

NEUROMARKETING: UN INVENTARIO DI (SPUNTATI) DIVIETI CONTRO IL PERICOLO DI UNA SCELTA MANIPOLATA

Di Beniamino Parenzo

| 539

SOMMARIO: 1. *Definizione progressiva del problema: dal marketing al neuromarketing, passando per lo smantellamento dei postulati dell'economia neoclassica.* – 2. *Una inedita asimmetria informativa e l'evidente insufficienza della previsione di obblighi informativi.* – 3. *I divieti posti dal Digital Services Act.* – 4. *Il divieto di decisioni automatizzate di cui all'art. 22 GDPR.* – 5. *I divieti di cui al Regolamento sull'IA.* – 6. *Il divieto di pratiche commerciali scorrette.*

ABSTRACT. *Capaci di disvelare e sfruttare, attraverso sofisticate tecnologie di IA, le individuali vulnerabilità del consumatore, le contemporanee pratiche di neuromarketing fanno emergere una inedita forma di asimmetria informativa. Rispetto a quest'ultima, si argomenta in primo luogo, il tradizionale rimedio informativo risulta del tutto inadeguato e inefficace. Di qui, si avverte l'esigenza della imposizione di un divieto tout court delle pratiche in esame, il quale, invero, già riesce ad essere rinvenuto in differenti plessi e luoghi normativi: segnatamente, nel Digital Services Act, nel GDPR, nell'Artificial Intelligence Act e nella disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette. Rispetto a ciascuno dei divieti rinvenibili nel sistema normativo eurounionale, tuttavia, si rilevano dei non secondari limiti e difficoltà applicative.*

Capable of revealing and exploiting, through sophisticated AI technologies, the individual vulnerabilities of the consumer, contemporary neuromarketing practices give rise to an unprecedented form of information asymmetry. With respect to this asymmetry, it is first argued, the traditional informational remedy is totally inadequate and ineffective. Hence, we advocate for the need of a strict prohibition, which, indeed, can already be found in different regulatory frameworks: namely, in the Digital Services Act, in the GDPR, in the Artificial Intelligence Act, and in the discipline of unfair commercial practices. With respect to each of the prohibitions prescribed by the European Union's regulatory system, however, significant flaws can be found.



1. Definizione progressiva del problema: dal marketing al neuromarketing, passando per lo smantellamento dei postulati dell'economia neoclassica.

| 540

La pubblicità, è noto, non ha funzione esclusivamente informativa, giacché, oltre appunto ad *informare*, risponde altresì ad una finalità di *persuasione* di coloro ai quali è diretta.¹ Il che, da una prospettiva giuridica, deve pacificamente ritenersi affatto problematico, *di per sé*.

Talune criticità di non secondario momento, come si cercherà di dimostrare “per gradi”, si pongono, tuttavia, laddove su tale premessa si innestino, per così dire, due ulteriori fattori.

Il primo consiste nelle (relativamente) recenti scoperte nel campo della psicologia cognitiva e delle neuroscienze circa i meccanismi, appunto, cognitivi e neurobiologici sottesi ai processi decisionali degli individui. Scoperte le quali, applicate in campo economico, hanno indotto ad un deciso superamento dei tradizionali neoclassici postulati che vedevano come agente protagonista del mercato il c.d. “*homo oeconomicus*”, in favore di un nuovo modello di analisi, denominato “comportamentale”, in virtù del quale si giunge a riconoscere, e quindi a *portare a sistema*, che l'individuo che compie una scelta di mercato, lungi dall'operare in via immancabilmente razionale, secondo una rigorosa logica matematico-algebrica che lo dovrebbe condurre ad adottare la decisione che meglio possa dirsi corrispondere alla massimizzazione dei propri interessi, affatto diversamente, nella gran parte dei casi, agisce guidato da emozioni² e deviato da euristiche e pregiudizi (“*bias*”) cognitivi.³

¹ Paradigmatica in questo senso la definizione stessa di “*advertising*” quale «*mediated form of communication from an identifiable source, designed to persuade the receiver to take some action, now or in the future*»; così J.I. RICHARDS, C.M. CURRAN, *Oracles on “advertising”*: *searching for a definition*, in *Journal of Advertising*, 2002, 74.

² Come rilevano J.S. LERNER, Y. LI, P. VALDESOLO, K.S. KASSAM, *Emotion and Decision Making*, in *Annual Review of Psychology*, 2015, 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 emblematica 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, 218.

³ «*Much individual decision-making occurs subconsciously, passively and unreflectively rather than through active, conscious deliberation*»; così K. YEUNG, *Hypernudge: Big Data*



In sintesi estrema, il punto è - ed esattamente perciò poco sopra si usava l'espressione "portare a sistema" - che se l'individuo agisce in modo «prevedibilmente irrazionale»⁴, la conoscenza circa tali irrazionali, ma identificabili meccanismi decisionali può essere sfruttata per incanalare il suo comportamento e, quindi, la sua scelta in una determinata direzione invece che in un'altra.⁵

E tuttavia, pure alla luce di ciò, a buona ragione, invero, ancora si fatica ad esser colti da un senso di stupita riprovazione: a bene vedere, in effetti, le pratiche di cui si sta discorrendo sono ampiamente note e diffuse (nonché, affatto illecite). 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,⁶ offra al consumatore un servizio gratuito per un periodo di prova e solo successivamente a pagamento. O, più banalmente, si pensi all'offerta di un prodotto ad € 299,90 invece che € 300: condizionato dal c.d. «*framing effect*»⁷, il destinatario dell'offerta sarà tendenzialmente indotto a ponderare la propria scelta inconsciamente avvicinando il prezzo alla cifra di € 200 invece che a quella di € 300.⁸ Ancora, taluno, emotivamente influenzabile dal c.d. «*scarcity bias*»⁹, potrebbe essere indotto all'acquisto da un annuncio che paventa che il prodotto sta per terminare; qualcun altro, persuaso dalla bontà delle scelte della maggioranza (si tratta del *bias* delle «*endogenous preferences*»¹⁰), potrebbe essere più facilmente condizionato dal fatto che il prodotto pubblicizzato è "il più venduto".

as a mode of regulation by design, in *The social power of algorithms*, a cura di D. Beer, New York, Routledge, 2018, 120. La letteratura sul tema in parola è copiosa. Volendo limitarsi ad alcuni riferimenti, si rinvia a: A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 453 ss.; IID., *Judgment Under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; R.H. THALER, *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*, Princeton, Princeton University Press, 1992; J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999, 632 ss.; IID., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 1999, 1420 ss.; O. BAR-GILL, *The Behavioral Economics of Consumer Contracts*, in *Minnesota Law Review*, 2008, 749 ss.; D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; O. BAR-GILL, *Consumer Transactions*, in *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*, a cura di E. Zamir, D. Teichman, Oxford, Oxford University Press, 2014, 465 ss.; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014.

⁴ D. ARIELY, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, Harper Collins, 2008.

⁵ Si parla, in proposito, di «*market manipulation*»; cfr. specialmente J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem*, cit., 632 ss.; IID., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence*, cit., 1420 ss.

⁶ Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 43 s.

⁷ Cfr. K. YEUNG, *Nudge as Fudge*, in *The Modern Law Review*, 2012, 126.

⁸ Distorsione cognitiva altresì definita come «*price blindness*»: cfr. J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence*, cit., 1441 s.

⁹ Tra gli altri, v. L. MITTONE, L. SAVADORI, *The scarcity bias*, in *Applied Psychology*, 2009, 453 ss.

¹⁰ Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 61 ss.

Si ribadisce, (ancora, per il momento) nessuno scandalo.¹¹

Dei fondati timori, però, si risvegliano senz'altro nel momento in cui, in tale ricostruito contesto, si insinua il “secondo fattore” di cui sopra si diceva: la possibilità, dischiusa dalle più recenti tecniche di Intelligenza Artificiale (in seguito, “IA”) di analisi delle massive quantità di dati rilasciate in rete dai consumatori digitali,¹² di disvelare gli specifici “punti deboli” di ciascuno di essi.¹³

In breve, nel contemporaneo mercato “*data-driven*”,¹⁴ l'analisi dei dati condotta dall'IA consente un formidabile salto qualitativo delle (quasi grossolane, se si vuole) pratiche di “*nudging*” di cui si è detto subito sopra, poiché da uno “statico” e “generalizzato” sfruttamento di comunemente noti e condivisi *bias* operato nei confronti della indistinta massa dei consumatori, si apre la strada alla possibilità di individuare e, dinamicamente, in via automatizzata, sfruttare le singole “falle cognitive” che più sono capaci di influenzare la decisione di acquisto del singolo consumatore.¹⁵

¹¹ Peraltro, come pure rileva S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 82, la stessa «direttiva 2005/29/CE parte dalla considerazione delle pratiche commerciali di *marketing* e pubblicitarie diffuse nel mercato, e dall'osservazione che tali pratiche sono per loro natura dirette ad influenzare i comportamenti economici dei consumatori. Tanto è chiaramente espresso dal considerando n. 6 della direttiva [...]. Da questo considerandosi si capisce non solo che la direttiva 2005/29/CE non vieta molte pratiche pubblicitarie e di *marketing* che tendono o sono idonee ad incidere sulla percezione dei prodotti e ad influenzare il comportamento economico dei consumatori, ma, più profondamente, che la direttiva ha ad oggetto la disciplina delle pratiche pubblicitarie e di *marketing* proprio in quanto esse hanno per loro natura questa finalizzazione e questa idoneità. Per quanto riguarda le attività di *marketing* e pubblicitarie (o le attività di *marketing* in senso esteso, comprendente anche le attività pubblicitarie), la direttiva 2005/29/CE fa cioè chiaro di aver ben presente la loro attuale consistenza di complesso di attività, procedure e mezzi che effettivamente mirano ad influenzare le scelte commerciali dei clienti, e di proporsi dunque di disciplinarle».

¹² Sul fenomeno, qui in poche righe solo accennato, della c.d. *big data analytics*, la letteratura più recente è vastissima. Per limitarsi, dunque, a solo alcuni riferimenti: 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, Harvard University Press, 2015; 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.

¹³ V. in particolare su questo profilo, R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014, *passim* e spec. 1016 s.

¹⁴ Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020, *passim*, reperibile al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/9-20_all.pdf; OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, Paris, Oecd publishing, 2015, reperibile al link <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

¹⁵ Cfr. K. YEUNG, ‘*Hypernudge*’, cit., 118 ss. V. anche R. CALO, *op. cit.*, 1016 s., ove, richiamando M. KAPTEIN, D. ECKLES, *Heterogeneity in the Effects of Online Persuasion*, in *Journal of Interactive Marketing*, 2012, 176 ss., l'autore 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*».

Ma v'è di più: le contemporanee tecnologie di IA consentono non soltanto di identificare le individuali euristiche che sul *piano cognitivo* possono influenzare l'adozione di una scelta da parte del consumatore, ma altresì le *condizioni emotive* al ricorrere delle quali egli può essere più incline a compierla. Emblematico in questo senso quanto portato alla luce già nel 2017 dal quotidiano *The Australian* attraverso la divulgazione di un *report* confidenziale proveniente da alcuni dirigenti di *Facebook*.¹⁶ In tale documento, 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'»¹⁷. Ancora, le tecnologie di IA consentono non soltanto di *inferire* gli stati emotivi dall'analisi dei dati disponibili, ma 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*» o della «analisi dei sentimenti» o, ancora, della «intelligenza artificiale delle emozioni».¹⁸ Come efficacemente spiega Shoshanna Zuboff, «i prodotti destinati all'analisi delle emozioni [...] 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»¹⁹.

¹⁶ Vedasi S. ZUBOFF, *op. cit.*, 321.

¹⁷ S. ZUBOFF *op. loc. ult. cit.*, 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 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, 447 ss.

¹⁸ Cfr. R. YONCK, *Heart of the machine: our future in a world of artificial emotional intelligence*, Arcade Publishing, New York, 2017; C. BURR, N. CRISTIANINI, *Can machines read our minds?*, in *Minds and Machines*, 2019, 461; S. ZUBOFF, *op. cit.*, 297 ss.; A. MCSTAY, *Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional life: an unusual consensus on privacy*, in *Big Data & Society*, 2020, 1 ss.; A. SAXENA, A. KHANNA, D. GUPTA, *Emotion Recognition and Detection Methods: A Comprehensive Survey*, in *Journal of Artificial Intelligence and Systems*, 2020, 53 ss.; E.M. INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia private: line evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2022, 515 ss.; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Artificial Intelligence, Neuroscience and Emotional Data. What Role for Private Autonomy in the Digital Market?*, in *Erasmus Law Review*, 2024, 1 ss.

¹⁹ S. ZUBOFF, *op. cit.*, 297.

Di fronte agli scenari da ultimo evocati, è inevitabile che un'inquietudine finalmente si risvegli nel giurista, richiamandone l'attenzione e sollecitandolo ad interrogare l'ordinamento: nel passaggio dalle “furbesche” modalità persuasive del *marketing* “tradizionale”, facenti leva sulle “ingenuie” falle cognitive di un genericamente inteso consumatore, alle invasive pratiche di *neuromarketing*,²⁰ che sulle acquisizioni delle neuroscienze e con il supporto dell'IA, sono in grado di penetrare l'individuale consumatore fin nel profondo delle sue emotive vulnerabilità, rischia di consumarsi un vero e proprio attentato alla capacità della persona di compiere una libera scelta²¹ (cfr. art. 41, co. 2, Cost.)²².

2. Una inedita asimmetria informativa e l'evidente insufficienza della previsione di obblighi informativi.

Se, come detto, le contemporanee pratiche di *neuromarketing* sono capaci di disvelare gli individuali profili e momenti di vulnerabilità²³ del consumatore, si pone, di primo acchito, il tema di una peculiare, inedita e “anomala”, se si vuole, forma di *asimmetria informativa*: la quale, cioè, non riguarda più soltanto la “fisiologica” condizione in cui versano le parti rispetto all'affare da concludere, rispetto, cioè, ad un assetto di interessi di cui il professionista (*ex art. 3, lett. c*), cod. cons.) è per definizione esperto, laddove invece il consumatore per definizione esperto non è (cfr. art. 3, lett. a), cod.

²⁰ Si rinvia in particolare a S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di Intelligenza Artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 3/2022, 359 ss. e all'ampia bibliografia ivi richiamata. Intorno, più in generale, ai rapporti tra diritto e neuroscienze, cfr. A. MOLLO, *Neurorights. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, in *Annuario 2022 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, a cura di S. Orlando, G. Capaldo, Roma, 2022, 191 ss.

²¹ Nei suoi termini essenziali, dunque, il tema non è affatto diverso da quello che già qualche anno fa, come rilevava S. ORLANDO, *Pratiche*, cit., 63, veniva portato ad attenzione dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette: «la direttiva 2005/29/CE statuisce in astratto in quali casi l'influenzare è legittimo e in quali casi l'influenzare diventa un “falsare”, ed è dunque illegittimo». Come, ancora, segnalava lo stesso autore, «il legislatore comunitario riconosce ai professionisti il “potere di svolgere un'attività capace di influenzare il comportamento economico dei consumatori”, stabilendo le condizioni alle quali l'attività di influenza è legittima e le condizioni alle quali l'attività di influenza è illegittima. Lo strumento tecnico è quello del divieto [...], che sta a dire, in positivo, che nell'influenzare il comportamento economico dei consumatori le imprese devono comportarsi in buona fede, e cioè, di nuovo in negativo, i professionisti non devono approfittare delle condizioni soggettive medie di vulnerabilità dei consumatori» (*ivi*, 91 s.). Similmente, cfr. anche ID., *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2011, 39 s.

²² Su tutti, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 71 ss.

²³ Su tale “poroso” concetto, si vedano, tra gli altri: M.A. FINEMAN, *The autonomy myth: a theory of dependency*, New York, New Press, 2004; EAD., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journ. Law and Feminism*, 2008, 1 ss.; A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 41 ss.; A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, spec. 5 ss.



cons.);²⁴ riguardando, invece e più problematicamente, la conoscenza che il primo acquisisce rispetto alla *stessa persona* del secondo e alle sue più intime fragilità.

Ebbene, di fronte a tale inedita forma di asimmetria, del tutto evidente è l'insufficienza dell'apparato rimediale di cui alla disciplina consumeristica, approntato dal legislatore eurounitario con il fine di riequilibrare e rimuovere un'asimmetria informativa, una "debolezza"²⁵, profondamente diversa. Del tutto insoddisfacente, in particolare, risulta il tradizionale rimedio che pretenderebbe di riequilibrare la condizione di disparità attraverso l'imposizione in capo alla parte "forte", quella che vanta il bagaglio conoscitivo che determina l'asimmetria, una serie di obblighi informativi nei confronti della controparte.

In primo luogo va rilevata la strutturale, empirica debolezza del rimedio informativo in quanto tale. Da più parti, invero, si denuncia come, alla prova dei fatti, l'efficacia di questo paia risultare ineluttabilmente afflitta da un ineliminabile paradosso,²⁶ tale per cui le due caratteristiche che l'informativa dovrebbe presentare per essere funzionale al proprio scopo – la chiarezza e la completezza – sembrano, alla luce della mole di informazioni che richiede di essere consegnata, mutualmente escludenti: dall'un lato una sintetica e perciò chiara informativa, rischia di essere troppo generica e quindi insufficiente; dall'altro lato, un'esautiva, ma troppo specifica, informazione pure, tralignando in eccesso informativo, risulta, sacrificandone la chiarezza, inefficace.²⁷

Per quanto poi riguarda, in particolare, lo specifico caso che si sta discutendo, non può non cogliersi il *nonsense* di un'informativa che abbia ad oggetto lo sfruttamento subliminale delle vulnerabilità del suo destinatario: evidente è, infatti, la intrinseca contraddittorietà logica riscontrabile nell'idea che pretenderebbe di "neutralizzare" la potenziata efficacia persuasiva di una comunicazione pubblicitaria facente leva sulle irrazionali fragilità cognitive e sulle incontrollate vulnerabilità emotive del suo destinatario

²⁴ Tra i numerosi, cfr.: 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, 769 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; S. GRUNDMANN, *Information, party autonomy and economic agents in European contract law*, in *Common Market Law Review*, 2002, 269 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 370.

²⁵ A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 373 ss.

²⁶ Si tratta del c.d. "transparency paradox": cfr. S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, in *Privacy, Big Data and the Public Good*, a cura di J. Lane, V. Stodden, S. Bender, H. Nissenbaum, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 58 s.

²⁷ Sul tema, oltre agli autori citati alla nota precedente, v. O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *The failure of mandated disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, 665 ss.; IID., *More than you wanted to Know: The failure of Mandated Disclosure*, Princeton, Princeton University Press, 2014; C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, a cura di C. Twigg-Flesner, Warwick, Edward Elgar Publishing, 2016, 221; F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 398; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, Napoli, 2017.

per il tramite di uno strumento, l’informativa, che tutt’al contrario è inteso ad agire sulla componente razionale della capacità decisionale dell’individuo;²⁸ senza considerare, peraltro, che tale stessa informativa ben potrebbe essere a sua volta confezionata e servita mediante lo sfruttamento di quelle medesime vulnerabilità.

Appurata, allora, l’inadeguatezza del rimedio informativo rispetto alle rappresentate pratiche, il rimedio più opportuno appare quello della imposizione di un divieto *tout court*, non potendosi conciliare con un sistema normativo di mercato che fa della capacità autodeterminativa del consumatore uno dei propri pilastri fondanti l’ipotesi di una scelta tanto pervasivamente indotta da risultare propriamente *manipolata*.

E invero, quella del divieto è stata precisamente la scelta del legislatore eurounitario, che, seppure non espressamente riferendolo alle pratiche di *neuromarketing*, lo ha previsto in diversi plessi e luoghi normativi applicabili alle ipotesi in parola. Cionondimeno, si osserverà, rispetto a ciascuno dei divieti rinvenibili nel recente e ancora *in fieri* sistema normativo eurounitario del mercato digitale, permangono taluni non secondari limiti.

3. I divieti posti dal *Digital Services Act*.

Due sono le previsioni che vengono anzitutto in rilievo nel Reg. UE n. 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), noto come *Digital Services Act* (“DSA”): si tratta degli artt. 25 e 26, par. 3.

Il primo proibisce ai fornitori di piattaforme online di progettare, organizzare o gestire «le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate».²⁹ Si tratta del c.d. divieto di “*dark patterns*”,³⁰

²⁸ Rifacendosi alle categorie elaborate dal premio Nobel Daniel Kahneman, delle cui teorie si trova efficace sintesi nel già citato «Pensieri lenti e veloci»: assunto che il pensiero dell’uomo opera secondo due (antitetiche e tuttavia complementari) modalità, il “sistema 1”, il quale «opera in fretta e automaticamente, con poco o nessuno sforzo e nessun senso di controllo volontario [...costituito da] impressioni e sensazioni che originano spontaneamente e sono le fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate del sistema 2» (*ivi*, 23) e, appunto, il “sistema 2”, il quale diversamente «indirizza l’attenzione verso le attività mentali impegnative che richiedono focalizzazione» e che coincide con «il sé conscio e razionante che ha delle convinzioni e decide cosa pensare e cosa fare» (*ibidem*); ebbene si coglie una intrinseca incoerenza nella pretesa di neutralizzazione di una pratica che fa leva e agisce sulle inconsapevolezze del “sistema 1” per il tramite di uno strumento chiamato invece ad agire sulla razionalità attraverso la quale opera il “sistema 2”; in termini forse semplicistici, insomma, non si vede come possa uno strumento che agisce su tale ultimo “sistema” risolvere un problema che trova radice nell’altro.

²⁹ Il paragrafo terzo della medesima disposizione rende tre esempi di tali pratiche vietate, prevedendo che «La Commissione può emanare orientamenti sull’applicazione del paragrafo 1 con riguardo a pratiche specifiche, in particolare: a) attribuire maggiore rilevanza visiva ad alcune scelte quando si richiede al destinatario del servizio di prendere una decisione; b) chiedere ripetutamente che un destinatario del servizio effettui una scelta laddove tale scelta sia già stata fatta, specialmente presentando pop-up che interferiscano con l’esperien-

ovvero del divieto di strutturare l'architettura informativa dell'interfaccia online facendo ricorso a elementi specificamente tesi a “condurre”, a “dirigere”, la scelta dell'utente in una certa direzione invece che in un'altra. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'interfaccia di un sito *web*, che pur formalmente presentando all'utente l'alternativa tra la possibilità di negare il consenso al trattamento dei propri dati personali e quella di prestarlo, utilizzi un colore più acceso per il pulsante di accettazione, così, appunto, manipolatoriamente indirizzando la scelta dell'utente medesimo verso tale seconda opzione (c.d. “*privacy zuckering*”).³¹ Ebbene, l'interesse per tale previsione è destinato, perlomeno ai fini dei presenti discorsi, a rimanere del tutto insoddisfatto, in luce del disposto del paragrafo secondo della stessa, ai sensi del quale «Il divieto al paragrafo 1 non si applica alle pratiche contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal regolamento (UE) 2016/679»: nella misura in cui, come poco oltre si argomenterà, le pratiche in parola già devono ritenersi coperte da quelle richiamate discipline, l'art. 25, DSA parrebbe non trovare, dunque, alcuno spazio di applicazione.

Quanto, invece, all'art. 26, par. 3, DSA, esso fa proibizione «ai fornitori di piattaforme online di presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, [...] utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679».

Un elemento che era stato omesso dal discorso: la somministrazione mirata di annunci pubblicitari nel contemporaneo mercato “*data-driven*” è appunto realizzata attraverso una capillare e minuziosa “profilazione” degli utenti della rete.³² In estrema sintesi: raccolti i dati personali (cfr. art. 4, n.

za dell'utente; c) rendere la procedura di disdetta di un servizio più difficile della sottoscrizione dello stesso».

³⁰ Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Persona e mercato*, 3/2023, 380 s.; T. KOLLMER, A. ECKHARDT, *Dark Patterns. Conceptualization and Future Research Directions*, in *Business and Information Systems Engineering*, 2023, 201 ss.

³¹ F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. impr.*, 2022, 931.

³² Sul tema, v., tra gli altri: M. HILDEBRANDT e S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2008; H. LAMMERANT, P. DE HERT, *Predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever*, in *Exploring the boundaries of big data*, a cura di B. Van der Sloot, D. Broeders, E. Schrijvers, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2016, 145 ss.; O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano, C. Colapietro, Napoli, 2017, 573 ss.; E. BAYAMLIOĞLU, I. BARALIUC, L. JANSSENS, M. HILDEBRAND (a cura di), *Being Profiled. Cogitas Ergo Sum: 10 Years of Profiling the European Citizen*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2018; 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, 1209 ss.; A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, 413 ss.; G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-time bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021. Sia, inoltre, consentito rinviare a 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"*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1457 ss.; ID., *Profilazione e*

1), GDPR) da questi ultimi rilasciati nel corso delle loro navigazioni e sottoposti i medesimi dati all'analisi dei sofisticati sistemi di IA di cui si è detto, i consumatori digitali vengono categorizzati in granulari profili in virtù dei loro rilevati e algoritmicamente inferiti interessi, preferenze, gusti, inclinazioni (nonché, eventualmente, vulnerabilità emotive e *bias* cognitivi). Ebbene, l'art. 26, par. 3, DSA proibisce che nella costruzione di tali profili in forza dei quali viene deciso il confezionamento e l'invio dell'annuncio pubblicitario "più adatto" al suo destinatario siano utilizzate le categorie di dati c.d. "sensibili" elencate dall'art. 9, GDPR.

Ora, qui il punto: ammesso – e già questo ben potrebbe essere oggetto di discussione - di poter far rientrare nell'alveo delle "categorie speciali di dati" di cui all'art. 9, GDPR, e segnatamente sotto l'ombrello della categoria dei "dati biometrici"³³, le emozioni e i *bias* cognitivi, il problema, pure da altri rilevato,³⁴ risiede altresì nel fatto che, fatta salva la (marginale) ipotesi di diretta ed esplicita, istruzione nei confronti dell'algoritmo di rilevamento e utilizzo di tali dati per scopi di profilazione pubblicitaria, arduo risulta invero alla luce della complessità dei meccanismi algoritmici e dell'immenso numero di dati analizzati, il rilevamento di un eventuale "secondario", indiretto, non espressamente programmato, utilizzo di tali particolari categorie di dati da parte di un algoritmo, il quale, "meramente" istruito a perseguire come fine quello della massimizzazione del profitto attraverso la "più efficiente" somministrazione della comunicazione pubblicitaria, abbia in *autonomia* appreso come sfruttare quella *autonomamente* inferita conoscenza.³⁵

Va infine evidenziato un generale limite che accomuna entrambe le richiamate proibitive disposizioni di cui al DSA e che afferisce al loro specifico ambito soggettivo di applicabilità, il quale è ristretto ai soli «fornitori di piattaforme online» (cfr. art. 3, lett. i, DSA).³⁶

discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull'IA, in *Tecn. dir.*, 2023, 105 ss.

³³ Tali, si rammenta, essendo definiti dall'art. 4, n. 14), GDPR «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici».

³⁴ Cfr. P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, in *European Law Journal*, 2021, 25.

³⁵ «a model may learn that certain consumers may exhibit manipulable traits [...], which may be costly for them but beneficial for the trader. In this way, the use of the model may lead to an exploitation of cognitive or emotional weaknesses simply because such actions maximize the objective function of the given model. Such effects can arise even in models that are applied to a heterogeneous pool of consumers, as models analyse and differentially act upon training data encompassing both vulnerable and more rational consumers. [...] In this sense, the exploitation of errors and weaknesses of contractual counterparties may indeed be an unintentional side effect of algorithmic profit maximization»; così P. HACKER, *op. ult. cit.*, 7.

³⁶ P. HACKER, *op. loc. ult. cit.*, rilevando: «This constitutes a genuine loophole: Manipulative targeting can arise in direct marketing by smaller traders, as evidenced by the possibility to embed emotion recognition in any apps (Microsoft, Amazon), or even in the context of brick-and-mortar stores (eyeQ). The restricted scope of the DSA fails to cover these important extensions».



4. Il divieto di decisioni automatizzate di cui all'art. 22 GDPR.

Un divieto di più ampia portata riesce invece ad essere rinvenuto nell'art. 22, GDPR, istituyente, si rammenta, il diritto dell'interessato da un trattamento di dati personali a «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».

Senza volere indugiare in una dettagliata analisi della disposizione *de qua*³⁷, non si ravvisa, invero, eccezionale difficoltà a sussumervi nel proprio ambito di applicabilità gli algoritmici trattamenti di profilazione di cui si è detto finalizzati alla più efficiente somministrazione di annunci pubblicitari. Lo stesso Gruppo di Lavoro Articolo 29, nelle sue Linee Guida sul processo decisionale automatizzato e sulla profilazione, ha avuto modo di prendere espressa posizione sulla c.d. “pubblicità comportamentale”, puntualmente identificando, in particolare, le circostanze al ricorrere delle quali essa possa dirsi «incidere significativamente sulla persona».

Premesso in linea generale - spiega il Gruppo di Lavoro - che tale requisito può dirsi sussistere laddove la decisione automatizzata sia in grado di «incidere in maniera significativa [...] sul comportamento o sulle scelte dell'interessato», rispetto alla specifica ipotesi in parola si osserva che se certo «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*»; e ancora, si aggiunge, in via esemplificativa: «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

³⁷ Rinviamo alla decisamente vasta bibliografia sul punto; tra cui, in particolare: A. PIERUCCI, *op. cit.*, 436 ss.; 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, 1 ss.; G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, *ivi*, 243 ss.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, *Commentario*, Milano, 2018, 219 ss.; R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, 167 ss.; A.G. GRASSO, *The bad algorithm. Automated discriminatory decision in the European General Data Protection Regulation*, Napoli, 2022; M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche*, Milano, 2022, 166 ss.; D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 921 ss.; B. PARENZO, *Profilazione*, *cit.*, 122 ss.

interesse potrebbe sottoscrivere tali offerte e incorrere così in ulteriori debiti».³⁸

Ora, se le richiamate Linee Guida, come detto, si riferiscono in particolare alla pratica della c.d. “pubblicità comportamentale”, la quale, in fondo, “si limita” ad un’algoritmica analisi degli interessi del consumatore rilevati dai suoi movimenti in rete,³⁹ e se quelli sono gli “indici sintomatici”, per così dire, del fatto che un trattamento automatizzato abbia capacità di “significativamente incidere” su (le scelte del)la persona; ebbene, si ribadisce, nessuna difficoltà può ragionevolmente essere opposta alla inclusione nei confini di applicabilità dell’art. 22, GDPR, delle senz’altro più invasive pratiche di *neuromarketing* di cui si è sopra riferito.

E tuttavia, anche rispetto alla disposizione in parola, un non irrilevante limite deve essere segnalato: l’art. 22, GDPR consegna la possibilità di “dissennescare” il divieto in essa sancito al consenso dell’interessato (cfr. art. 22, par. 3, lett. c), GDPR). E sul punto, non possono non tornare in rilievo le considerazioni già poco sopra svolte rispetto al rimedio informativo: anche a volere assumere (benché i fatti raccontino una realtà agli antipodi) una piena consapevolezza dell’interessato, che abbia voluto diligentemente leggere e abbia saputo puntualmente comprendere l’informativa, a valle della quale abbia deciso – consapevolmente, dunque, appunto – di prestare assenso alla pratica in parola, ciò che appare del tutto privo di senso è precisamente il fatto in sé di affidare la possibilità di uno sfruttamento di vulnerabilità individuali allo strumento del consenso del medesimo soggetto interessato da tale “predatorio” trattamento. Rispetto, insomma, al “tipo di problema”, tale “tipo di rimedio” appare alquanto incoerente e, pertanto, inadeguato a gestirlo.⁴⁰

³⁸ 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.garantepriacy.it, 24 s. (enfasi aggiunta). Cfr. anche G. MALGIERI, *Manipolazione commerciale e privacy mentale all’ombra del GDPR*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di A. Mantelero, D. Poletti, Pisa, 2018, 349 ss.

³⁹ Sul tema, cfr., su tutti, F.J. ZUIDERVEEN BORGESIOUS, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International, 2015, 15: «*behavioural targeting, also referred to as behavioural advertising or online profiling, involves monitoring people’s online behaviour, and using the collected information to show people individually targeted advertisements. [...] 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*». Similmente, spiega il Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale* online, 5, reperibile al link: www.ec.europa.eu: «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».

⁴⁰ Senz’altro di interesse, in merito a tali discorsi, le riflessioni di S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e Mercato*, 4/2022, 533 ss., il quale, invocando un’interpretazione sistematica dell’art. 22, GDPR alla luce dei principi di liceità e



5. I divieti di cui al Regolamento sull'IA.

Un divieto “puro”, per così dire, non “scardinabile” da alcuna prestazione di consenso, si rinviene nel più recente Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (regolamento sull'intelligenza artificiale) (c.d. “*AI Act*” o, in seguito, “AIA”).⁴¹

Segnatamente, rilevano in particolare l'art. 5, lett. a) e lett. b), AIA, che rispettivamente vietano: «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 o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo» (art. 5, lett. a) AIA); e «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo» (art. 5, lett. b), AIA).

Entrambe le fattispecie paiono essenzialmente scomponibili in tre elementi costitutivi: *i)* deve ricorrere una condotta consistente nell'impiego di tecniche manipolatorie (art. 5, lett. a) o nello sfruttamento di (anche indivi-

correttezza e di finalità del trattamento di cui all'art. 5, lett. a) e b) GDPR, ai sensi del quale il trattamento deve, appunto, essere *lecito e corretto* e i dati personali devono essere raccolti per finalità *legittime*, conclude per la invalidità di un consenso «a farsi perseguire» (537). Ancora, argomenta l'autore, nella necessità di «disegnare i limiti dell'area dell'autonomia privata in termini di reazione giuridica a finalità lesive di diritti fondamentali» occorre adottare una «*prospettiva funzionale*», che guardi, cioè, in termini “dogmatizzati”, alla *causa* dell'atto di autonomia: per tale via si giunge a concludere per «la teorizzazione di una possibile *nullità parziale* dell'atto di consenso *privacy* relativamente alle sole specifiche finalità illegittime, e [per la necessità di] una messa a punto delle categorie per predicare l'illiceità e l'invalidità totale o parziale dell'atto di autonomia-consenso *privacy* a partire dal contrasto delle specifiche finalità di trattamento con norme imperative, con principi raccolti in formule quali i “nostri” ordine pubblico e buon costume, e, più generalmente, a partire dalla lesione dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto europeo» (538 s., enfasi nel testo). Sul punto, cfr. anche D. IMBRUGLIA, *op. cit.*, 944 s.

⁴¹ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), approvato in via definitiva il 14 maggio 2024, reperibile in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/it/pdf>.

duali) vulnerabilità della persona⁴² (art. 5, lett. b); *ii*) la quale abbia come scopo o anche solo come effetto⁴³ quello di «materialmente distorcere» il comportamento⁴⁴ del destinatario della medesima (art. 5, lett. a e lett. b); *iii*) in modo tale che ne risulti un «danno significativo» (art. 5, lett. a e lett. b).

Ebbene, benché non possa che essere salutata con favore l'introduzione di simili divieti, deve tuttavia altresì rilevarsi come, invero, anche in questo caso, rispetto a ciascuno dei tre individuati elementi possano essere ravvisati taluni profili di criticità.

Circa il primo, questione non poco problematica, alla luce della nota opacità dei sistemi algoritmici di IA,⁴⁵ è quella della effettiva possibilità di dimostrazione della sussistenza di tali pratiche: come già sopra osservato con riferimento al divieto di cui all'art. 26, par. 3, DSA, fatta salva l'ipotesi di una palese, esplicita istruzione da parte del programmatore dell'algoritmo allo sfruttamento manipolatorio delle vulnerabilità dell'interessato, arduo risulta dimostrare, nella intrinseca imperscrutabilità dei percorsi algoritmici, la messa in atto da parte della macchina intelligente di un simile trattamento. Né, per vero, potrebbe replicarsi che lo stesso AIA, nella consapevolezza dell'opacità all'insegna della quale si svolgono le procedure algoritmiche di elaborazione di dati e per porre a questa rimedio, abbia inteso vietare l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi, i quali non rispondano a requisiti di tracciabilità e sorvegliabilità del loro funzionamento (artt. 12 e 14, AIA) e di interpretabilità dei loro *output* (art. 13, AIA): tali requisiti, infatti, sono imposti per i soli sistemi di IA "ad alto rischio", categoria tuttavia entro la quale, in mancanza di espressa indicazione nell'allegato III del Regolamento stesso (cfr. art. 6, AIA) non pare di potersi includere i sistemi impiegati per le finalità pubblicitarie di cui si sta discorrendo.

Per quanto riguarda il secondo elemento, limitante appare la stretta connessione causale che deve sussistere tra la pratica vietata e l'effetto distortivo del comportamento della persona: meglio, probabilmente, sarebbe stata una formulazione analoga a quella adoperata in materia di pratiche commerciali scorrette, tale da far rientrare nel perimetro del divieto non solo quelle pratiche che hanno come scopo o effetto quello di materialmente distorcere il comportamento del destinatario, ma altresì quelle *idonee* ad un simile scopo o ad ottenere un simile effetto.

⁴² Superandosi così le strettoie di cui al testo originario della proposta di Regolamento, che si riferiva allo sfruttamento delle «vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale». Critiche sul punto erano state espresse da P. HACKER, *op. cit.*, 27 s. e da A. BERTOLINI, *Le applicazioni di intelligenza artificiale proibite tra manipolazione e inganno dell'utente*, in Smart. *La persona e l'infosfera*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2022, 85 s.

⁴³ Superandosi così un altro dei limiti che presentava il testo originario della proposta di Regolamento, la quale contemplava esclusivamente l'ipotesi di pratiche intenzionalmente finalizzate alla distorsione del comportamento dei destinatari delle medesime; cfr. in questo senso P. HACKER, *op. cit.*, 27.

⁴⁴ Più coerente con il sistema, forse, sarebbe una versione uguale a quella già dal legislatore domestico adottata per il medesimo sintagma in lingua inglese - «*materially distort*» - impiegato in materia di pratiche commerciali scorrette: invece che "materialmente distorcere il comportamento", insomma, poteva dirsi "falsare il comportamento".

⁴⁵ Su tutti, cfr. F. PASQUALE, *op. cit.*; J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 1 ss.



Foriero di incertezze, infine, il terzo elemento, ai sensi del quale, per potersi ritenere violata la proibizione *de qua*, deve altresì ricorrere, quale effetto, per così dire “derivato”, dell’avvenuta “distorsione del comportamento”, la causazione altresì di un «danno significativo»: non basta, insomma, facendo ricorso alle note categorie che governano la materia della responsabilità civile, il “danno-evento” consistente nell’adozione di una scelta “distorta” da parte del destinatario della pratica manipolatoria, richiedendosi altresì che da quella derivi un ulteriore – e significativo! - “danno-conseguenza”. Ebbene, se è questa certamente una formula preferibile a quella originariamente utilizzata dalla proposta di Regolamento (la quale imponendo che la persona avesse riportato «un danno fisico o psicologico» finiva per escludere dalla propria portata applicativa ogni ipotesi di perdita patrimoniale), essa cionondimeno rischia di lasciare scoperti dal proprio ambito operativo tutti quei casi che, pur vedendo il consumatore effettuare una scelta “distorta” da un trattamento manipolatorio facente leva sullo sfruttamento di sue vulnerabilità, non gli arrecano tuttavia un danno il quale possa dirsi assurgere ad un livello di non meglio specificata “significatività”.

Un conclusivo cenno, poi, fa fatto al divieto di cui all’art. 5, lett. f), AIA. E tuttavia, non più di un cenno, appunto, occorre: se, infatti, da un lato, il divieto riguarda «l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale finalità specifica o l'uso di sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica», esso, dall’altro lato, risulta strettamente circoscritto alle ipotesi in cui tale medesimo utilizzo avvenga «nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione» (e, peraltro, «tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza»).

6. Il divieto di pratiche commerciali scorrette.

Resta infine da esaminare la sussumibilità delle pratiche in parola entro il divieto che, probabilmente e a buona ragione, “aleggia” intuitivamente nel sottotesto sin dalle prime battute: il divieto di pratiche commerciali scorrette.

Volendo aderire alla tesi secondo la quale la fattispecie delineata dall’art. 20, co. 2, cod. cons., costituisce «norma generale di chiusura», operante in via sussidiaria là dove il fatto non sia prima inquadrabile entro i confini di una pratica ingannevole *ex artt.* 21-22, cod. cons., o aggressiva *ex artt.* 24-25, cod. cons.,⁴⁶ si cercherà, in prima battuta, di testare la qualificabilità delle ipotesi in esame alla stregua di “pratiche commerciali aggressive”⁴⁷.

⁴⁶ Cfr., G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 117; M. RABITTI, *Sub art. 20 cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Torino, 2009, 146 s.

⁴⁷ Per un commento sulle pratiche commerciali aggressive, cfr., tra gli altri: L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *op. cit.*, 215 ss.; S. ORLANDO, *Pratiche*, cit., 59 ss.

Come in dottrina rilevato,⁴⁸ due sono gli elementi costitutivi di cui alla 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 ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ebbene, tenendo ferma la necessità di una valutazione caso per caso, si ritengono invocabili validi argomenti a sostegno della sussistenza, nelle pratiche qui in esame, di entrambi tali elementi.

Per quanto riguarda il primo requisito, quello 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.)⁴⁹, 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».⁵⁰

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.)⁵¹, al fine di individuarne il significato, si è ritenuto di poter fare riferimento, tra gli altri indicatori, alle condotte tipizzate dall'art. 26, lett. b) e c), cod. cons.,⁵² condotte entrambe accomunate da una certa “invasione” da parte del professionista della sfera privata del consumatore.⁵³ In particolare, significativa ai presenti fini è la fattispecie di cui all'art. 26, lett. 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*»⁵⁴. Ancor più rilevante è il requisito dell'«indebito condizionamento», questo sì invece puntualmente definito dal legislatore, e integrato, ai sensi dell'art. 18, lett. l), cod. cons., dallo «sfruttamento di una posizione di potere

⁴⁸ Cfr. L. DI NELLA, *op. cit.*, 230.

⁴⁹ L. DI NELLA, *op. ult. cit.*, 239. Per un'opinione parzialmente contraria, cfr. A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Milano, 2007, 251.

⁵⁰ Vedasi N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, in *Digital Revolution: challenges for contract law in practice*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2016, 156 s. e G. MALGIERI, *op. cit.*, 364.

⁵¹ Vedasi L. LA ROCCA, *Sub art. 24 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *op. cit.*, 203, ove si fa richiamo a G. DALLE VEDOVE, «*Le pratiche commerciali aggressive*», in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, 123.

⁵² Cfr. L. LA ROCCA, *op. cit.*, 182.

⁵³ In questo senso, N. HELBERGER, *op. cit.*, 156.

⁵⁴ N. HELBERGER, *op. loc. ult. cit.*

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'approfittamento 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»⁵⁵. A rafforzare il convincimento relativo alla sussumibilità delle pratiche *de quibus* entro l'ambito di applicabilità della 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 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 sia “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”⁵⁶ da un’offerta commerciale modellata ad arte - ecco venire in rilievo anche il criterio della «natura» – sulle sue specifiche vulnerabilità cognitive ed emotive: costantemente osservato e analizzato, il consumatore digitale, nell’includibile ubiquità e pervasività della rete, è *sempre* raggiungibile⁵⁷ da una proposta per egli appositamente costruita sulla base di quelle stesse, altrettanto pervasive, osservazioni e analisi.

Circa il secondo requisito, l’elemento c.d. “funzionale” della fattispecie di cui all’art. 24 cod. cons., ovvero l’idoneità (quindi, anche in via solo *potenziale*) 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

⁵⁵ Così L. DI NELLA, *op. cit.*, 245. Si veda anche N. HELBERGER, *op. cit.*, 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*».

⁵⁶ Il c.d. “effetto sorpresa” è precisamente 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, 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”».

⁵⁷ «*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, *op. cit.*, 1004.

non fosse stata impiegata, sufficiente sarà richiamare quanto già illustrato nelle pagine di apertura. Se è vero, come osservato, che il disvelamento delle distorsioni cognitive e delle individuali vulnerabilità emotive costituisce scopo precipuo del *neuromarketing* e dell'utilizzo dell'IA per finalità di potenziata persuasività delle tecniche pubblicitarie; se è vero che lo sfruttamento di tale acquisita conoscenza da parte dell'impresa che a tali tecniche fa ricorso è specificamente tesa, sugli assunti teorici della c.d. economia comportamentale, a *bypassare*, aggirare ed eludere la razionale capacità di autodeterminazione del soggetto destinatario della medesima comunicazione pubblicitaria, per sospingerne e incanalarne la scelta commerciale (o, come da altri più ottimisticamente suggerito, per “gentilmente spingerlo”⁵⁸) in una certa direzione; se tutto ciò è, in estrema sintesi, il *neuromarketing*, e se questo è il contesto a valle del quale la decisione del consumatore viene presa, diventa forse retorico interrogarsi in merito alla potenziale idoneità di tali pratiche ad indurre il consumatore profilato ad assumere una decisione che, senza quelle, non avrebbe preso.

Alla ricostruzione di cui sopra, che conclude quindi per la sussumibilità delle pratiche in esame entro il divieto di pratiche commerciali aggressive, sono tuttavia state mosse due obiezioni.⁵⁹

La prima muove dal testo dell'art. 9, lett. c), Direttiva CE n. 2005/29, c.d. «direttiva sulle pratiche commerciali sleali» (trasposto nel domestico art. 25, lett. c), cod. cons.), il quale – *nella versione inglese* - prevede che, al fine di determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento, l'interprete sia chiamato a prendere in considerazione, tra gli altri elementi, «*the exploitation by the trader of any specific misfortune or circumstance of such gravity as to impair the consumer's judgement, of which the trader is aware*». Nelle ipotesi di manipolazione algoritmica, si argomenta, il professionista potrebbe invero non essere “*aware*”, “consapevole”, di tale sfruttamento, compiuto in via automatizzata dall'IA.⁶⁰ A tale obiezione, cionondimeno, si ritiene di poter agilmente replicare: anche a non volere considerare il fatto che – curiosamente – tale requisito della consapevolezza del professionista è del tutto mancante tanto nella versione italiana della direttiva quanto nel testo dell'art. 25, lett. c), cod. cons., a ben vedere e in ogni caso risulta evidente dal mero piano letterale della disposizione che quello di cui al richiamato art. 9, lett. c), Direttiva CE n. 2005/29, altro non è che uno degli indici alla luce dei quali va svolta la valutazione circa l'aggressività della pratica, non un requisito strutturale della fattispecie che debba indefettibilmente sussistere.

La seconda critica, meno oziosa, riguarda invece la definizione di “indebito condizionamento” di cui all'art. 2, lett. j), Direttiva CE n. 2005/29 (trasposto nel già sopra richiamato art. 18, lett. l), cod. cons.), che, come ricordato, consiste nello «sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione» che ne limiti la capacità di prendere una decisione consapevole. Ebbene, benché tale “*pressione*” possa per espressa previsione della medesima norma anche non comportare «il ricorso

⁵⁸ Il riferimento, non privo di malcelata ironia, è a R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*

⁵⁹ Cfr. P. HACKER, *op. cit.*, 10.

⁶⁰ P. HACKER, *op. loc. ult. cit.*



alla forza fisica», è difficile immaginare, si sostiene, che di “pressione” in senso proprio si possa parlare in ipotesi, quali quelle in esame, che programmaticamente operano per vie subliminali, senza che il consumatore possa alcunché percepire.⁶¹ Da tale rilievo discenderebbe pertanto la non configurabilità di un “indebito condizionamento”: di conseguenza, la qualificabilità delle pratiche in esame come pratiche aggressive resterebbe esclusivamente ancorata alla (per vero, più debole e meno convincente) possibilità di sussumere le medesime entro il requisito della “molestia”.

Seppure, come già argomentato sopra, non si ritenga tale ultima operazione ermeneutica eccessivamente ardita, vale comunque la pena, alla luce delle riportate obiezioni, di abbandonare la (accidentata) strada delle pratiche aggressive, per voltare invece lo sguardo alla “fattispecie generale”, sussidiaria, di cui all’art. 20, co. 2., cod. cons.: invero, la strada appare in questo caso di decisamente più agevole percorribilità.

Una pratica commerciale è scorretta, e in quanto tale vietata (art. 20, co. 1, cod. cons.), se, ai sensi della richiamata disposizione, *i*) è contraria alla diligenza professionale e *ii*) è falsa⁶² o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.⁶³

Ebbene, se in merito al secondo requisito pare ampiamente sufficiente fare richiamo a quanto poco sopra già sostenuto circa il c.d. “elemento funzionale” della esaminata fattispecie di cui all’art. 24, cod. cons., anche rispetto al primo requisito, relativo alla contrarietà della pratica commerciale alla diligenza professionale, l’argomentazione appare piuttosto agile.

Definita quest’ultima dallo stesso codice del consumo come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista» (cfr. art. 18, lett. h), cod. cons.)⁶⁴, appare infatti evidente la contrarie-

⁶¹ «*This entails, in my view, that deception cannot suffice, but that influence must be exerted in a way consciously perceived by the consumer – one cannot be pressured without noticing it*» (*ibidem*). Alla stessa posizione sembra aderire anche R. MONTINARO, *op. cit.*, 381.

⁶² Non può, peraltro, non rilevarsi il grossolano errore commesso sul piano lessicale dal legislatore nostrano, che, all’evidenza, invece che prevedere la scorrettezza della pratica quando la medesima «è falsa», meglio avrebbe dovuto sancire la sua scorrettezza quando essa «falsa [...] il comportamento economico del consumatore».

⁶³ Più precisamente, del «consumatore medio», che, come vorrebbe chiarificare il considerando n. 18, Direttiva CE n. 2005/29, «è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici». Su tale nozione, v., tra gli altri, M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016.

⁶⁴ Senz’altro condivisibili, sul punto, le considerazioni di S. ORLANDO, *Pratiche*, cit., 90 s., secondo il quale autore: «in conseguenza dell’intervento chiarificatore del legislatore nazionale, che ha introdotto la formula della “correttezza” preferendola a quella delle “pratiche di mercato oneste”, debba affermarsi che per comprendere il concetto della contrarietà alla diligenza professionale bisogna essenzialmente riferirsi al “principio generale della buona fede” [...] il quale ha propriamente una valenza di criterio ermeneutico oggettivo. La formula definitoria della diligenza professionale, ed in particolare il riferimento al “settore di attività del professionista”, può così interpretarsi ponendo riferimento al consueto canone ermeneutico che vuole che il principio della buona fede sia contestualizzato [...]. Ciò sta a significare che il principio della buona fede andrà applicato tenendo conto non soltanto della natura della pratica commerciale di volta in volta in esame, e delle caratteristiche del prodotto che costituisce l’oggetto dell’attività settoriale del professionista, ma anche del *target*

tà alla “diligenza professionale” delle pratiche in esame tanto nella “macroscopica” ipotesi di un’intenzionale programmazione del sistema di IA finalizzata alla identificazione e allo sfruttamento delle vulnerabilità del consumatore, quanto nel caso di una “autonoma iniziativa” da parte della macchina, in mancanza di un’adeguata vigilanza da parte del professionista a che gli strumenti intelligenti da egli stesso impiegati non violino appunto quei medesimi parametri di correttezza e buona fede i quali, come chiarifica il richiamato art. 18, lett. h), cod. cons., devono passare per lo spettro valutativo di ciò che il consumatore può ragionevolmente attendersi; poiché è evidente: questi ben può ragionevolmente attendersi che non sia utilizzata “contro di lui” da parte del professionista – per il tramite degli strumenti di cui si serve – una conoscenza relativa alle sue stesse vulnerabilità, intenzionale o meno che sia una simile pratica.⁶⁵

E tuttavia, pure potendosi allora ammettere la sussumibilità delle pratiche di *neuromarketing* di cui si è detto entro l’ambito di operatività del divieto di pratiche commerciali scorrette, residua cionondimeno un’affatto secondaria questione problematica, attinente alla già evidenziata opacità dei sistemi algoritmici per il tramite dei quali queste vengono svolte. Invero, ci si domanda disillusamente, che utilità può avere un divieto se le pratiche che ne costituiscono oggetto non riescono poi ad essere disvelate e, quindi, dimostrate a causa della ineludibile, intrinseca opacità dei meccanismi di funzionamento degli strumenti tecnologici che tali medesime pratiche rendono possibili? Che utilità può avere il divieto di sfruttamento delle algoritmicamente disvelate vulnerabilità della persona, se tale sfruttamento non può in definitiva esser provato precisamente a causa della sua algoritmica inspiegabilità? Il “vero” nodo problematico della vicenda, insomma, risiede lì.

o dei *targets* di consumatori ai quali il prodotto è rivolto e che sono interessati dalla pratica commerciale, in quanto il *target* caratterizza essenzialmente il settore di attività del professionista, e caratterizza essenzialmente anche la pratica commerciale, permettendo di coglierne la qualità essenzialmente rilevante ai fini della nuova disciplina, e cioè la sua capacità di influenza virtuale».

⁶⁵ Incisivamente, sostiene peraltro S. ORLANDO, *The Use*, cit., 41, «*it seems correct to state that acting in a manner contrary to the requirements of professional diligence, in the sense of the grand clause, essentially means acting in a way that allows the trader to take advantage of certain average consumer’s conditions of vulnerability associated with the consumer’s decision-making process. In essence, it is forbidden to influence consumers’ transactional decisions in such a way as to take advantage of certain average consumer’s conditions of vulnerability. Whenever the trader puts in place commercial practices that present this feature he is said to ‘distort’ (as opposite to ‘influence’) the consumers’ economic behaviour, and, in brief, to act unfairly*» (enfasi nel testo).