema di fonti di regolazione del trattamento dati che garantisse flessibilità e specificità, e che, pertanto, coinvolgesse i destinatari delle norme stesse nella fase di scrittura e adozione delle norme integrative della legislazione»<sup>666</sup>, i codici di condotta già erano previsti dalla previgente Direttiva CE n. 95/46. E già nel sistema creato dalla Direttiva, tali strumenti di codificazione privata delle regole di dettaglio di implementazione della normativa, invero, non erano affatto riconducibili ad un modello “puro” di *self-regulation*, non erano “mera” manifestazione della autonomia privata, rappresentando piuttosto il risultato ibrido di un impegno normativo *condiviso* tra enti privati e regolatore pubblico<sup>667</sup>: «incoraggiati» dagli Stati membri e dalla Commissione alla elaborazione di codici di condotta, «le associazioni professionali e gli altri organismi rappresentanti altre categorie di responsabili del trattamento», prevedeva l'art. 27 Direttiva CE n. 95/46, avrebbero potuto sottoporli all'esame dell'autorità garante nazionale per farne accertare «la conformità alle disposizioni nazionali di attuazione della Direttiva». Già nell'impianto tracciato dalla Direttiva si trattava, dunque, di strumenti che, pur senza dubbio rimessi all'autonomia privata, libera di adottarli o meno e di darne il contenuto ritenuto più rispondente alle esigenze del settore di riferimento, si inserivano tuttavia in un sistema che riteneva di non rinunciare ad un ruolo di «guida» e di «assistenza» da parte dell'autorità pubblica.<sup>668</sup>

Inserendosi in questo medesimo ordine di senso, il GDPR non soltanto conferma, ma anzi rafforza il fondamentale ruolo del Garante, allontanando

---

<sup>666</sup> S. SILEONI, *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, cit., p. 925.

<sup>667</sup> Cfr. ID., p. 925 s., secondo la quale i codici di condotta «hanno rappresentato fin da subito, non in maniera isolata ma comunque in modo innovativo, una modalità di disciplinare settori altamente tecnici da un lato e trasversale dall'altro che si basa sulla collaborazione tra regolazione pubblica e privata e, dunque, su un'apertura del confine di demarcazione tra l'una e l'altra».

<sup>668</sup> In dottrina, si parla in proposito, appunto, di «autonomia assistita e guidata»: cfr. A. SIMONICINI, *Autorità indipendenti e costruzione dell'ordinamento giuridico: il caso del Garante per il trattamento dei dati personali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 897; G. PINO, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 367.



ancor più nettamente i codici di condotta dal modello autoregolamentare per farli diventare «propriamente degli strumenti di co-regolamentazione»<sup>669</sup>.

Più in particolare, se certo l'iniziativa circa l'elaborazione del codice, ancora soltanto «incoraggiata» dall'autorità pubblica, rimane una facoltà rimessa alle associazioni e agli altri organismi rappresentativi delle categorie di titolari del trattamento (cfr. art. 40, par. 1 e 2, GDPR), la sottrazione di spazi alla “pura” autonomia privata risulta in tutta la sua evidenza nella fase costitutiva dell'approvazione, appannaggio esclusivo dell'Autorità Garante, chiamata ad esprimere parere positivo circa la conformità al Regolamento del «progetto di codice» sottoposto dagli enti privati che lo hanno elaborato (cfr. art. 40, par. 5, GDPR).<sup>670</sup>

Ma il vero punto di svolta (e di distanza rispetto alle altre forme di “mera” autoregolamentazione) si coglie sul piano dei peculiari effetti che il Regolamento fa discendere dall'adozione dei codici di condotta e che dovrebbero costituire un importante incentivo all'adozione stessa dei

---

<sup>669</sup> D. POLETTI, M.C. CAUSARANO, *Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione*, cit., p. 381, le quali aggiungono: «se la scelta effettuata più di un ventennio fa con l'articolo 27 della Direttiva 95/46/CE lasciava teoricamente spazio per un'ipotesi di *self-regulation* pura, adesso - eliminato ogni margine discrezionale circa la possibilità di sottoporre il codice di condotta all'Autorità - l'adozione dei codici viene procedimentalizzata secondo fasi ben scandite». Ancora, l'accentuata natura co-regolamentare del codice di condotta di cui al GDPR spinge S. SILEONI, *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, cit., p. 928 a domandarsi se «esso non perda quasi del tutto le caratteristiche proprie delle forme di autoregolamentazione e non diventi un nuovo modo di pensare e costruire il diritto, basato sulla collaborazione manifesta e istituzionalizzata tra destinatari, in quanto esperti del settore, e regolatore istituzionale, o, in altri termini, basato su una enfaticizzazione delle procedure di *notice and comment* presso le autorità indipendenti che riguardano, più che il modo di scrivere le regole, il modo di pensarle, e che chiamano dunque non solo a una riflessione in tema di teoria delle fonti, ma anche di forma di Stato e rapporto tra regolati e regolatori».

<sup>670</sup> Altresì all'insegna della co-regolamentazione è la fase successiva all'approvazione del codice, relativa al monitoraggio circa la sua osservanza, affidato, «fatti salvi i compiti e i poteri dell'autorità di controllo», anche ad organismi privati «in possesso del livello adeguato di competenze riguardo al contenuto del codice e del necessario accreditamento a tal fine dell'autorità di controllo competente» (cfr. art. 41, par. 1, GDPR); organismi i quali condividono con la medesima autorità garante, e previa informazione alla stessa, la possibilità di adottare «le opportune misure in caso di violazione del codice da parte di un titolare del trattamento o responsabile del trattamento, tra cui la sospensione o l'esclusione dal codice del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento» (cfr. art. 41, par. 4, GDPR).

medesimi<sup>671</sup>, comunque rimessa, come si diceva, ad una facoltà delle associazioni rappresentanti le categorie di titolari del trattamento.

Invero, una delle questioni senz'altro più discusse in tema di *self-regulation* è proprio quella della vincolatività e dell'efficacia degli strumenti attraverso i quali si articola quello spontaneo "darsi regole da sé", quel volontario impegno ad orientare il proprio comportamento a prescrizioni auto-elaborate. In altre parole, quando si tratta di autoregolamentazione, e quindi di "codici di condotta", "codici etici", "codici di autodisciplina" e simili altri strumenti, appunto, *volontariamente* adottati, ineludibile pare essere il confronto con la domanda: in che termini le autoprodotte regole in quei codici contenute costituiscono degli impegni vincolanti?<sup>672</sup> In altre parole ancora, riprendendo<sup>673</sup> la distinzione che Norberto Bobbio traccia tra «comando» e «consiglio», le disposizioni di cui ai codici di condotta possono farsi rientrare nella prima categoria o devono rimanere relegate nell'ambito della seconda? Ebbene, la risposta a tale interrogativo va rinvenuta, facendo ancora riferimento alle elaborazioni dell'illustre filosofo del diritto, nel congegno della *sanzione*<sup>674</sup>, implicata dal comando, assente nel mero consiglio: «dove viene meno qualsiasi obbligo, perché viene meno, con l'inesistenza di una *sanzione istituzionalizzata*, ogni cosiddetta conseguenza giuridica, comincia la zona del consiglio, cioè la zona di quel tipo di prescrizioni che non danno luogo ad obblighi, né principali né secondari, e, non provocando alcuna reazione istituzionalizzata alla violazione, si può dire non abbiano conseguenze giuridiche e quindi siano fuori dal campo del diritto».<sup>675</sup> E tale sanzione, la

---

<sup>671</sup> D. POLETTI, M.C. CAUSARANO, *Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione*, cit., p. 379, parlano in proposito di «'efficient nudging element', [...] una spinta gentile per le imprese verso la loro adozione».

<sup>672</sup> Cfr. sul punto, in particolare, R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit., p. 565 ss. V. anche A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, cit., p. 1895 ss.; G. ALPA, T. GALLETTO, *Codici di condotta*, cit., p. 163 ss.; A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, cit., spec. p. 32 ss.

<sup>673</sup> Ripercorrendo la linea argomentativa adottata da R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit., p. 572 ss.

<sup>674</sup> *Ibidem*.

<sup>675</sup> N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in T. GRECO (a cura di), *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 72 s. (enfasi aggiunta).

quale vale, dunque, a consegnare il codice di condotta alla giuridicità e alla vincolatività che si addice al «comando», bene può configurarsi anche come «sanzione premiale» o «positiva», ovvero tale per cui se l'operatore che «versa nella condizione di dover adottare un codice di condotta omette di provvedere in tal senso, non acquisisce il diritto di conseguire la *situazione di vantaggio* prevista dalla legge»<sup>676</sup>.

Ebbene, è precisamente su questa linea che si situano i codici di condotta di cui al GDPR: l'adesione da parte del titolare del trattamento al codice costituisce elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi derivanti dal Regolamento, «entrando, ai sensi dell'art. 24, par. 3, nel novero di quelle prove che [...egli] ha l'onere di fornire per attestare di avere attuato tutte le misure organizzative e di sicurezza adeguate alla specifica tipologia di trattamento» e «per dimostrare di aver percorso le tappe di costruzione della *privacy by design* necessarie a mettere in atto le misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato»<sup>677</sup>. Inoltre, e sempre sulla linea di tale «logica premiale», l'adesione al codice di condotta costituisce elemento che, ai sensi dell'art. 83, par. 2, lett. j), GDPR, l'autorità di controllo è tenuta a prendere in considerazione nella determinazione dell'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria che può essere comminata in caso di violazione del Regolamento.

Ricostruito, allora, l'impianto regolatorio approntato dal GDPR e messo in evidenza il peculiare modo in cui la sua architettura può dirsi imperniata sulla triade «*by design* – responsabilizzazione – codici di condotta», occorre tornare alla proposta di Regolamento AI, la quale, non senza significative

---

<sup>676</sup> V. ancora R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit., p. 577 (enfasi aggiunta), richiamando N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1318: «nella letteratura filosofica e sociologica il termine 'sanzione' viene usato in senso largo per comprendervi non soltanto le conseguenze spiacevoli dell'inosservanza delle norme ma anche le conseguenze piacevoli dell'osservanza, distinguendosi nel *genus* sanzione le due *species* delle sanzioni positive e delle sanzioni negative».

<sup>677</sup> Cfr. S. SILEONI, *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, cit., p. 932.

conseguenze, come già si anticipava, espressamente richiama solo il primo dei tre elementi.<sup>678</sup>

Ora, se è vero che un principio di responsabilizzazione può in qualche modo dirsi implicito nell'adozione di un modello *by design* in quanto da quest'ultimo postulato<sup>679</sup>, ed è altrettanto vero d'altra parte che, come pure già messo in evidenza, l'adozione di un modello *by design* inevitabilmente e intrinsecamente implica, come corollario, il ricorso all'autonomia privata, chiamata a concretizzare in regole il principio, ebbene, cionondimeno, non poco problematica appare in particolare la mancata previsione di un sistema che, sulla falsariga della disciplina di cui al GDPR, renda quel medesimo necessario ricorso alla fonte privata "istituzionalizzato".

Occorre svolgere una premessa, che pur ripetitiva di concetti già evidenziati è tuttavia opportuna per meglio mettere a fuoco ciò che si intende conclusivamente rilevare sul punto.

---

<sup>678</sup> In verità, i codici di condotta sono previsti dalla proposta, la quale, però, vi assegna un ruolo del tutto marginale, incoraggiandone l'adozione per i soli fornitori di sistemi di IA «a basso rischio» (e non, dunque, per i fornitori dei sistemi di IA che qui interessano) che intendano volontariamente rispettare i requisiti previsti per i sistemi ad alto rischio, nonché contemplandone l'elaborazione per tutti i fornitori di sistemi di IA – e dunque anche per i fornitori di sistemi ad alto rischio – ma solo per la eventuale «applicazione volontaria dei requisiti relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale, all'accessibilità per le persone con disabilità, alla partecipazione dei portatori di interessi alla progettazione e allo sviluppo dei sistemi di IA e alla diversità dei gruppi che si occupano dello sviluppo sulla base di obiettivi chiari e indicatori chiave di prestazione volti a misurare il conseguimento di tali obiettivi» (cfr. art. 69, par. 1 e 2, Regolamento AI). Come peraltro osserva anche A. SIMONCINI, *Quale modello per la regolazione dell'intelligenza artificiale? L'Europa al bivio*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, cit.: «All'applicazione dei codici, comunque, non si collegano né semplificazioni amministrative o agevolazioni all'ingresso al mercato, né riduzioni nelle sanzioni». In sintesi, nell'architettura della proposta, i codici di condotta costituiscono degli strumenti di "pura" *self-regulation*, la cui adozione è incoraggiata per le ipotesi meno problematiche, e che in ogni caso resta sfornita di qualsivoglia meccanismo sanzionatorio.

<sup>679</sup> Se non altro, in virtù della banale constatazione per cui la serie di prescrizioni con le quali si impone che il sistema di IA sia fin dal principio progettato e sviluppato in modo tale da rispettare i requisiti posti dal Regolamento (tra cui quelli di tracciabilità, intellegibilità e sorvegliabilità che poco sopra si sono detti dare forma ad un "principio di spiegabilità") evidentemente – come già rilevato in riferimento al GDPR – costituiscono declinazione di un principio che onera il soggetto che quel sistema di IA intende appunto sviluppare di dover garantire, a pena dell'impossibilità di immissione sul mercato, che il sistema medesimo venga ad esistenza presentandosi conforme a quei requisiti.

L'impresa che vuole sviluppare e quindi immettere sul mercato un sistema di IA, si è detto facendo richiamo alle rilevanti disposizioni di cui al Regolamento AI, *deve* progettarlo e svilupparlo in modo tale da renderlo «tracciabile» nel suo funzionamento (cfr. art. 12), «sufficientemente trasparente da consentirne l'interpretazione dell'*output* da parte degli utenti» (cfr. art. 13), «sorvegliabile» dall'essere umano lungo tutto il suo ciclo di vita (cfr. art. 14); con formula sintetica qui elaborata, il sistema di IA, insomma, *deve venire ad esistenza con integrato al suo interno* un "principio di spiegabilità". In altri termini, l'impresa, il privato che progetta, sviluppa e immette sul mercato l'IA, *deve* tradurre in regole quel principio, compito il quale non può che al privato stesso competere, come già rilevato, per ragioni di sussidiarietà e di vicinanza; l'adozione di un codice di condotta a ciò deputato non costituisce, in altre parole ancora, una *scelta* rimessa alla *spontaneità* dell'operatore, così come sarebbe se, diversamente, in assenza di espressa previsione normativa, l'impresa dichiarasse di "eticamente" impegnarsi a sviluppare sistemi di IA tali da garantirne la trasparenza e quindi la spiegabilità. Ci si trova, cioè, in tale quadro, di fronte a due diversi livelli di "necessità": da un lato, dalla prospettiva del legislatore, nella misura in cui esso sancisce per l'IA un principio di spiegabilità, necessario, per le ragioni di cui già si è detto, è il rinvio al privato per l'implementazione del medesimo; dall'altro lato, dalla prospettiva del privato, nella misura in cui vige, in quanto posto dall'alto, tale principio, necessaria è la sua implementazione, a pena della impossibilità di immissione sul mercato dell'IA sviluppata difformemente.

Ebbene, a fronte di ciò, l'impresa dall'alto chiamata a darsi le regole necessarie a garantire sin dalla fase di progettazione e sviluppo la conformità del sistema di IA ai requisiti di cui al Regolamento si trova davanti a due essenziali difficoltà, dalle quali derivano due fondamentali situazioni di *incertezza*.

La prima: la concreta individuazione delle regole di dettaglio che, settore per settore, meglio possono tradurre e declinare il principio legislativamente previsto. Si tratta di un problema di natura affatto esclusivamente

tecnologica<sup>680</sup>, poiché, come si è cercato di far emergere nel corso dei precedenti paragrafi, la concretizzazione, l'incorporazione nella "macchina" di un principio di spiegabilità postula una precisa, chiara e univoca definizione di cosa significhi "dare una spiegazione", ovvero dei caratteri che la spiegazione deve possedere per assolvere alle funzioni cui è strumentale, tenendo altresì in dovuta considerazione le peculiarità dello specifico settore in cui l'IA è impiegata e in cui, quindi, quella spiegazione stessa è richiesta. In altri termini - ecco quindi l'incertezza che tale difficoltà genera - l'impresa cui è demandato il compito di implementare il principio non ha dei sicuri punti di riferimento che la possano orientare nella concretizzazione del principio, nella sua traduzione in regole.

La seconda: individuato, nella concretezza del settore in cui l'IA vuole essere impiegata, l'insieme di regole che l'impresa stessa ha ritenuto meglio capaci di tradurre e declinare il principio, non è affatto detto che quelle medesime regole autoprodotte siano dall'ordinamento considerate adeguate a garantire che il sistema di IA, conformemente a quello sviluppato, sia altresì conforme alle prescrizioni di cui al Regolamento. Di qui, la seconda incertezza di fronte alla quale si trova l'impresa, relativa, cioè, alla, appunto incerta, considerazione da parte dell'ordinamento di quelle autoprodotte regole.

È precisamente su questi due crinali che si misura, in conclusione, la problematicità di un ricorso all'autonomia privata che, differentemente rispetto a quanto visto riportando la disciplina di cui al GDPR, viene, per così dire, "lasciata a sé stessa", mancando un istituzionalizzato procedimento, una *compartecipata procedura*, in una chiave di *collaborazione* tra autorità pubblica ed ente privato, nella definizione di un insieme di regole certe e uniformi ed assistite da un formale riconoscimento accompagnato da un (premiato, nel senso visto) meccanismo sanzionatorio.

---

<sup>680</sup> Come sembrerebbe suggerire, con riferimento però al principio della *privacy by design* di cui al GDPR, F. BRAVO, *L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, cit., p. 801, laddove afferma: «la legge fissa principi e norme, dopodiché si chiede ai 'tecnici' di sviluppare un sistema tecnologico che li traduca in 'codice' eseguibile dal sistema».

Nell'impianto *co-regolatorio* predisposto dal GDPR i codici di condotta assolvono precisamente alle due funzioni, da un lato, di assistere e guidare il privato nel compito di declinazione dei principi posti dal legislatore in regole operative adeguate allo specifico settore in cui opera e al concreto trattamento che vuole essere posto in essere, e, dall'altro lato, di costituire un formalizzato e dall'ordinamento riconosciuto strumento per comprovare la conformità del trattamento a quegli stessi principi. Un impianto, viceversa, quale quello di cui alla proposta di Regolamento AI, in cui il (pur necessario e inevitabile) rinvio alla fonte privata, racchiuso nella affermazione di un più che opportuno principio che fa leva sul meccanismo del “*by design*”, non è “guidato” né “assistito” dal regolatore pubblico pone il privato chiamato (non per sua scelta) a darsi le regole del proprio operare di fronte alle difficoltà di cui si è detto.

In definitiva, se pure non può che accogliersi senza dubbio con favore l'introduzione di un espresso “principio di spiegabilità *by design*” cui l'IA è chiamata a conformarsi per opera dello stesso privato che si assume di svilupparla, non può non essere criticata la mancata adozione di un modello co-regolamentare analogo a quello di cui al GDPR: il ricorso a forme “puramente” autoregolamentari, prive di guida, assistenza e formale riconoscimento da parte dell'ordinamento rischia di essere foriero di incertezza; e l'incertezza, come noto, costituisce primo fattore nemico di quel buon funzionamento del mercato che la Proposta di Regolamento AI vorrebbe perseguire.

## **15. Conclusioni.**

Se i dati personali sono il «petrolio del terzo millennio»<sup>681</sup>, la profilazione è il “motore del mercato del terzo millennio”; invece che di «*data-driven economy*»<sup>682</sup>, forse dovrebbe più precisamente parlarsi di “*profile-driven economy*”: i “movimenti” del mercato, le decisioni degli operatori economici

---

<sup>681</sup> V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, Big Data. *Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, p. 246.

<sup>682</sup> AGCM, *Indagine conoscitiva sui big data*, cit., *passim*.

che costituiscono l'offerta di beni e servizi e dei consumatori che li domandano sono rispettivamente guidate e determinate dalla profilazione, ovvero dai risultati delle analisi ed elaborazioni compiute sui dati personali messi a disposizione dei primi da parte dei secondi. La profilazione compiuta per il tramite di sofisticati algoritmi di IA e fondata sull'analisi di una quantità "big" di dati personali, da un lato, *assiste e indirizza* l'impresa che se ne avvale nell'assunzione delle decisioni relative al se, con chi e a quali condizioni contrarre; dall'altro lato e per converso, *determina* per il consumatore profilato le condizioni contrattuali che gli vengono praticate e le offerte di cui risulta destinatario.

Tutto questo, *di per sé*, non costituisce un problema. *Di per sé*, anzi, la profilazione integra una pratica non soltanto senza dubbio lecita, ma altresì auspicabile nella misura in cui può condurre ad un efficientamento del mercato, potenzialmente consentendo che ciascun consumatore venga raggiunto dalle offerte che, costruite sulle sue effettive possibilità, più rispecchiano le sue preferenze e i suoi interessi.

E tuttavia, tale medesima pratica presenta uno speculare volto "oscuro", che, senza timore di esagerazione, può dirsi aprire a scenari finanche inquietanti. Senza sosta seguito e osservato nella ubiquità della rete, analizzato e "ricostruito" sotto forma di un profilo *non conosciuto e non compiutamente conoscibile* nelle sue ragioni giustificative, il consumatore è disvelato e scoperto nelle sue intenzioni di acquisto, nella sua disponibilità a pagare e nelle sue più intime vulnerabilità emotive e cognitive; "nudo" di fronte alla conoscenza che della sua persona ha l'impresa che lo profila, il consumatore è incanalato e isolato all'interno di un mercato a tutto tondo individualizzato, dall'esterno costruito a sua misura attraverso lo sfruttamento di quella medesima conoscenza e fatto di selezionate offerte personalizzate tanto nelle subliminali modalità attraverso le quali gli vengono presentate quanto nei termini contrattuali che gli sono proposti. Ancora e più radicalmente, intrinsecamente assolvendo a una funzione eminentemente *discriminatoria*, rinchiudendo l'individuo all'interno di un mercato fatto di offerte che in esso



trovano ragione, il profilo, segna in definitiva il confine insuperabile delle possibilità cui egli può avere accesso e di quelle dalle quali è al contrario destinato a rimanere escluso: l'attribuzione al soggetto profilato di determinate caratteristiche e qualità invece di altre, come risultato di non compiutamente ricostruibili inferenze algoritmiche a carattere meramente statistico e probabilistico, comporta che allo stesso talune opportunità siano date oppure negate.

Di tali «costruzioni di identità»<sup>683</sup> plasmati l'individualizzato mercato in cui è confinato e del processo che ad esse conduce l'individuo interessato dal trattamento di profilazione non ha contezza.

Come egli, nel momento in cui presta il consenso, non può dirsi effettivamente consapevole di ciò cui sta acconsentendo e delle conseguenze che dalla messa a disposizione dei propri dati potranno derivare, come egli, in altri termini, di fatto “non sa” di essere in procinto di entrare all'interno di un circolo produttivo che dalla elaborazione dei suoi dati sfocerà nell'attribuzione di un profilo destinato a segnare il confine delle sue possibilità; così egli “non sa” – e, per la complessità dei processi coinvolti, non può sapere – le ragioni in virtù delle quali le elaborazioni compiute dall'IA abbiano condotto a determinati esiti invece che ad altri: nell'impossibilità di contestare quei medesimi esiti a cagione appunto della loro non piena ricostruibilità, da quelle costruzioni di identità conformanti il mondo cui ha accesso al soggetto profilato non è data possibilità di uscire.

In sintesi, rispetto al fenomeno qui studiato sono precisamente questi i due nodi essenzialmente problematici che impongono di essere corretti affinché la profilazione, quale libero esercizio dell'iniziativa economica privata dell'impresa (di cui all'art. 41, comma primo, Cost.) non degeneri in una lesione della libertà e della dignità dell'interessato profilato (in violazione dell'art. 41, comma 2, Cost.): la *mancaza di effettiva consapevolezza* del soggetto che presta il consenso al trattamento dati per finalità di profilazione e

---

<sup>683</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, p. 324.

la *inspiegabilità* dei processi algoritmici che conducono alla costruzione del profilo.

La *persona* deve poter tornare in pieno controllo delle elaborazioni macchiniche che interessano i propri dati personali. L'individuo non può essere relegato a mero "oggetto" datificato *al centro* di algoritmici processi automatizzati che lo studiano e analizzano, restando *sullo sfondo* di tali medesimi trattamenti come "soggetto", non può, a pena di perdere la propria libertà in senso ampio, essere «uno *per cui* si decide»<sup>684</sup> e «*su cui* altri agiscono»; al contrario, per potersi dire propriamente libero, deve essere «uno che decide», e perciò deve essere in condizione di *effettivamente sapere e comprendere*.

Il primo aspetto al quale, dunque, deve rivolgersi attenzione è evidentemente quello che riguarda il consenso che viene dall'interessato manifestato al trattamento dei propri dati personali; consenso il quale, se nel momento in cui viene espresso deve assumersi, a pena di invalidità, *informato*, risulta, tutt'al contrario, alla prova dei fatti, prestato nella totale ignoranza e inconsapevolezza dell'individuo che lo manifesta.

Il tema di interesse, invero, è assolutamente trasversale e comune a tutti quei settori in cui centrale importanza è assunta dai cc.dd. obblighi informativi che, per correggere un'asimmetria, sono imposti a carico di una parte contrattuale nei confronti dell'altra. Il fondamentale "punto dolente" della c.d. "regolazione informativa" risiede, in definitiva, nella abnorme quantità di specifiche e tecniche informazioni che devono essere consegnate alla parte che, solo dopo averle diligentemente lette e comprese, può dirsi in condizione di esprimere una scelta consapevole. In sintesi, parrebbe esistere una ineliminabile contraddittoria tensione tra i due requisiti, l'esaustività e la chiarezza, che l'informativa dovrebbe presentare per raggiungere il proprio scopo: a fronte della quantità di tecniche informazioni che devono essere rese, la chiarezza risulta compromessa; ma, d'altra parte, quella semplificazione che

---

<sup>684</sup> I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000, p. 24.

consentirebbe di dare all’informativa intellegibilità ne comprometterebbe la completezza (questo, il c.d. “paradosso della trasparenza”). Nella dimensione della rete, dove tutto si svolge all’insegna della istantaneità e della semplicità, i tempi e l’impegno richiesti per la lettura della c.d. “informativa *privacy*” si presentano con quella medesima dimensione in assoluta distonia: sopraffatto da un profluvio di comunicazioni di affatto semplice e immediata comprensione, l’interessato, con pressoché automatico e – questo sì, istantaneo - gesto “spunta” la “casella” e manifesta così la sua “inequivoca” volontà senza nemmeno aver dato lettura, senza davvero *sapere* della messa a disposizione dei propri dati personali per finalità di profilazione e delle possibili conseguenze che da quella possono discendere.

Occorre, allora, che il consenso torni ad essere ciò che deve essere: non «vuota cerimonia»<sup>685</sup>, «simulacro di autodeterminazione»<sup>686</sup>, o «vuoto formalismo»<sup>687</sup>, ma manifestazione di volontà informata e consapevole, adottata da un soggetto che ha bene compreso, valutato e ponderato i rischi connessi all’operazione cui è chiamato ad acconsentire; occorre che l’interessato, lungi dall’essere passivo ricettore di una serie di inintelligibili comunicazioni, sia messo in condizione di divenire attivo decisore delle scelte che incidono sulla sorte dei propri dati personali e gestore dei processi che li interessano. E per fare questo occorre intervenire sull’informativa.

Più in particolare, la proposta avanzata è di immaginare un’informativa “stratificata”, ovvero costruita su due complementari “livelli”, e “*smart*”, in cui le nuove tecnologie e la stessa profilazione sono chiamate a rivestire un ruolo chiave.

Perseguendo il fine della immediata chiarezza e della semplificazione attraverso la *riduzione* del numero di informazioni da fornire, il primo “livello” informativo è pensato per rendere esclusivamente quelle più “urgenti”, più

---

<sup>685</sup> I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, cit., p. 90.

<sup>686</sup> L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., p. 260.

<sup>687</sup> A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 679/2016*, cit., p. 148.

indispensabili, segnatamente da individuarsi (nel caso assunto a oggetto di studio di fornitura di un contenuto o servizio digitale in cambio di un diritto a trattare dati personali *ex art. 3, Direttiva UE n. 770/2019*): i) nel fatto che l'accesso al contenuto o servizio viene *pagato* attraverso la concessione di un diritto a trattare i propri dati personali, ii) nelle finalità del trattamento cui l'interessato acconsente e nelle conseguenze che da quest'ultimo possono derivare, iii) nella identità del titolare del trattamento e iv) nella revocabilità in qualsiasi momento del consenso. È poi nel secondo "livello", dedicato alla resa di tutte le ulteriori necessarie informazioni di maggiore dettaglio (cfr. il lungo elenco di cui all'art. 13 GDPR), che la profilazione è chiamata a intervenire al fine di una più efficiente implementazione "*smart*" dell'obbligo informativo. L'idea è invero piuttosto semplice: utilizzare la profilazione algoritmica per rendere un'informativa "*personalizzata*". Nell'era "*datificata*" dei *big data*, i lunghi e standardizzati elenchi di comunicazioni identicamente presentate a tutti i loro destinatari costituiscono incrostazioni del passato che devono essere abbandonate; nell'era dei *big data* e della profilazione algoritmica, in cui "tutto" può essere personalizzato, in cui l'impresa profilante incessantemente raccoglie e analizza i dati dell'interessato per potergli presentare annunci pubblicitari costruiti "a sua misura", si impone l'adozione di un'informativa che, grazie a quella medesima analisi algoritmica di profilazione, sia altrettanto "a misura" del suo destinatario, tanto nelle modalità impiegate per la resa delle informazioni quanto nei suoi contenuti, con la messa in maggiore evidenza di quelle che, appunto, in virtù del profilo, risultano per il medesimo destinatario dell'informativa di maggiore rilevanza. Come argomentato, un vero e proprio obbligo in tal senso sembrerebbe già rinvenibile nella trama dei principi di cui al GDPR, e in particolare può essere inferito dal c.d. principio della *privacy by design* e *by default*: se il professionista già organizza e fonda la propria attività di impresa sulla profilazione del consumatore, allora, per potersi dire diligentemente adempiente agli obblighi di cui al Regolamento, tra cui, appunto, quello di cui all'art. 12 che gli richiede di «adottare misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli

13 e 14», egli sarà tenuto a fare uso di quelle medesime tecnologie di profilazione altresì al fine di un'adeguata implementazione dei suoi obblighi informativi.

Ma per rendere l'interessato effettivamente "in controllo" dei propri dati e dei processi di elaborazione che li riguardano non è evidentemente sufficiente intervenire sulla sola informativa. Per poter adottare, in una prospettiva *ante-trattamento*, una decisione consapevole circa la "cessione" dei suoi dati e per essere in condizione, in una prospettiva *post-trattamento*, di eventualmente contestare gli esiti delle analisi algoritmiche sugli stessi compiute, occorre che il "funzionamento" di quelle medesime operazioni che si avvalgono dell'IA per scopi di profilazione dell'interessato siano ad egli comprensibili, che i processi che conducono alla costruzione dei profili siano *pienamente ricostruibili e spiegabili*.

Diversamente da quanto appena sopra rilevato in merito alle criticità, di natura prettamente empirica, che affliggono il consenso, il tema della *intrinseca opacità* dei sistemi di IA impiegati per scopi di profilazione presenta una doppia dimensione problematica, sia fattuale che normativa.

Nel primo senso, infatti, dato per dimostrato che, per potersi considerare "*significativa*", una spiegazione relativa al trattamento in parola impone la conoscibilità della "logica interna" seguita dall'algoritmo (a nulla servendo l'accesso al codice sorgente ed essendo invece del tutto insufficiente una "esterna" spiegazione c.d. "controfattuale"), la realtà dei fatti riportata dagli stessi *computer scientists* costringe a riconoscere l'impossibilità di una sua piena comprensibilità. Si tratta dell'arcinota questione della "*black box*": rispetto a un trattamento quale quello in esame, in cui l'IA elabora ad una velocità irraggiungibile un'immane quantità di dati, ciò che avviene tra l'immissione dei dati stessi nella macchina e la restituzione finale del profilo da parte di quella è coperto da un ineliminabile, non disvelabile manto di

oscurità;<sup>688</sup> elaborando senza sosta un flusso di dati tale che per quantificarli è stato di recente necessario coniare nuove unità di misura, l’algoritmo, da quelli “apprendendo”, dispiega una logica in continua evoluzione, la quale infine sfugge alla comprensione del medesimo soggetto che quell’algoritmo ha in origine programmato, incapace di ricostruire a valle, nei “classici” termini logici di “causa-effetto”, le ragioni a fondamento delle inferenze compiute e delle correlazioni individuate dalla macchina.

Come si diceva, peraltro, il tema presenta un profilo problematico non solo su di un piano fattuale, ma altresì da un punto di vista “normativo”. E ciò per la banale constatazione che tale appena rilevato “dato di fatto” non risulta invero considerato dall’ordinamento: la disciplina di cui al GDPR è inevitabilmente lacunosa nella misura in cui non si pone il problema della ineludibile opacità connaturata ai trattamenti automatizzati in parola. Se pure, infatti, esistono validi argomenti per risolvere in senso affermativo la questione, in dottrina ampiamente dibattuta, relativa alla possibilità di rinvenire, nel sistema normativo di cui al Regolamento, un “diritto alla spiegazione” esercitabile nei confronti del titolare da parte dell’interessato destinatario di una «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (cfr. art. 22 GDPR), resta cionondimeno irrisolto e non affrontato il tema della effettiva (*in*)spiegabilità di tali trattamenti, ovvero della (*im*)possibilità stessa di rendere all’interessato medesimo una spiegazione che possa eventualmente consentirgli di contestare il profilo che gli sia stato applicato.

Di qui, la necessità di un intervento nel senso della inequivoca affermazione, perlomeno in tutti quei casi in cui a rischio di lesione sono i diritti fondamentali dell’interessato, di un *divieto tout court* (non superabile, come nel caso delle eccezioni di cui all’art. 22, par. 3, GDPR) di procedere a un trattamento che,

---

<sup>688</sup> Cfr., su tutti, F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret Algorithms That Control Money and Information*, cit., p. 3: «we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other».

per la complessità del sistema di IA per il tramite del quale viene svolto, non sia compiutamente spiegabile nei suoi esiti.

Appare, allora, evidente che, in chiave complementare alla disciplina già vigente di cui al GDPR, il *focus* del regolatore deve spostarsi per guardare non tanto alla “materia prima” che viene lavorata, i dati personali, quanto piuttosto agli “strumenti”, gli algoritmi di IA, che vengono impiegati per l’analisi ed elaborazione di quei dati e, quindi, per la costruzione e applicazione dei profili. E in tal senso, invero, il legislatore eurounitario pare essersi mosso adottando di recente una proposta di Regolamento «che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale» e, più in particolare, prevedendo, per i c.d. sistemi di IA “ad alto rischio”, quello che è stato qui denominato, con formula sintetica, un “principio di spiegabilità *by design*”: per poter essere immesso sul mercato e utilizzato, il sistema di IA deve *sin dall’origine* essere *progettato e sviluppato* in modo tale che il suo funzionamento sia in ogni momento del suo “ciclo di vita” *tracciabile, intellegibile e sorvegliabile* dall’essere umano (cfr. artt. 12-14); l’IA deve “nascere”, venire ad esistenza, con “*incorporata*” al suo interno, nella sua “architettura”, l’accessibilità della sua logica operativa. In altre parole, e rispetto allo specifico oggetto di interesse del presente studio, si può concludere che, ai sensi delle disposizioni di cui alla proposta di Regolamento, l’impiego di un sistema di IA a scopi di profilazione risulterà lecito solo laddove, nei casi “ad alto rischio”, l’*output* dell’algoritmo, ovvero il profilo, potrà essere compiutamente compreso nelle sue ragioni giustificative, solo laddove i meccanismi che guidano e conducono alla costruzione del profilo e le inferenze e le correlazioni compiute e trovate dall’algoritmo per pervenire al risultato profilatorio potranno dirsi pienamente spiegabili; viceversa, laddove la ricostruibilità della sua logica operativa e la comprensibilità dei suoi esiti manchino, il trattamento non potrà avere luogo. Se l’espresa affermazione di un simile “principio di spiegabilità”, con gli esiti di cui si è appena detto, deve senza dubbio essere salutata con favore, delle conclusive note critiche si sono tuttavia sollevate in merito alla “tecnica regolatoria” adottata dalla proposta di Regolamento, la quale, per

l'implementazione di quel medesimo principio, rinvia – qui il punto che si ritiene problematico –*esclusivamente* all'autonomia privata.

Ora, che spetti allo stesso privato che si assume di progettare e sviluppare l'IA di tradurre in “regole operative” quel principio legislativamente sancito è intrinsecamente implicato e imposto dallo stesso fatto che quel principio medesimo debba, per l'appunto, essere “*by design*” incorporato nel sistema di IA; la concreta individuazione delle regole di dettaglio che, settore per settore, meglio sono capaci di dare al principio specifica declinazione non può evidentemente competere al legislatore, bensì, di necessità, va rimessa, secondo un principio di sussidiarietà, al privato. E tuttavia – ecco il punto – un “assoluto” rinvio all'autonomia privata, slegato, cioè, da qualsivoglia forma di guida e assistenza nell'individuazione della regola chiamata a concretizzare il principio, nonché di qualsivoglia forma di riconoscimento e vincolatività da parte dell'ordinamento di quella stessa regola autoprodotta rischia di essere foriero di grave incertezza.

In questo senso, allora, decisamente preferibile sarebbe stato invece un intervento di tipo più prettamente “*co-regolamentare*” analogo a quello adottato dal GDPR, che ha diversamente saputo più incisivamente valorizzare lo strumento costituito dai cc.dd. codici di condotta costruendo un sistema basato su una procedura di adozione della regola di fonte privata compartecipata, condivisa con l'autorità pubblica, e assistita da un (premiato) meccanismo sanzionatorio capace di dare a quella stessa regola prodotta dall'autonomia privata il crisma della vincolatività.



## BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE, G., *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958
- ACQUISTI, A., TAYLOR, C., WAGMAN, L., *The Economics of Privacy*, in *Journal. of Economic Literature*, 2016
- ACQUISTI, A., GROSSKLAGS, J., *What Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, in A. ACQUISTI, S. GRITZALIS, C. LAMBRINOUDAKIS, S. DI VIMERCATI (a cura di), *Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices*, Boca Raton, 2007
- ADDIS, F., *Diritto comunitario e “riconcettualizzazione” del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009
- AKERLOF, G.A., *The Market of “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quart. Journal of Economics*, 1970
- ALEXY, R., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005
- ALPA, G., GALLETTO, T., *Codici di condotta*, in *Dig. IV, Sez. civ., Agg. VI*, Torino, 2011
- ALPA, G., *La causa e il tipo*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006
- ALPA, G., ROSSI CARLEO L., (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005
- ALVISI, C., *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- ARIELY, D., *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, 2008

- ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960
- AYRES, I., SCHWARTZ, A., *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, in *Stanford Law Review*, 2014
- BAKOS, Y., MAROTTA-WURGLER, F., TROSSEN, D.R., *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, in *The Journal of Legal Studies*, 2014
- BALDASSARRE, A., voce «*Iniziativa economica privata*», in *Enc. del dir.*, vol. XXI, Milano, 1971
- BALKIN, J.M., *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal*, 2017
- BARCELLONA, M., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e diritto privato*, 2011
- BARCELLONA, M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008
- BARCELLONA, M., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996
- BARCELLONA, P., *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998
- BARCELLONA, P., voce «*Libertà contrattuale*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano, 1974
- BARELA, M., *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Rivista di diritto industriale*, 2019

BAR-GILL, O., *Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences And (Mis)Perceptions*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019

BAR-GILL, O., BEN SHAHAR, O., *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A critique of European Consumer Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 2013

BAROCAS, S., SELBST, A.D., *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016

BAROCAS, S., NISSENBAUM, H., *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, in J. LANE, V. STODDEN, S. BENDER, H. NISSENBAUM, *Privacy, Big Data and the Public Good*, New York, 2014

BATTELLI, E., *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020

BATTELLI, E., *L'attuazione delle Direttiva sui consumatori, tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Europa e diritto privato*, 2014

BECHER, S.I., FELDMAN, Y., *Manipulating, Fast and Slow: The Law of Non-verbal Market Manipulations*, in *Cardozo Law Review*, 2016

BENACCHIO, G.A., *Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2018

BENEDETTI, A. M., voce "Contratto asimmetrico", in *Enciclopedia del diritto, Annali*, V, Milano, 2012

BENEDETTI, G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998

BENEDETTI, G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997

- BENNETT, S. C., *Regulating Online Behavioral Advertising*, in *The John Marshall Law Review*, 2011
- BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.E., *More than you wanted to Know: The failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014
- BEN-SHAHAR, O., PORAT, A., *Personalizing Negligence Law*, in *New York University Law Review*, 2016
- BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.E., *The failure of mandated disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011
- BEN-SHAHAR, O., *The Myth of the “Opportunity to Read” in Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2009
- BERLIN, I., *Libertà*, Milano, 2010
- BERLIN, I., *La libertà e i suoi traditori*, Milano, 2005
- BERLIN, I., *Il potere delle idee*, Milano, 2003
- BERLIN, I., *Due concetti di libertà*, Milano, 2000
- BERLIN, I., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, Milano, 1994
- BERNES, A., *Enhancing Transparency of Data Processing and Data Subject's Rights Through Technical Tools: The PIMS and PDS Solution*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (a cura di), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Springer Singapore, 2021
- BETTI, E., voce *Negozio giuridico*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, Milano, 1958
- BETTI, E., voce *Autonomia privata*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. II, Milano, 1957
- BIANCA, C. M., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita notarile*, 2001
- BIANCA, C. M., *Diritto Civile*, III, Milano, 2000

- BIANCA, M., *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Rivista di diritto civile*, 2011
- BIFERALI, G., *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018
- BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- BOBBIO, N., *Comandi e consigli*, in T. GRECO (a cura di), *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970
- BOBBIO, N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969
- BOERMAN, S. C., KRUIKEMEIER, S., ZUIDERVEEN BORGESIOUS, F. J., *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Advertising*, 2017
- BOGNI, M., DEFANT, A., *Big data: diritti IP e problemi di privacy*, in *Il diritto industriale*, 2015
- BOLOGNINI, L., PELINO, E., BISTOLFI, C., (a cura di), *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, Milano, 2016
- BONAVITA, S., *Privacy e profilazione dei clienti nel settore della grande distribuzione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2008
- BOZZI, L., *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e diritto privato*, 2020
- BRAVO, F., *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso "Mevaluate"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021
- BRAVO, F., *Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional*

*Balancing of Interests?*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020

BRAVO, F., *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020

BRAVO, F., *L'“architettura” del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019

BRAVO, F., *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019

BRAVO, F., *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018

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

BRECCIA, U., sub art. 1322, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, Milano, 2011

BURRELL, J., *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016

BUSCH, C., DE FRANCESCHI, A., *Algorithmic Regulation and Personalized Law: A Handbook*, London, 2020

BUSCH, C., *Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019

BUSCH, C., *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Warwick, 2016

- BUTTÀ, A., *Google search (shopping): an overview of the european commission's antitrust case*, in *Antitrust and Public Policies*, 2018
- CAFAGGI, F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Politica del diritto*, 2001
- CAGGIANO, I.A., *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018
- CALDERS, T., CUSTERS, B., *What is Data Mining and How does it Work?*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013
- CALDERS, T., ZLIobaite, I., *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013
- CALIFANO, L., *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017
- CALISAI, F., *I diritti dell'interessato*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- CALO, R., *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014
- CALO, R., *Against notice skepticism in privacy (and elsewhere)*, in *Notre Dame Law Review*, 2012

CAMARDI, C., (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, Padova, in corso di pubblicazione

CAMARDI, C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019

CAMARDI, C., *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e diritto privato*, 1998

CANHOTO, A., BACKHOUSE, J., *General description of the process of behavioural profiling*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, 2008

CARAPEZZA FIGLIA, G., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2015

CARAPEZZA FIGLIA, G., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013

CARLONI, E., *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2020

CARROLL, K., COATES, D., *Teaching Price Discrimination: Some Clarification*, in *Southern Economic Journal*, 1999

CASEY, A.J., NIBLETT, A., *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal*, 2017

CASSESE, S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000

CASSESE, S., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000

CASTRONOVO, C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010



- CESARINI SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, Milano, 1963
- CHECCHINI, B., *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019
- CHECCHINI, B., *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012
- CHEN, L., MA, R., HANNÁK, A., WILSON, C., *Investigating the Impact of Gender on Rank in Resume Search Engines*, in *Proceedings of the 2018 chi conference on human factors in computing systems*, 2018
- CHERUBINI, M.C., *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005
- CHIECO, P., *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002
- CITRON, D.K., PASQUALE, F., *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 2014
- COHEN, J.E., *What Privacy Is For*, in *Harvard Law Review*, 2013
- COSTA, A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007
- CRICENTI, G., *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011
- CRISCI, S., *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei procedimenti "algoritmici"*, in *Diritto di Internet*, 2019
- CRISCUOLO, F., *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000
- CUSTERS, B., *Profiling as Inferred Data. Amplifier Effects and Positive Feedback Loops*, in E. BAYAMLIOĞLU, I. BARALIUC, L. JANSSENS, M.

HILDEBRAND (a cura di), *Being Profiled. Cogitas Ergo Sum: 10 Years of Profiling the European Citizen*, Amsterdam, 2018

CUSTERS, B., *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013

CUSTERS, B., *Predicting Data that People Refuse to Disclose*, in *Privacy Observatory Magazine*, 2012

D'ACQUISTO, G., NALDI, M., *Big Data e Privacy by Design. Anonimizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Torino, 2017

DALLE VEDOVE, G., «*Le pratiche commerciali aggressive*», in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008

DE CRISTOFARO, G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2014

DE CRISTOFARO, G. (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007

DE FRANCESCHI, A., *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019

DE GRAAF, T., *Consequences of nullifying an agreement on account of personalised pricing*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019

DE MEO, R., *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013

DE NOVA, G., DELFINI, F., *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto privato*, 2000

- DELFINI, F., *Il commercio elettronico: inquadramento generale*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014
- DELFINI, F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002
- DELFINI, F. *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, in *Contratti*, 2000
- DELMASTRO, M., NICITA, A., *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019
- DE POLI, M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- DI BONA, L., *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche ed Economiche*, 2014
- DI CIOMMO, F., *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- DI NELLA, L., *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007
- DI PORTO, F., *Algorithmic Disclosure Rules*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2021
- DI PORTO, F., *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017
- DI PORTO, F., *Dalla convergenza digitale-energia l'evoluzione della specie: il consumatore «iper-connesso»*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016
- DI PORTO, F., *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in *Concorrenza e mercato*, 2016

D'IPPOLITO, G., *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020

D'ORAZIO, R., *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019

EDWARDS, L., VEALE, M., *Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law and Technology Review*, 2017

ESPOSITO, M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003

EZRACHI, A., STUCKE, M. E., *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, Massachusetts, 2016

FALLETTI, E., *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020

FARACE, D., *Privacy by design e privacy by default*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019

FAYYAD, U., PIATETSKY-SHAPIRO, G., SMYTH, P., *From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases*, in *AI Magazine*, 1996

FAYYAD, U., PIATETSKY-SHAPIRO, G., SMYTH, P., *The KDD Process for Extracting Useful Knowledge from Volumes of Data*, in *Communications of the ACM*, 1996

FEMIA, P., voce "Discriminazione (divieto di)", in *Enciclopedia del Diritto, i Tematici, Contratto* a cura di Giovanni D'Amico, Milano, 2021

FEMIA, P., *Autonomia e autolegislazione*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016

- FEMIA, P., *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2003
- FERRARI, M., *L'uso degli algoritmi nell'attività amministrativa discrezionale*, in *Il diritto degli affari*, 2020
- FERRI, G. B., *Il negozio giuridico*, Padova, 2004
- FERRI, G. B., voce *Negozio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XII, Torino, 1995
- FERRI, G. B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1979
- FINOCCHIARO, G., *Il principio di accountability*, in *GDPR tra continuità e discontinuità*, a cura di R. Caterina, in *Giurisprudenza italiana*, 2019
- FINOCCHIARO, G., *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in ID. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017
- FINOCCHIARO, G., *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017
- FINOCCHIARO, G., *La firma digitale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 2000
- FLORIDI, L., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017
- FOLLIERI, L., *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005
- FUSARO, A., *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019
- GABRIELLI, E., *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018
- GAL, M.S., *Algorithmic Challenges to Autonomous Choice*, in *Michigan Technology Law Review*, 2018

- GALLO, P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2007
- GAZZONI, F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di diritto civile*, 1978
- GENTILI, A., *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2019
- GENTILI, A., *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009
- GENTILI, A., *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Rivista di diritto civile*, 2000
- GIANNONE CODIGLIONE, G., *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019
- GIANNONE CODIGLIONE, G., *Risk-based approach e trattamento dei dati personali*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Padova, 2016
- GIORGIANNI, M., *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962
- GRAFANAKI, S., *Autonomy Challenges in the Age of Big Data*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2017
- GRECO, F., *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017
- GRISI, G., *Informazione (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV, 2001
- GROCHOWSKI, M., JABLONOWSKA, A., LAGIOIA, F., SARTOR, G., *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, in *Critical Analysis of Law*, 2021

- GRONDONA, M. *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010
- GUARNIERI, A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1994
- GUTWIRTH, S., HILDEBRANDT, M., *Some Caveats on Profiling*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT (a cura di), *Data Protection in a Profiled World*, Dordrecht, 2010
- HACKER, P., KRESTEL, R., GRUNDMANN, S., NAUMANN, F., *Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2020
- HACKER, P., *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, in *Common Market Law Review*, 2018
- HACKER, P., *Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates*, in *European Review of Private Law*, 2017
- HANSON, J. D., KYSAR, D. A., *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999
- HANSON, J.D., KYSAR, D.A., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 1999
- HARARI, Y. N., *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017
- HARARI, Y. N., *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017
- HAVARD, C.J., *"On the Take": The Black Box of Credit Scoring and Mortgage Discrimination*, in *Public Interest Law Journal*, 2011
- HELBERGER, N., *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Digital Revolution: challenges for contract law in practice*, Baden-Baden, 2016

- HELVESTON, M.N., *Consumer Protection in the Age of Big Data*, in *Washington University Law Review*, 2016
- HILDEBRANDT, M., TIELEMANS, L., *Data protection by design and technology neutral law*, in *Computer Law and Security Review*, 2013
- HILDEBRANDT, M., *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in *Digital Enlightenment Yearbook*, 2012
- HILDEBRANDT, M., KOOPS, B., *The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era*, in *The Modern Law Review*, 2010
- HILDEBRANDT, M., *Defining profiling: a new type of knowledge?*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, 2008
- HOFFMASTER, B., *What Does Vulnerability Mean?*, in *The Hastings Center Report*, 2006
- HURLEY, M., ADEBAYO, J., *Credit Scoring in the Era of Big Data*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2017
- KAHNEMAN, D., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012
- KAISER, B., *La dittatura dei dati*, Milano, 2019
- KANT, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bari, 1980
- KAPTEIN, M., ECKLES, D., *Heterogeneity in the Effects of Online Persuasion*, in *Journal of Interactive Marketing*, 2012
- KAY, J., *Scrutable adaptation: Because we can and must*, in V.P. WADE, H. ASHMAN, B. SMYTH (a cura di), *International Conference on Adaptive Hypermedia and Adaptive Web-Based Systems*, Berlin, Heidelberg, 2006
- KNIGHT, E., *AI and Machine Learning-Based Credit Underwriting and Adverse Action Under the ECOA*, in *The Business & Finance Law Review*, 2020
- LISERRE, A., *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971



- IRTI, C., *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021
- IRTI, N., *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018
- IRTI, N., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000
- IRTI, N., “E’ vero ma...” (replica a Giorgio Oppo), in *Rivista di diritto civile*, 1999
- IRTI, N., *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998
- IRTI, N., *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998
- LAGHI, P., *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, 2015
- LAMMERANT, H., DE HERT, P., *Predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever*, in B. VAN DER SLOOT, D. BROEDERS, E. SCHRIJVERS (a cura di), *Exploring the boundaries of big data*, Amsterdam, 2016
- LA ROCCA, L., *Sub art. 24 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012
- LERNER, J. S., LI, Y., VALDESOLO, P., KASSAM, K. S., *Emotion and Decision Making*, in *Annual Review of Psychology*, 2015
- LA SPINA, A., *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022
- LIBERTINI, M., *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa e diritto privato*, 2018
- LIBERTINI, M., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in M. GRILLO (a cura di), *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010

- LIBERTINI, M., voce “Concorrenza”, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, 2010
- LIBERTINI, M., SANFILIPPO, P. M., *Obbligo a contrarre*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XII, Torno, 1995
- LIBERTINI, M., *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981
- LIPARI, N., *Le fonti del diritto*, Milano 2008
- LIPARI, N., *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Rivista di diritto civile* 2007
- LIPARI, N., *La formazione negoziale del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1987
- LOEWENSTEIN, G., SUNSTEIN, C.R., GOLMAN, R., *Disclosure: Psychology Changes Everything*, in *Annual Review of Economics*, 2013
- LO SURDO, C., Sub art. 20 cod. cons., in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012
- LOWRY, S., MACPHERSON, G., *A blot on the profession*, in *British Medical Journal*, 1988
- MAFFEIS, D., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015
- MAFFEIS, D., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008
- MAFFEIS, D., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007
- MAGGIOLINO, M. *Concorrenza e piattaforme tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017

MAGGIOLINO, M., *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016

MALGIERI, G., *Manipolazione commerciale e privacy mentale all'ombra del GDPR*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018

MALGIERI, G., COMANDÉ, G., *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017

MANFRELOTTO, R., *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019

MANTELERO, A., *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018

MANTELERO, A., *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017

MANTELERO, A., *Children online and the future EU data protection framework. Empirical evidences and legal analysis*, in *International Journal of Technology Policy & Law*, 2016

MAYER-SCHÖNBERGER, V., PADOVA, Y., *Regime Change? Enabling Big Data Through Europe's New Data Protection Regulation*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, 2016

MAYER-SCHONBERGER, V., CUKIER, K., *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013

- MAZZAMUTO, S., *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Jus civile*, 2016
- MAZZAMUTO, S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011
- MCDONALD, A.M., CRANOR, L., *The cost of reading privacy policies*, in *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008
- MCSTAY, A., *Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional life: an unusual consensus on privacy*, in *Big Data & Society*, 2020
- MCSTAY, A., *Digital advertising*, Basingstoke, 2009
- MENGONI, L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997
- MENGONI, L., *Persona e iniziativa economica nella costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996
- MENGONI, L., *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. III, Padova, 1965
- MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXI, tomo 1, Milano, 1968
- MESSINETTI, R., *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019
- MEZZANOTTE, F., *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 2018
- MILLER, A.A., *What Do We Worry About When We Worry about Price Discrimination - The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, in *Journal of Technology Law & Policy*, 2014
- MILLER, T., *Explanation in Artificial Intelligence: insights from the social sciences*, in *Artificial intelligence*, 2018

- MIRABELLI, G., voce *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978
- MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, tomo II, Milano, 1958
- MITTELSTADT, B., *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philosophy and Technology*, 2017
- MITTONE, L., SAVADORI, L., *The scarcity bias*, in *Applied Psychology*, 2009
- MORENO, M.A., JELENCHICK, L.A., EGAN, K.G., COX, E., YOUNG, H., GANNON, K.E., BECKER, T., *Feeling bad on Facebook: depression disclosures by college students on a social networking site*, in *Depression & Anxiety*, 2011
- MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in ID. (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli 2002
- MOSCARINI, A., *Le fonti dei privati*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010
- MOSCARINI, L. V. *Riflessioni sul tema del “contratto giusto”*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006
- NAVARRETTA, E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017
- NAVARRETTA, E., *Libertà fondamentali dell’U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Rivista di diritto civile*, 2015
- NAVARRETTA, E., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2014
- NAVARRETTA, E., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998
- NAZZARO, A. C., *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Informatica e diritto*, 2010

- NIVARRA, L., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989
- NUZZO M., (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014
- NUZZO, M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011
- NUZZO, M., *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996
- OPPO, G., *Disumanizzazione del contratto?*, in *Rivista di diritto civile*, 1998
- ORLANDO, S., *Regole di immissione sul mercato e pratiche di intelligenza artificiale vietate*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, Padova, in corso di pubblicazione.
- ORLANDO, S., *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011
- OROFINO, A.G., GALLONE, G., *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020
- PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionali, parte speciale*, Padova, 1992
- PAGLIANTINI, S., *Commento all'art. 51 codice del consumo*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo*, Padova, 2015
- PALLONE, E.C., *“Internet of Things” e l'importanza del diritto alla privacy tra opportunità e rischi*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016
- PARENZO, B., *Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla proposta di regolamento sull'IA*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, Padova, in corso di pubblicazione

- PARENZO, B., *Sull'importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali "gratuiti"*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2021
- PARENZO, B., *Dati personali come "moneta". Note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020*, in *Jus civile*, 2020
- PASQUALE, F., *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge, Massachusetts, London, 2015
- PATTI, S., *Consenso*, sub art. 23), in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario*, Padova, 2007
- PERLINGIERI, C., *Social Networks and Private Law*, Napoli, 2017
- PERLINGIERI, G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018
- PERLINGIERI, P., *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016
- PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- PERLINGIERI, P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rassegna di diritto civile*, 1995
- PICCOLI, P., ZANOLINI, G., *Il documento elettronico e la "firma digitale"*, in E. TOSI, (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999
- PIERUCCI, A., *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- PELLECCHIA, E., *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della*

responsible research and innovation, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018

PEZZOLI, A., TONAZZI, A., *Discriminazione e collusione tacita tra lessico, intelligenza artificiale e algoritmi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019

PIRAINO, F., *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017

PINO, G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008

PINO, G., *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 2002

PIZZETTI, F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016

PODESTA, J., *Big data: seizing opportunities, preserving values*, Washington, 2014

POLETTI, D., CAUSARANO, M.C., *Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019

POPOLI, A.R., *Codici di condotta e certificazioni*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Torino, 2019

PORAT, A., STRAHILEVITZ, L.J., *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Michigan Law Review*, 2014

PREDIERI, A., *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963

PROSPERETTI, E., *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019



- PROSPERI, F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, 2008
- RENDE, F., *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2012
- RESCIGNO, P., *Il contratto in generale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, 1988
- RESCIGNO, P., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959
- RESTA, G., *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019
- RICCI, A., *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2017
- RICCIO, G.M., SCORZA, G., BELISARIO E., (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy, Commentario*, Milano, 2018
- RICCIUTO, V., *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, 2020
- RICCIUTO, V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- RICHARDS, J.I., CURRAN, C.M., *Oracles on "advertising": searching for a definition*, in *Journal of Advertising*, 2002
- RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015
- RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995
- RODOTÀ, S., *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977
- ROMEI, A., RUGGIERI, S., *Discrimination Data Analysis: a Multi-disciplinary Bibliography*, in B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY (a cura

- di), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, 2013
- ROPPO, V., *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014
- ROPPO, V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011
- ROPPO, V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002
- ROPPO, V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001
- ROPPO, V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001
- ROSE, M., RAHMAN, M., *Who's Paying More to Tour These United States? Price Differences in International Travel Bookings*, in *Technology Science*, 2015
- ROSS, S.A., *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *American Economic Review*, 1973
- ROSSI CARLEO L., (a cura di), *Diritto dei consumi*, Torino, 2015
- RUBINFELD, D.L., GAL, M.S., *Access Barrier to big data*, in *Arizona Law Review*, 2017
- RUGGERI, R., *"Internet delle cose" e problematiche giuridiche: alcune considerazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016
- SACCO, R., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015

- SACCO, R., *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto. Tomo primo*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Milano, 2004
- SACCO, R., *Il diritto muto*, in *Rivista di diritto civile*, 1993
- SACCO, R., voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. I, Milano, 1987
- SCALISI, V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998
- SCALISI, V., *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Rivista di diritto civile*, 1998
- SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge, Massachusetts, London, 2003
- SCHMITZ, A.J., *Secret Consumer Scores and Segmentations: Separating Consumer 'Haves' from 'Have-Nots'*, in *Michigan State Law Review*, 2014
- SCHLESINGER, P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999
- SCOTTI, A., *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019
- SENIGAGLIA, R., *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021
- SENIGAGLIA, R., *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2020
- SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020
- SENIGAGLIA, R., *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011
- SERRANI, D., *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965

- SESSO SARTI, O., *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017
- SIEGEL, E., *Analisi predittiva. Sapere in anticipo chi clicca, compra, mente o muore*, Milano, 2015
- SILEONI, S., *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- SIMONCINI, A., *Quale modello per la regolazione dell'intelligenza artificiale? L'Europa al bivio*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale. Atti del convegno – Ca' Foscari – Venezia – 25 - 26 novembre 2021*, Padova, in corso di pubblicazione
- SIMONCINI, A., *Autorità indipendenti e costruzione dell'ordinamento giuridico: il caso del Garante per il trattamento dei dati personali*, in *Diritto pubblico*, 1999
- SOLOVE, D.J., *Introduction: privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 2013
- SOLOVE, D.J., *"I've Got Nothing to Hide" and Other Misunderstandings of Privacy*, in *San Diego Law Review*, 2008
- STIGLITZ, J.E., *Informazione, economia pubblica e macroeconomia*, Bologna, 2002
- STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947
- STRANDBURG, K. J., *Free Fall: The Online Market's Consumer Preference Disconnect*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2013
- STRINATI, C., *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amministrativo*, 2020

- SUNSTEIN, C.R., *Choosing Not to Choose*, in *Duke Law Journal*, 2014
- SUNSTEIN, C.R., *Deciding by default*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013
- TABARRINI, C., *Explainability Due Process: Legal Guidelines for AI-Based Business Decisions*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (a cura di), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Springer Singapore, 2021
- TABARRINI, C., *Comprendere la "bigmind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019
- TENE, O., POLONETSKY, J., *To Track or "Do Not Track": Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising*, in *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, 2012
- TEUBNER, G., *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019
- THALER, R. H., SUNSTEIN, C. R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014
- THALER, R. H., *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*, Princeton, 1992
- TICKLE, A.B., *The Truth Will Come to Light: Directions and Challenges in Extracting the Knowledge Embedded Within Trained Artificial Neural Networks*, in *IEEE Transactions On Neural Networks*, 1998
- TORINO, R., *La valutazione d'impatto (Data Protection Impact Assessment)*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- TOWNLEY, C., MORRISON, E., YEUNG, K., *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*, in *Yearbook of European Law*, 2017

- TUROW, J., *The daily you. How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth*, New Haven, London, 2011
- TUROW, J., HENNESSY, M., BLEAKLEY, A., *Consumer's Understanding of Privacy Rules in the Marketplace*, in *Journal of Consumers Affairs*, 2008
- TVERSKY, A., KAHNEMAN, D., *Judgment Under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982
- TVERSKY, A., KAHNEMAN, D., *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981
- VAN DIJCK, J., *Datafication, dataism and dataveillance: big data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance and society*, 2014
- VARIAN, H. R., FARREL, J., SHAPIRO, C., *The Economics of Information Technology – An Introduction*, Cambridge, United Kingdom, 2004
- VETTORI, G., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018
- VETTORI, G., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 2017
- VETTORI G., (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007
- VETTORI, G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2003
- WACHTER, S., *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioral advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B., *A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2019
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B., RUSSELL, C., *Explaining Explanations in AI*, in *Proceedings of the Conference on fairness, accountability, and transparency*, 2019

- WACHTER, S., MITTELSTADT, B., RUSSELL, C., *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B., FLORIDI, L., *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017
- WAGNER, G., EIDENMÜLLER, H., *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019
- WEISER, M., *The Computer for the 21st Century*, in *Scientific American*, 1991
- YENGAR, S.S., KAMENICA, E., *Overload and Simplicity Seeking*, Chicago, 2007
- YEUNG, K., *Five fears about mass predictive personalization in an age of surveillance capitalism*, in *International Data Privacy Law*, 2018
- YEUNG, K., *'Hypernudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design*, in *Information, Communication & Society*, 2016
- YEUNG, K., *Nudge as Fudge*, in *The Modern Law Review*, 2012
- YONCK, R., *Heart of the machine: our future in a world of artificial emotional intelligence*, New York, 2017
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992
- ZAGREBELSKY, V., CHENAL, R., TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019
- ZARSKY, T. Z., *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, in *Theoretical Inquires in Law*, 2019
- ZARSKY, T. Z., *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, in *Seton Hall Law Review*, 2017

ZARSKY, T.Z., *Understanding discrimination in the scored society*, in *Washington Law Review*, 2014

ZARSKY, T. Z., "Mine your own business!": making the case for the implications of the data mining of personal information in the forum of public opinion, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2003

ZENO-ZENCOVICH, V., *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000

ZENO-ZENCOVICH, V., *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1993

ZOPPINI, A., *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, in G. MOLLO (a cura di), *Quaderni giuridici. Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Consob*, 2015

ZOPPINI, A., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009

ZOPPINI, A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008

ZUBOFF, S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019

ZUIDERVEEN BORGESIU, F. J., *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020

ZUIDERVEEN BORGESIU, F., POORT, J., *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017

ZUIDERVEEN BORGESIU, F. J., *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015



