

NEUROMARKETING: UN'ASISTEMATICA DISCIPLINA ... OLTRE IL CONSENSO?

Di Emanuele Tuccari

| 511

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *Il problema del neuromarketing.* - 3. *Le risposte in ordine sparso dell'ordinamento.* - 3.1. *Profilazione e trattamento dei dati biometrici: la disciplina del GDPR.* - 3.2. *Il rischio di un abuso del neuromarketing e la minaccia al libero arbitrio dell'individuo;* 3.2.1. *Una pratica commerciale sleale?* - 3.2.2. *Prime notazioni a partire dall'AI Act.* - 3.2.3. *Verso un coordinamento dell'assetto normativo eurounitario? Il caso del Digital Services Act.* - 4. *Considerazioni conclusive.*

ABSTRACT. Alle sfide (vecchie e nuove) poste dal neuromarketing il nostro ordinamento “multilivello”, in assenza di una specifica normativa, sembra ancor oggi rispondere in ordine sparso, suggerendo di ripercorrere l'evoluzione della normativa sulla profilazione, sul trattamento dei dati biometrici e sull'eventuale minaccia al libero arbitrio della persona (consumatore e non solo). Emerge così una sorta di “patchwork” di disposizioni di matrice eurounitaria che impone all'interprete un momento di riflessione per individuare delle linee evolutive e proporre delle prime (e necessariamente parziali) notazioni critiche.

In the absence of specific legislation, our “multi-level” legal system still seems to respond to the (old and new) challenges posed by neuromarketing in a scattered way, which suggests that we should follow the evolution of legislation on profiling, on the processing of biometric data and on the possible threat to the free will of the individual (consumer or not). The result is a sort of “patchwork” of provisions in a European Union matrix that requires the interpreter to reflect for a moment in order to identify the lines of development and to propose initial (and necessarily partial) critical remarks.



1. Premessa.

“Il marketing è dappertutto”¹. Quest’*incipit* – ripreso da uno dei più diffusi manuali di *marketing* – sottolinea non soltanto l’assunzione di diversi caratteri delle (vecchie e nuove) forme di pubblicità commerciale rivolta ai consumatori, ma anche l’ampliamento dello spettro delle varie finalità perseguite, affiancandone, con il passare del tempo, di nuove a quelle, più tradizionali, di matrice prettamente commerciale. Il *marketing* costituisce, infatti, l’insieme di procedure e tecniche che sono studiate, elaborate, testate, messe in opera, controllate, adattate e modificate continuamente da precise funzioni interne alle organizzazioni che se ne avvalgono, o da società esterne alle quali queste funzioni sono affidate in tutto o in parte, al fine di creare le più varie forme di comunicazione rivolte a categorie di destinatari, per sollecitare precise risposte comportamentali.

Oggi chi fa *marketing* disegna pertanto le proprie strategie su stili di vita, abitudini e credenze (storiche, religiose, politiche) delle persone, in quanto indirettamente funzionali al comportamento che si vuole influenzare, alla risposta che si vuole ottenere: un imprenditore commerciale mira a finalizzare un acquisto, un candidato politico desidera conseguire un voto, una chiesa aspira ad acquisire un nuovo membro nella propria comunità, etc. Ciascuno – tramite un’attività (più o meno complessa) di *marketing* – ricerca pertanto l’adesione a una determinata causa per ottenere uno specifico risultato².

Così – com’è stato, ormai da più parti, rilevato – il *marketing* presuppone, più generalmente, la preparazione del terreno affinché le successive sollecitazioni comportamentali abbiano successo. L’attività svolta dai *marketer* sulle credenze, sugli stili e sui comportamenti di vita delle persone è praticata in quanto ritenuta strategica, prodromica e strumentale rispetto all’influenza sulle specifiche risposte che si intendono ottenere. Nell’era dell’informazione digitale e dei *social media*, i *marketer* devono comprendere i comportamenti e alimentare lo stimolo all’*engagement* delle persone, facendosi trovare, all’esito di un’operosa e paziente attesa, pronti a cogliere tutte le opportunità messe a disposizione da un determinato mercato³.

* Il lavoro costituisce una rielaborazione di riflessioni svolte in occasione di diversi seminari di studio. Da ultimo, si ringrazia, per l’invito e per il confronto, la professoressa Bianca Gardella Tedeschi e tutti i partecipanti all’incontro “Pluralità del consenso” (Novara, 28 maggio 2024), laddove si è cercato di svolgere, per l’appunto, delle prime considerazioni su “Consenso e *neuromarketing*”.

¹ PH. KOTLER, K. L. KELLER, A. CHERNEV, F. ANCARANI, M. COSTABILE, *Marketing management*, 16^a ed., Milano, Pearson, 2022, 2.

² Cfr., per tutti, PH. KOTLER, *Marketing 4.0. Dal tradizionale al digitale*, Milano, 2017, 7 ss.; PH. KOTLER, S. HOLLENSSEN, M.O. OPRESNIK, *Social media marketing. Marketer nella rivoluzione digitale*, Milano, 2019, XVI ss., 2 ss.

³ Tali profili sono già sottolineati nella panoramica sull’evoluzione del *marketing* (con una particolare attenzione ai possibili riflessi giuridici) di S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, spec. 358; ID., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.*, 2022, 532-533. Nella letteratura di settore, invece, v. PH. KOTLER, K. L. KELLER, A. CHERNEV, F. ANCARANI, M. COSTABILE, *op. cit.*, 8 ss.



La presente riflessione non ambisce certamente ad affrontare in modo esauriente le molteplici problematiche sollevate dall'articolata (e già molto, forse perfino troppo, complessa) disciplina del polimorfo fenomeno del *marketing*, ma, più modestamente, mira ad evidenziare come l'evoluzione delle nuove tecnologie rilanci sfide classiche affiancandone di ulteriori – di carattere non soltanto economico, ma anche giuridico – a seguito della diffusione del c.d. “neuromarketing”. S'intende pertanto soffermarsi sull'esigenza di un dialogo, divenuto improcrastinabile, fra neuroscienze, diritto ed economia per analizzare un fenomeno in espansione che dev'essere, per quanto possibile, governato con attenzione storica e prospettica.

2. Il problema del *neuromarketing*

Non è possibile neanche cominciare a riflettere sulla possibile disciplina del c.d. “neuromarketing” senza avere prima delineato, seppure sinteticamente, le fondamentali caratteristiche del fenomeno.

Il c.d. “neuromarketing” fa ricorso alle neuroscienze per applicazioni di *marketing*, offrendo così la possibilità di osservare direttamente pensieri, impressioni ed emozioni dei consumatori⁴. Secondo la *Neuromarketing Science and Business Association* (NMSBA, cioè la più famosa associazione internazionale di operatori), “Neuromarketing uses neuroscience to reveal subconscious consumer decision-making processes. Neuromarketers study brain- and biometric responses, as well as behavior, to understand and shape how consumers feel, think, and act”⁵. Il *neuromarketing* costituisce pertanto “the application of measurement of physiological and neural signals in the field of marketing and it aims to understand unconscious reactions to marketing stimuli in order to provide insights into consumers’ decision-making processes and to better predict purchasing behaviour”⁶.

⁴ Cfr., per tutti, Z. SETHNA, J. BLYTHE, *Consumer behaviour*, 4^a ed., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, SAGE, 2019, 25-26.

⁵ La definizione è tratta direttamente dal sito della *Neuromarketing Science and Business Association*: <https://www.nmsba.com/neuromarketing/what-isneuromarketing>.

⁶ Questa la definizione contenuta nel recente studio della Commissione Europea, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, 2023, 7 (reperibile online all'indirizzo: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43754ac8-26aa-11ee-a2d3-01aa75ed71a1/language-en>). Nello stesso senso, v. T. L. TUTEN, *Principles of Marketing for a Digital Age*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, SAGE, 2020, 140-141; M. NILASHI, S. SAMAD, N. AHMADI, A. AHANI, R. A. ABUMALLOH, S. ASADI, R. ABDULLAH, O. IBRAHIM, E. YADEGARIDEHKORDI, *Neuromarketing: a review of research and implications for marketing*, in *Journal of Soft Computing and Decision Support Systems*, 2020, 23 ss.; E. BAKARDJIEVA, A. J. KIMMEL, *Neuromarketing research practices: attitudes, ethics, and behavioral intentions*, in *Ethics & Behavior*, 2017, 179 ss.; C.M.L. CRUZ, J.F.D. MEDEIROS, L.C.R. HERMES, A. MARCON, É. MARCON, *Neuromarketing and the advances in the consumer behaviour studies: a systematic review of the literature*, in *International Journal of Business and Globalisation*, 2016, 330 ss.; C. MORIN, *Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior*, in *Society*, 2011, 131 ss.; N. LEE, A.J. BRODERICK, L. CHAMBERLAIN, *What is 'neuromarketing'? A discussion and agenda for future research*, in *International journal of psychophysiology*, 2007, 199 ss.

Nell'ambito del *neuromarketing* – acquisiti almeno in parte, e prontamente riadattati soprattutto a beneficio dell'interesse dei grandi operatori economici digitali, gli approdi della c.d. “behavioral Law & Economics” (relativi, cioè, allo studio dei fattori psicologici, cognitivi, emotivi, culturali e sociali coinvolti nelle decisioni degli individui o delle istituzioni nonché di come queste decisioni finiscano per discostarsi, in realtà, da quelle implicite nella teoria economica classica e in quella giuseconomica)⁷ – si ricorre pertanto a tecniche rivolte a compiere misurazioni fisiologiche. Si pensi, per esempio, all'elettroencefalogramma (*electroencephalography*, EEG), per misurare l'attività elettrica cerebrale, all'*eye-tracking*, per misurare i movimenti degli occhi e lo sguardo, alla risonanza magnetica funzionale (*functional magnetic resonance imaging*, fMRI), per rilevare quali aree del cervello si attivano durante l'esecuzione di determinati compiti, alla valutazione della risposta galvanica della pelle (*galvanic skin response*, GSR), per misurare le variazioni nelle caratteristiche elettriche della pelle in risposta ai cambiamenti degli stati emotivi, alle misure implicite (“implicit measures”), che misurano i tempi di risposta impiegati dal cervello per pensare, e, più genericamente, alla biometria, per studiare le risposte emotive e fisiche non intenzionali delle persone a sollecitazioni esterne (come la sudorazione, la respirazione, il battito cardiaco), nonché ai diversi altri sistemi di intelligenza artificiale per costruire, anche sulla base dei dati tratti dalle tecniche di cui sopra, modelli di simulazione e predittivi sulle risposte delle persone al *marketing*, ai prodotti, ai marchi e alle esperienze di acquisto.

Non appare più possibile pertanto trascurare la sempre più diffusa prassi e l'ormai sterminata letteratura specialistica – riconducibile, in particolare

⁷ Il padre dell'economia comportamentale moderna è solitamente considerato lo psicologo israelo-statunitense Daniel Kahneman (recentemente scomparso). Nel 2002 ha ricevuto il premio Nobel per l'economia, per aver dimostrato, attraverso i suoi studi (condotti spesso con Amos Tversky), che le persone non prendono decisioni solo seguendo i propri interessi personali, ma che, invece, agiscono anche senza seguire criteri logici, saltando velocemente a conclusioni sbagliate e arrivando persino a pensare che eventi poco plausibili abbiano probabilità concrete di verificarsi. Cfr., *ex multis*, A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1124; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, «Prospect Theory»: *An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 263 ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin Books, 2011 (trad. it., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012). Nel corso del tempo, l'economia comportamentale è stata declinata, con grande successo, anche a decisioni microeconomiche e alle politiche pubbliche (v. R. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008, trad. it., *La spinta gentile. La nuova nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009; Richard Thaler è stato, a sua volta, premio Nobel per l'economia nel 2017). Per ulteriori approfondimenti, cfr. C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015; C.R. SUNSTEIN, *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, (rist.) 2007; C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, 50, 1471 ss. In Italia, v. M. MOTTERLINI, *Economia emotiva*, Milano, 2008; ID., *Trappole mentali*, Milano, 2010. Nell'ambito della letteratura giuridica, si è soffermato sulla c.d. “behavioral Law & Economics” V. ROPPO (“Behavioral Law and Economics”, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, pp. 167 ss.) e, più di recente, per affrontare specificamente le problematiche poste dal *neuromarketing*, E. M. INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2022, 520 ss.

(ma non solo), alle neuroscienze, alla psicologia, alle scienze aziendalistiche ed informatiche⁸ – che evidenziano la vitalità del *neuromarketing*, l'enorme valore economico degli investimenti in questo campo e, quindi, l'impatto significativo che tale realtà è destinata a produrre sulle vite delle persone negli anni a venire. Un ambito considerato relativamente nuovo fino a poco tempo fa, principalmente a causa delle barriere tecnologiche, della possibilità di trasformare i risultati delle neuroscienze in *insight* commerciali utili e degli alti costi di raccolta dei dati. L'evoluzione tecnologica costante sta rendendo però velocemente il *neuromarketing* uno strumento diffuso per il *customer insight*: una prospettiva non sempre facile da comprendere, ma soprattutto difficile da governare giuridicamente. Il *neuromarketing* risulta, infatti, un fenomeno tanto, per alcuni aspetti, affascinante quanto, per altri, inquietante, ponendo problemi e sfide per l'etica e per il diritto riconducibili a vecchi e nuovi rischi, derivanti da pratiche potenzialmente sempre più profittevoli per le aziende e pericolose per gli utenti⁹. Secondo la stessa Commissione europea, infatti, “the rapid development of research methodologies and tools that can be used to record, understand and potentially alter human decision-making raises important ethical challenges”¹⁰. Il ricorso ai suddetti strumenti di *neuromarketing* – fermo restando il ruolo (da sempre) centrale svolto dallo sviluppo tecnologico nel perseguimento d'interessi commerciali – non può che sollevare problematiche, a dir poco, rilevanti per il giurista, chiamato a comprendere ammissibilità, limiti e possibile disciplina di pratiche così invasive (giacché caratterizzate dall'osservazione diretta del funzionamento del corpo umano) e potenzialmente pericolose (poiché rivolte a decifrare ed influenzare, ove non addirittura manipolare, volontà e comportamento delle persone).

3. Le risposte in ordine sparso dell'ordinamento

Alle sfide (vecchie e nuove) poste dal *neuromarketing* l'ordinamento “multilivello” (italiano ed eurolunitario), in assenza di una specifica normativa, sembra ancor oggi rispondere in ordine sparso, suggerendo di ripercorrere l'evoluzione della normativa sulla profilazione e sul trattamento dei dati biometrici (§ 3.1.) e sull'eventuale minaccia al libero arbitrio della persona (consumatore e non solo) (§§ 3.2. ss.).

⁸ Il *neuromarketing* viene considerato pertanto come un “growing research field”, con una “multidisciplinary nature that integrates the approaches of neuroscience, psychology, and marketing, but also behavioural economics, decision-making theories, and computational analysis” (EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 7-8). Nello stesso senso, v. C.M.L. CRUZ, J.F.D. MEDEIROS, L.C.R. HERMES, A. MARCON, É. MARCON, *op. cit.*, 330 ss.

⁹ Per un'analisi critica, di stampo prevalentemente sociologico, con riferimento alle sempre più diffuse forme di condizionamento fortemente invasive, sebbene silenziose, compiute a beneficio degli interessi commerciali degli operatori del settore, v., per tutti, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, 269 ss., 297 ss.

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 9.

3.1. Profilazione e trattamento dei dati biometrici: la disciplina del GDPR

Già dalla definizione stessa di “neuromarketing” emerge l’esigenza di riflettere sul fenomeno (ormai piuttosto noto nel contesto digitale) della profilazione (ovverosia, secondo l’art. 4, n. 4, del GDPR, di “qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”). Tale fenomeno – preso in esame anche nei considerando 24, 60, 63, 70, 71, 72, 73 e 91 nonché negli artt. 13 par. 2, lett. f), 14, par. 2, lett. g), 15, par. 1, lett. h), 21, 22, 35, par. 3, lett. a), 47, par. 2, lett. e), 70, par. 1, lett. f) del GDPR – si caratterizza, infatti, per un’articolata disciplina a tutela dell’interessato (a partire dall’esigenza di un’adeguata informazione con riferimento al fatto che i suoi dati verranno trattati a fini di attività promozionale e commerciale e che i suoi dati potranno essere comunicati a terzi, per poi passare al riconoscimento di un ampio diritto di opposizione e alla configurazione di una serie di rilevanti misure e divieti)¹¹. Si tratta di prender in considerazione soprattutto (ma, come si è detto, non solo) l’art. 22 GDPR (dedicato al “Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione”), laddove si delinea un divieto generale di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, capaci di produrre effetti giuridici significativi sulla persona (art. 22, par. 1, GDPR). Tale divieto, però, non si applica allorché la decisione basata esclusivamente su di un trattamento automatizzato (compresa, appunto, la profilazione) è significativa a livello personale a) sia necessaria per la conclusione o per l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell’interessato (art. 22, par. 2, GDPR). Nelle eccezioni di cui all’art. 22, par. 2, *sub a)* e *c)* non rientra (e il tema risulta potenzialmente decisivo ai fini della presente ricostruzione) *il processo decisionale interamente automatizzato e basato su categorie particolari di dati personali*, il quale non è

¹¹ Secondo B. PARENZO (*Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull’IA*, in *Tecnologie e diritto*, 2023, 105 ss., spec. 119), “la prospettiva adottata dalla disciplina eurounitaria è una prospettiva che guarda più all’attività di profilazione e agli obblighi che il titolare deve rispettare nello svolgimento della medesima che al profilo e alle problematiche conseguenze che dalla sua applicazione possono derivare alla persona”.



ammesso salvo che ricorra *l'esplicito consenso dell'interessato* o *l'interesse pubblico al trattamento* e che siano comunque in vigore *misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato* (art. 22, par. 4, GDPR). Risulta difficile, in un contesto del genere, non notare la centralità riservata, ancora una volta, al *consenso* (esplicito) dell'interessato¹².

A ciò si aggiunge, nel caso di specie, la necessità di sviluppare una riflessione rivolta proprio al trattamento di categorie particolari di dati e, in particolare, di “dati biometrici”. Questi, come noto, sono “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” (art. 4, n. 14, GDPR)¹³.

Mentre la definizione di dati biometrici risulta oggi piuttosto consolidata, le maggiori problematiche (interpretative e applicative) sembrano riguardare, invece, la disciplina relativa al trattamento dei dati biometrici, a cominciare proprio da quella dettata dal Regolamento UE 679/2016.

Si tratta di prender in considerazione le tutele specificamente previste con riferimento al trattamento delle categorie particolari di dati, cui si ascrivono, fra gli altri, i suddetti dati biometrici¹⁴.

Non è possibile, ancor una volta, trascurare la centralità del consenso dell'interessato: è lo stesso art. 9 del GDPR, infatti, a sottolineare – dopo aver imposto un divieto generale relativo al trattamento (delle categorie particolari di dati e) dei dati biometrici intesi ad identificare in modo univoco una persona fisica (par. 1) – la liceità del trattamento di tali dati personali se l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito per una o più finalità specifiche (par. 2, lett. a))¹⁵.

¹² Per una panoramica sull'art. 22 GDPR, v. per tutti, D. IMBRUGLIA, *Il diritto per l'intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, a cura di G. MAGRI, S. MARTINELLI, S. THOBANI, Torino, 2022, 225 ss., spec. 247 ss. Quest'Autore ha poi sviluppato un'interessante visione critica dell'odierna disciplina della decisione automatizzata rilevante per la persona (compatibile, almeno in parte, con i rilievi critici qui conclusivamente proposti) in ID., *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 921 ss.

¹³ Da ultimo, la definizione è stata peraltro ripresa dall'art. 3, n. 34, dell'AI Act (“biometric data” means personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, such as facial images or dactyloscopic data”).

¹⁴ Cfr., *ex multis*, C. JASSERAND, *Legal Nature of Biometric Data: From 'Generic' Personal Data to Sensitive Data*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, 297 ss.; E. J. KINDT, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*, Berlin, Springer, 2013, 12 ss.

¹⁵ Come noto, sono previste solo alcune tassative eccezioni al divieto generale di trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché di trattare dati genetici, *dati biometrici* intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona (art. 9, § 1, GDPR): “a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1; b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trat-

Ne deriva l'ennesima occasione di riflessione – da inserirsi in un recente, ma già piuttosto ampio, dibattito dottrinale – sulla natura stessa del consenso dell'interessato¹⁶, stavolta più specificamente declinato nell'articolata prospettiva del trattamento dei dati biometrici funzionali allo svolgimento di finalità di *marketing* nell'odierno contesto digitale.

Alla tradizionale visione del consenso “autorizzatorio” (formulata in origine specie a partire dalla lettura che, facendo leva sull'indisponibilità dei diritti della personalità, considera il consenso come lo strumento funzionale a rendere lecita un'attività, quale il trattamento dei dati, altrimenti illecita) sembra così lentamente affiancarsi una diversa visione (più negoziale) del consenso dell'interessato, che, impegnando quest'ultimo nei confronti del titolare, può essere anch'essa (forse perfino più facilmente) connessa, specie

tamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato; e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3; i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale; j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato” (art. 9, § 2, GDPR).

Il trattamento in oggetto – con finalità di *neuromarketing* – non sembra poter rientrare pertanto in nessuna delle suddette eccezioni, se non in astratto *sub* art. 9, § 2, lett. a), in presenza di un esplicito consenso dell'interessato al trattamento di tali categorie particolari di dati personali per una o più finalità specifiche.

¹⁶ Per una panoramica sull'argomento, v. S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 5 ss.; e, più di recente, C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 74 ss.; S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, cit., 133 ss.

con riferimento alle categorie particolari di dati, alla specifica finalità perseguita (proprio ai sensi del suddetto art. 9, § 2, lett. a), GDPR)¹⁷.

Tuttavia, le problematiche relative al trattamento dei dati biometrici non si esauriscono con il (pur molto importante) dibattito sul consenso come condizione di liceità del trattamento (da coordinare peraltro, come si è detto, con le specifiche finalità perseguite, nel caso di specie, rappresentate dal *neuromarketing*)¹⁸.

Già ai sensi dello stesso art. 9 (stavolta par. 4) del GDPR, infatti, “gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute”. In Italia, l’art. 2, c. 1, lett. f), del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, ha disposto pertanto l’introduzione dell’art. 2-*septies* (rubricato “Misure di garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute”) nel c.d. “codice della privacy”. Alla luce dell’art. 2-*septies*, spetta al Garante per la protezione dei dati personali fissare ogni due anni, con un proprio provvedimento, le misure di garanzia (e le relative misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l’accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati) per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute. L’Autorità stessa vigila poi con attenzione sull’applicazione della normativa posta a protezione dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute, sanzionando, se del caso, l’eventuale trattamento illecito¹⁹. E non è tutto.

In particolare, il titolare del trattamento – consultandosi con il responsabile della protezione dei dati (qualora, come sistematicamente avviene in casi del genere, ne sia stato designato uno *ex art. 37 GDPR*) – dev’effettuare, infatti, una *valutazione d’impatto* sulla protezione dei dati ai sensi

¹⁷ Qui non è possibile richiamare per intero una letteratura divenuta, con il passare del tempo, praticamente sterminata. Senza nessuna pretesa di completezza, fra i sostenitori della natura autorizzativa del consenso, ci si limita pertanto a richiamare D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339; A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in AA.VV., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, a cura di R. PARDOLESI, Milano, 2003, 469 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il potere di revoca*, in AA.VV., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. PANETTA, I, Milano, 2006, 993 ss., spec. 1026-1027. Per una posizione più favorevole alla natura “negoziale” del consenso, v. G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1130 ss.; ID., *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 61 ss., 137 ss., 168 ss.; e, con specifica attenzione al valore negoziale del rilascio di dati personali nell’ambito di una specifica operazione di consumo, vale a dire il contratto per la fornitura di contenuti o servizi digitali (v. direttiva 2019/770/UE), ID., *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della Direttiva 2019/770/UE in una prospettiva comparata*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 207 ss. Sul punto, per una recente panoramica sulle diverse posizioni dottrinali, con un’apparente preferenza per l’approccio più negoziale, cfr. V. BACHELET, *Il consenso oltre il consenso*, Pisa, 2024, 76 ss.

¹⁸ Sul punto, v., *infra*, §§ 3.2. ss.

¹⁹ Un esempio recente è dato dal Provvedimento del 22 febbraio 2024, n. 9995680 (consultabile *online* sul sito ufficiale del Garante per la Protezione dei Dati Personali: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9995680>).

dell'articolo 35 del GDPR (e delle «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»)²⁰.

Inoltre, il titolare o il responsabile del trattamento – ed eventualmente il loro rappresentante – devono predisporre e tenere un registro delle attività di trattamento svolte sotto la responsabilità del titolare e, dietro richiesta, metterlo a disposizione dell'autorità di controllo (art. 30 del GDPR).

Infine, il titolare è chiaramente tenuto, specie nell'ottica del trattamento di dati biometrici, anche alla consegna di un'informativa specifica funzionale all'eventuale rilascio proprio del consenso dell'interessato (art. 13 del GDPR).

La disciplina del GDPR sulla profilazione e sul trattamento dei dati biometrici delinea pertanto un panorama ancor oggi caratterizzato – oltre che da una serie di particolari tutele nonché misure di garanzia e di sicurezza – dalla centralità del ruolo del consenso dell'interessato, affiancato, però, dall'attenzione rivolta alle specifiche finalità. Non possiamo pertanto che proseguire nell'analisi guardando ai profili regolatori relativi ai casi dove il trattamento dei dati biometrici risulta specificamente funzionale al perseguimento di finalità di *marketing* (come avviene, per l'appunto, nell'ambito del *neuromarketing*)²¹.

3.2. Il rischio di un abuso del neuromarketing e la minaccia al libero arbitrio dell'individuo

Se già la disciplina del GDPR sul trattamento dei dati biometrici non costituisce, come si è visto, un argomento privo di criticità, è però *l'individuazione dell'esatto momento in cui l'attività di persuasione – accettabile – diviene una manipolazione – inaccettabile – della volontà dell'individuo* a rappresentare senza dubbio l'aspetto maggiormente problematico del *neuromarketing*²². I rischi maggiori sono, infatti, “quelli della

²⁰ Le «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» (adottate il 4 aprile 2017, poi modificate e riadottate, da ultimo, il 4 ottobre 2017) contribuiscono ad integrare la disciplina sulla valutazione d'impatto contenuta nel GDPR (e sono facilmente consultabili *online*: ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=47711).

²¹ Ci si muove così nel solco di chi, sviluppando la propria riflessione a partire dal ruolo del consenso nel trattamento dei dati, ha scelto però di sottolineare poi l'esigenza di soffermarsi anche sulla specifica finalità di *marketing*. Cfr., per tutti, S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 536 ss.

²² Lo sottolinea la stessa Commissione europea: “From a policy perspective, understanding the exact point where *acceptable persuasion* becomes *unacceptable manipulation* is one of the crucial issues for the regulation of marketing and commercial practices, especially in the digital environment” (EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 27). Nello stesso senso, v., *ex multis*, 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, 1480 ss. Si tratta, in verità, di una sfida

distorsione comportamentale e della discriminazione: le persone il cui comportamento viene, non semplicemente influenzato, bensì, distorto ossia manipolato, attraverso una comunicazione personalizzata che fa leva su loro specifiche e ben studiate caratteristiche e vulnerabilità decisionali e comportamentali, rischiano tipicamente di diventare persone diverse da quelle che sarebbero diventate se non fossero state fatte bersaglio di quella comunicazione”²³. E ciò trova potenzialmente riscontri tanto nell’ambito della disciplina – ormai classica e, per alcuni profili, ancora “speciale” – del diritto dei consumi (§ 3.2.1.) quanto nell’odierno contesto normativo – in espansione e sempre più “generale” – del mondo digitale (§§ 3.2.2. e 3.2.3.).

3.2.1. Una pratica commerciale sleale?

Come noto, la differenza tra *influenza comportamentale* (ammessa, in linea di principio, laddove esercitata in conformità alla “diligenza professionale”) e *distorsione comportamentale* (vietata, laddove conseguenza di pratiche contrarie alla “diligenza professionale”) è stata normativamente tracciata, per la prima volta, con il divieto delle pratiche commerciali sleali, dalla direttiva 2005/29/CE²⁴. Qui si sancisce, infatti, un articolato divieto generale delle pratiche commerciali distorsive del comportamento economico dei consumatori (art. 5, dir. 2005/29/CE).

Questa previsione pone diverse problematiche con riferimento specifico al *neuromarketing*.

Ad emergere, fin da subito, è l’impossibilità di trovar un’univoca risposta alla domanda circa l’ammissibilità o meno di tutte le pratiche di *neuromarketing*. Quando, in altri termini, si assiste ad un uso improprio di tali tecniche? La valutazione dovrà essere fatta necessariamente nel merito, cercando d’intuire quando uno specifico strumento o, meglio ancora, un prodotto in una determinata circostanza finisce per spingersi oltre il confine della distorsione comportamentale. Anche per agevolare probabilmente tale valutazione è la stessa direttiva 2005/29/CE a prevedere, oltre al divieto di carattere generale, un elenco di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali (v. allegato I; peraltro, detto elenco si applica in tutti gli Stati membri e può essere modificato ed integrato solo mediante revisione della direttiva). Nella maggior parte dei casi, spetterà però proprio all’interprete valutare – alla luce dell’eventuale contrarietà della pratica alla diligenza professionale e della sua idoneità ad alterare in misura apprezzabi-

regolatoria “classica” posta anche dalle pratiche tradizionali di *marketing*: l’avvento delle nuove tecnologie dell’era digitale sembra limitarsi, da questo punto di vista, soltanto a rendere più complesso l’individuazione di un confine già di per sé difficile da tracciare.

²³ S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 534.

²⁴ Per una riflessione che suggerisce di guardare la disciplina della protezione dei dati sempre con attenzione alla prospettiva consumeristica, v. CH. AUBERT-HASSOUNI, J. CLOAREC, *Privacy Regulation in the Age of Artificial Intelligence*, in *The SAGE Handbook of Digital Marketing*, A. Hanlon, T. L. Tuten eds., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, SAGE, 2022, 544 ss.

le il comportamento di un “consumatore medio” (?)²⁵ – se nel caso di specie si rientri o meno nell’ambito di applicazione del divieto sancito all’art. 5 della direttiva 2005/29/CE. Si tratta di una valutazione tutt’altro che semplice: non è detto, per esempio, che il soggetto che commercializza un determinato prodotto – che si avvale di tecniche di *neuromarketing* – sia effettivamente consapevole delle caratteristiche intrinseche del bene, rivelatesi poi più o meno distorsive del comportamento del consumatore (da cui l’ulteriore criticità relativa ad un’eventuale indagine supplementare sull’intera *supply chain*).

A ciò si aggiungono le perplessità riguardanti l’ambito di applicazione della direttiva. Anche se coordinata magari con importanti strumenti processuali di tutela collettiva, messi a disposizione tanto dal legislatore nazionale quanto da quello eurounitario²⁶, la direttiva 2005/29/CE può assicurar

²⁵ Come noto, il riferimento al “consumatore medio” si ritrova non soltanto all’art. 5, ma anche al Considerando 18 della medesima direttiva 2005/29/CE (“[...] la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l’impatto della pratica commerciale venga valutato nell’ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell’elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all’acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie”). Notazioni critiche, specificamente rivolte all’eventuale declinazione della nozione di “consumatore medio” nell’ambito del *neuromarketing*, sono rinvenibili in A. PANICHELLA, *La tutela del consumatore alla sfida del neuromarketing*, in *federalismi.it*, 2024, 6, 209 ss., spec. 215-216. Solleva perplessità sull’evanescente figura del consumatore *europeo* medio, in una prospettiva più generale, anche G. GUZZARDI, *Libertà d’impresa e tutela del consumatore nel sistema comunitario di protezione delle indicazioni geografiche. Riflessioni a margine del caso Morbier*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1189 ss., spec. 1208 ss. Nuovi ed ulteriori spunti di riflessione sembrano forniti tanto dalla più recente giurisprudenza amministrativa nazionale (Cons. Stato, ord., 10 ottobre 2022, n. 8650), che ha rimesso la questione circa la corretta interpretazione della nozione di “consumatore medio” alla Corte di Giustizia, quanto dalla recente normativa eurounitaria (si pensi, per esempio, alla recente “Green Claims Directive”). Sul punto, oltre alle Conclusioni dell’Avvocato Generale Nicholas Emiliou (presentate il 25 aprile 2024 e reperibili *online* su sito della Corte di Giustizia dell’Unione Europea:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285202&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1796129>, spec. punto 100, n. 1), v., in letteratura, C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici: scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada*, in *Il Foro it.*, 2022, III, 542; F. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 101; E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus*, in *Accademia*, 2023, 77; A. MAGLIARI, *Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, n. 2, 374 ss.

²⁶ Il riferimento è rivolto alle recenti normative nazionali ed eurounitarie di tutela collettiva dirette ad introdurre la c.d. “class action” e la c.d. “azione rappresentativa”. In Italia, il consumatore leso da una pratica scorretta ha a sua disposizione lo strumento dell’azione di

classe, disciplinata dagli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. In origine, l'azione di classe era disciplinata dall'art. 140-*bis* cod. cons. ed era esperibile *soltanto* dai consumatori (singoli, ovvero dalle associazioni di consumatori), in casi individuati dal medesimo articolo, tra i quali figurava il risarcimento del danno derivante dalle pratiche commerciali scorrette. La l. 12 aprile 2019, n. 31 ne ha poi trasfuso la disciplina – con significative modifiche – nel codice di procedura civile agli artt. 840-*bis* ss., estendendo la legittimazione attiva anche a soggetti che non rientrino nella categoria dei consumatori. All'art. 840-*bis* c.p.c. si prevede, infatti, che: «i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tal fine un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni». Quest'azione consente di alleggerire la difficoltà di soddisfare l'onere della prova in capo ai soggetti che rimangano vittime di una pratica commerciale scorretta posta in essere da una stessa impresa. L'azione di classe permette poi al soggetto acquirente di un dispositivo relativamente poco costoso di trovare comunque tutela mediante l'adesione all'azione intentata da altri o da una associazione di categoria. Infine, il minor tasso di 'immobilismo' dell'acquirente potrebbe produrre un ulteriore effetto positivo sulle imprese responsabili giacché consapevoli di poter essere, sempre più spesso, chiamate a risarcire i danni. Sulla nuova azione di classe, si vedano, per tutti, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714 ss.; I. PAGNI, *La class action riformata – L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss. Per una panoramica più ampia, v. AA.VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. SASSANI, Pisa, 2019, 1 ss.; S. BRAZZINI, P. P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019, spec. 63 ss. A proposito dei nuovi procedimenti collettivi nel codice di procedura civile, v. A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.; D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1049 ss.; A. TEDOLDI, G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 230 ss. e, per uno studio monografico, N. RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa, 2022, 17 ss.

A partire dal 25 giugno 2023, la protezione del consumatore è garantita pure mediante la nuova c.d. "azione rappresentativa". Si tratta di un rimedio, delineato dalla direttiva 2020/1828/UE, con il fine di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori in caso di violazione di alcune normative europee (tra le quali, ancora una volta, spicca la direttiva 2005/29/CE). Anche in questo caso non si intende approfondire la disciplina di tale strumento, ma soltanto evidenziarne le caratteristiche fondamentali (delineate dagli artt. 140-*ter* ss. del rinnovato codice del consumo). *In primis*, siffatta azione non è esperibile dal singolo consumatore, bensì soltanto dagli enti legittimati (v. art. 140-*quater* cod. cons.). Questi organismi, ai sensi dell'art. 140-*septies*, hanno la facoltà di agire anche in assenza di un mandato del singolo, allo scopo di ottenere provvedimenti inibitori (art. 140-*octies* cod. cons.), ovvero compensativi (art. 140-*novies* cod. cons.). Per quanto compatibile, la disciplina processuale cui tale strumento è sottoposto è quella di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., contribuendo, a livello sistematico, a ridurre la diffusione di pratiche commerciali scorrette. Di recente, sulla portata della nuova Dir. 2020/1828/UE (e sui rapporti con la disciplina dell'azione di classe), cfr., *ex multis*, G. DE CRISTOFARO, *Le 'azioni rappresentative' di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1 ss.; ID., *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1010 ss., spec. 1033-1034; ID., *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, spec. 44-45; E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Rep-*

un'efficace tutela soltanto dei consumatori, trovando applicazione nei rapporti cc.dd. *business-to-consumer* (o, più sinteticamente, *b2c*). E nei casi in cui la commercializzazione di prodotti, che si avvale di strumenti e tecniche di *neuromarketing*, non coinvolge consumatori (si pensi, per esempio, ai fenomeni riconducibili all'applicazione di tali tecniche nell'ambito *business-to-business*, lavorativo o politico)? Sarà necessario, se del caso, guardar altrove.

Infine, non mancano, specie per il civilista, le criticità sul fronte rimediabile. L'eventuale assoggettamento alla normativa eurounitaria in materia di pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori – ossia al divieto generale previsto dall'art. 5 della direttiva 2005/29/CE e alle correlate sanzioni previste dalla direttiva (UE) 2019/2161 (c.d. “omnibus”) per integrare sul punto la disciplina della predetta direttiva 2005/29/CE – non appare di certo come la panacea di tutti i mali. Con riferimento agli strumenti rimediabili privatistici (che chiaramente non esauriscono le misure contenute nella normativa, come dimostra la presenza anche di rilevanti previsioni di carattere pubblicistico), assume un ruolo centrale il nuovo art. 11-*bis* direttiva 2005/29/CE: «[i] consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a *rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti*»²⁷.

Purtroppo, l'ampia formulazione della norma con margini così significativi di discrezionalità (da esercitarsi in sede di recepimento da parte dei singoli legislatori nazionali) non sembra lasciare molte speranze circa l'applicazione di regole uniformi nel prossimo futuro. Nell'ordinamento italiano (che, seppure tardivamente, ha recepito la direttiva 2019/2161/UE, con il decreto legislativo 7 marzo 2023, n. 26), la via intrapresa – a fronte dell'ampio margine discrezionale lasciato dalla formulazione dell'art. 11-*bis* – risulta, per usare un eufemismo, “minimalista”, limitandosi sostanzialmente a riportare, nell'ambito del nuovo art. 27, c. 15-*bis* del codice del consumo, le stesse parole dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE senza sciogliere nessuno dei nodi gordiani relativi ai presupposti e ai reciproci rapporti

sol, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 437 ss.; ID., *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il “sistema delle prove”. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1052 ss., spec. 1058 ss.; L. BUGATTI, *The Directive (EU) 2020/1828 and the Consumer Representative Actions in Italy: A Step Back or Forward?*, in *European Journal of Consumer Law*, 2024, 289 ss.; M. LORENZOTTI, *Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite?*, in *Contr. impr.*, 2022, 682 ss.; F. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1670 ss. Per alcune notazioni sintetiche sull'importante ruolo dell'azione di classe e dell'azione rappresentativa a tutela del consumatore nell'ipotesi di pratiche commerciali scorrette, cfr., di recente, M. D'ONOFRIO, *Il difetto di durabilità del bene*, Napoli, 2023, 133 ss.

²⁷ Infine, ai sensi dell'art. 11-*bis*, par. 2, della direttiva 2005/29/CE, “detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale”.



dei diversi rimedi prospettati dall'originaria formulazione eurounitaria ("I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori")²⁸.

Dall'analisi dell'odierna normativa (eurounitaria e nazionale) sulle pratiche commerciali sleali²⁹ emergono pertanto una serie d'indicazioni utili per delineare la disciplina del *neuromarketing*, ma, al contempo, diverse criticità riguardanti principalmente l'individuazione dell'inaccettabile distorsione del comportamento dell'individuo, l'ambito applicativo limitato ai rapporti con i consumatori e le caratteristiche specifiche (che difficilmente saranno uniformi a livello eurounitario) dei rimedi privatistici.

3.2.2. Prime notazioni a partire dall'*AI Act*

²⁸ Quest'avviso è sostanzialmente condiviso in letteratura. Cfr., *ex multis*, G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 456 ("La formulazione testuale della disposizione interna si sostanzia infatti in una malriuscita e sbiadita fotocopia della disposizione europea, della quale conserva la laconicità, la genericità e l'ambiguità, omettendo completamente di affrontare tutte le questioni che – espressamente o anche solo implicitamente – la direttiva UE incaricava i legislatori dei Paesi membri di affrontare ex professo attraverso apposite disposizioni interne di recepimento"). Nello stesso senso, v. A. PURPURA, Private enforcement delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c.cons., in *Eur. dir. priv.*, 2023, 815 ss., spec. 816, 828 ss.

²⁹ Sulle pratiche commerciali "sleali" (definite poi, all'esito del recepimento nell'ambito dell'ordinamento italiano, "scorrette" nel codice del consumo), cfr., per tutti, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2012, 1079 ss., spec. 1086. Secondo l'Autore, "non è chiaro per quale ragione il legislatore abbia preferito l'aggettivo «scorrette» all'aggettivo «sleali», che compariva invece nella versione italiana del testo della direttiva. È possibile che tale opzione sia stata ispirata dall'intento di evidenziare anche a livello lessicale la diversità di *ratio*, obiettivi di tutela e ambito di applicazione delle nuove disposizioni attuative della direttiva, rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale contenuta negli art. 2598 ss. c.c. Non si può dire tuttavia che la scelta sia caduta sul termine più idoneo ad assicurarne la piena realizzazione. Non soltanto perché, a norma dell'art. 2598 n. 3 c.c., compie atti di concorrenza «sleale» chiunque si avvalga di mezzi non conformi ai principi della «correttezza» professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda, ma anche e soprattutto perché, all'interno del codice del consumo, i termini «lealtà» e «correttezza» vengono utilizzati entrambi – ora isolatamente (art. 52 comma 2 c. cons.: lealtà; art. 18 lett. d e art. 67-*quater* comma 2 c. cons.: correttezza), ora congiuntamente (art. 1 lett. c-*bis* e art. 39 c. cons.) – sempre in combinazione con la nozione di «buona fede» (oggettiva), senza che appaia possibile e ragionevole attribuire all'uno un significato e una portata non pienamente corrispondenti a quelli propri dell'atto. Anche in considerazione di ciò, *deve escludersi che la scelta di ricorrere all'aggettivo «scorrette» anziché all'aggettivo «sleali» possa avere ripercussioni di sorta*, sia ai fini della ricostruzione e dell'inquadramento sistematico del nuovo *corpus* normativo, sia ai fini dell'interpretazione delle singole disposizioni che lo compongono" (corsivo aggiunto).



Alla normativa delle pratiche commerciali scorrette sembra essersi poi recentemente affiancata una nuova disciplina. Si tratta del Regolamento 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, 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) n. 2019/2144 e le direttive (UE) 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828. Quest'ultimo Regolamento (c.d. "Artificial Intelligence Act" o, più sinteticamente, "AI Act")³⁰ – approvato il 13 marzo 2024, poi emendato il 19 aprile e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 12 luglio 2024, ma destinato a divenire applicabile, per la maggior parte delle sue disposizioni, soltanto a due anni dalla sua entrata in vigore (cioè il 2 agosto 2026), fatta eccezione per le applicazioni vietate, rispetto alle quali risulterà applicabile già sei mesi dopo (cioè il 2 febbraio 2025)³¹ – mira, nel suo complesso, "to improve the functioning of the internal market and promote the uptake of human-centric and trustworthy artificial intelligence (AI), while ensuring a high level of protection of health, safety, fundamental rights enshrined in the Charter, including democracy, the rule of law and environmental protection, against the harmful effects of AI systems in the Union and to support innovation" (art. 1).

La nuova normativa – frutto di un susseguirsi di confronti serrati (e di differenti versioni testuali) – suggerisce una serie d'interessanti (e ulteriori) spunti di riflessione – in un rapporto ancora da decifrare anche con il GDPR – sulla disciplina del *neuromarketing*³².

³⁰ L'AI Act non è però l'unico testo normativo rilevante in materia. In particolare, il 17 maggio 2024 è stata adottata dal Consiglio d'Europa la "Convenzione quadro su intelligenza artificiale e diritti umani, democrazia e stato di diritto" (il primo trattato internazionale sull'argomento; oggi facilmente reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa: <https://rm.coe.int/0900001680afb122>). Al contempo, il Governo italiano ha predisposto (e avviato l'iter parlamentare di) un disegno di legge su "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale" n. 1146 (la cui versione più recente, dell'11 giugno 2024, è attualmente reperibile *online* sul sito della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica; v. https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/ID0010.pdf?_1719738400371; <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/58262.htm>).

³¹ In particolare, l'art. 113 dell'AI Act recita così: "This Regulation shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the *Official Journal of the European Union*. It shall apply from 2 August 2026. However: (a) Chapters I and II shall apply from 2 February 2025; (b) Chapter III Section 4, Chapter V, Chapter VII and Chapter XII and Article 78 shall apply from 2 August 2025, with the exception of Article 101; (c) Article 6 (1) and the corresponding obligations in this Regulation shall apply from 2 August 2027".

³² Secondo B. PARENZO (*Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull'IA*, cit., 126), per esempio, "la recente proposta di Regolamento sull'IA [...] costituisce al tempo stesso una «seconda stagione» e uno «spin off» del GDPR. Essa, infatti, ne rappresenta in primo luogo l'ideale prosecuzione – ecco perché «seconda stagione» – nella misura in cui, come subito si cercherà di mettere in evidenza, va a colmare le lacune relative alle rilevate questioni e criticità che non riuscivano a trovare risposta nella disciplina sui dati personali; ad un tempo – ed ecco perché «spin off» –, tale risultato viene raggiunto elevando a «protagonista» oggetto di regolamentazione quello che nella «prima stagione» era un mero «supporting character», un «personaggio», per così dire, che, pur senza dubbio presente nella «sceneggiatura», non veniva tuttavia direttamente considerato sul piano regolatorio: l'IA compare certo nel GDPR (sotto le sembianze del termine «automatizzato» riferito al trattamento dei dati personali), ma il focus del Regolamento è evidente-

Nell’ottica (non sempre chiara) di disciplinare l’immissione sul mercato, la messa in servizio o l’uso di “sistemi di intelligenza artificiale”³³, l’*AI Act* delinea un’articolata disciplina della materia incentrata su un approccio orizzontale c.d. “risk-based”: più alto è il coefficiente di rischio legato all’utilizzo di un determinato sistema, più severa ne risulterà la regolamentazione³⁴.

Non c’è dubbio che la disciplina del trattamento dei dati biometrici (specie su larga scala) abbia rappresentato – come testimoniato dai numerosi Considerando dedicati all’argomento (v., fra i tanti, i nn. 14, 15, 16, 17, 18, 29, 30) nonché dalle diverse versioni testuali emerse nel c.d. “trilogo” tra Parlamento Europeo, Commissione e Consiglio³⁵ – uno dei profili più discussi nell’ambito dell’elaborazione e poi della formulazione definitiva dell’*AI Act*. Tuttavia – fermo restando la particolare delicatezza (già evidenziata dall’analisi del GDPR) dell’oggetto del trattamento (rappresentato dai dati biometrici) – risulta adesso fondamentale, ai fini della presente riflessione, prender in considerazione l’approccio regolatorio eurounitario nei confronti dei “sistemi di riconoscimento delle emozioni” (cioè, ai sensi dell’art. 3, n. 39 dell’*AI Act*, sistemi di IA finalizzati all’identificazione o all’inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici) così da perseguire specificamente finalità di *marketing*.

Il c.d. “neuromarketing”, infatti, pone certamente al giurista sfide “nuove” assieme, però, a sfide ormai divenute “classiche”. Il *neuromarketing* consente, infatti, di muoversi all’esito di un’analisi più precisa: il *marketer* rischia sicuramente di più trattando dati biometrici, ma può contare, per al-

mente tutto incentrato sui dati e sui soggetti del trattamento, nonché, come già messo in rilievo, sulla attività di trattamento, ma non invece sugli «strumenti», gli algoritmi di IA, per il cui tramite i dati vengono trattati”. Nell’ottica di regolare un fenomeno sempre più complesso (su cui, v., per tutti, le interessanti riflessioni di N. CRISTIANINI, *La scorciatoia*, Bologna, 2023, 7 ss.; ID., *Machina sapiens*, Bologna, 2024, 7 ss.) suggerisce di valorizzare, oltre alla disciplina del GDPR, le più recenti normative eurounitarie del *Digital Services Act* e dell’*AI Act* anche L. SPOSINI, *Neuromarketing and Eye-Tracking Technologies Under the European Framework: Towards the GDPR and Beyond*, in *Journal of Consumer Policy*, 2024 (pubblicato in *open access* il 26 gennaio 2024 e reperibile online: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-023-09559-2#article-info>).

Per un’impostazione attenta ai diversi testi normativi eurounitari, letti anche alla luce di una prospettiva interdisciplinare, v. S. FASSIAUX, *Preserving Consumer Autonomy through European Union Regulation of Artificial Intelligence: A Long-Term Approach*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 1 ss.

³³ Secondo l’ultima definizione, cristallizzata nell’odierno art. 3, n. 1 dell’*AI Act*, “‘AI system’ means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”.

Per una panoramica complessiva su cattive e buone pratiche dell’IA, invece, v., per tutti, L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 177 ss.

³⁴ Per alcuni spunti critici, anche a partire dall’adozione dell’approccio c.d. “risk based”, v., *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 114-115; E. M. INCUTTI, *op. cit.*, 535 ss.

³⁵ Le diverse versioni del testo dell’*AI Act* (assieme a molti altri documenti di grande interesse ai fini dell’analisi e dell’interpretazione dell’intervento normativo eurounitario) sono facilmente reperibili online al sito: <https://artificialintelligenceact.eu/>

tro verso, su strumenti tecnologici sempre più avanzati e soprattutto su un'evidenza scientifica che gli consente d'influenzare più incisivamente la volontà del singolo individuo. Ai nuovi rischi e strumenti del *neuromarketing* si affiancano così le questioni classiche legate alla finalità stessa del trattamento circa l'opportuno discrimine da individuare fra l'attività di persuasione accettabile e quella di distorsione inaccettabile per l'ordinamento. È pertanto nella duplice prospettiva delle sfide nuove e classiche poste dal *neuromarketing* che meritano di essere prese in considerazione le recenti previsioni dell'AI Act.

A cominciare – com'è già stato sottolineato anche con riferimento alle precedenti versioni dell'AI Act³⁶ – dall'art. 5 (rubricato “Prohibited AI Practices”). Qui non è dato riscontrare nessun riferimento specifico alla finalità di *marketing* (né tanto meno di *neuromarketing*), ma diversi spunti di riflessione emergono lo stesso dall'odierna formulazione perlomeno delle lett. a), b) e f) delle pratiche vietate ai sensi dell'art. 5 dell'AI Act.

Innanzitutto, ai sensi della lett. a), si vieta “*the placing on the market, the putting into service or the use of an AI system that deploys subliminal techniques beyond a person's consciousness or purposefully manipulative or deceptive techniques, with the objective, or the effect of materially distorting the behaviour of a person or a group of persons by appreciably impairing their ability to make an informed decision, thereby causing them to take a decision that they would not have otherwise taken in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person, another person or group of persons significant harm*”. Ne deriva un divieto che, pur non richiamando espressamente la finalità di *marketing*, sembra farvi (almeno implicitamente) riferimento. Qui – lungi dallo sviluppare un'analisi approfondita della previsione, che sicuramente imporrà un confronto serio fra teorici e pratici negli anni a venire – non è possibile trascurare del tutto la struttura stessa del divieto. Si delineano, infatti, delle condotte vietate (l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di intelligenza artificiale che utilizzi tecniche subliminali al di là della coscienza di una persona o tecniche manipolative o ingannevoli)³⁷, caratterizzate dall'obiettivo, o anche solo dall'effetto, di *distorcere* (come si è già visto, in altro contesto, con riferimento alle pratiche commerciali sleali) il comportamento di una persona o di un gruppo di persone. Tale manipolazione della volontà – per essere vietata – dev'essere poi in grado di causare un *danno significativo* a quella persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone.

Alla (complessa) categoria delle persone o dei gruppi di persone *vulnerabili* è poi specificamente dedicata la previsione di cui alla lett. b)³⁸, che,

³⁶ Per un'analisi complessiva della disciplina del *neuromarketing* nell'ambito delle precedenti proposte dell'AI Act, v. S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, cit., 346 ss.; E. M. INCUTTI, *op. cit.*, 527 ss.; L. SPOSINI, *op. cit.*

³⁷ Non è chiaro, per esempio, il significato che si vuole attribuire all'avverbio “purposefully” (volutamente). Quest'ultimo risulta giustapposto, almeno in apparenza, alle tecniche manipolative o ingannevoli, ma logicamente dovrebbe forse esser accostato alla condotta dell'agente.

³⁸ Alla vulnerabilità è giustamente dedicata un'ampia attenzione nell'ambito dell'AI Act (che, però, non ne fornisce una definizione chiara). Tale profilo assume un rilievo partico-

richiamando per il resto sostanzialmente la struttura della lett. a), vieta “*the placing on the market, the putting into service or the use of an AI system that exploits any of the vulnerabilities of a natural person or a specific group of persons due to their age, disability or a specific social or economic situation, with the objective, or the effect, of materially distorting the behaviour of that person or a person belonging to that group in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person or another person significant harm*”.

Nell’ottica della presente riflessione – oltre alla lett. c) dell’art. 5 dell’AI Act (dedicata a vietare pratiche di c.d. “social scoring”)³⁹ – può risultare interessante richiamare anche la lett. f), laddove si vieta “*the placing on the market, the putting into service for this specific purpose, or the use of AI systems to infer emotions of a natural person in the areas of workplace and education institutions, except where the use of the AI system is intended to be put in place or into the market for medical or safety reasons*”. Si tratta – fermo restando l’attuale formulazione (stilisticamente migliorabile) – di un divieto rivolto al riconoscimento (e al possibile conseguente sfruttamento) delle emozioni delle persone nell’ambiente lavorativo e formativo, fatta eccezione per il ricorso a sistemi d’intelligenza artificiale sviluppati per essere collocati sul mercato per scopi relativi alla tutela della salute o della sicurezza⁴⁰.

larmente significativo nell’analisi delle possibili conseguenze pregiudizievoli del *neuromarketing*. Lo rilevano – oltre alla stessa Commissione europea (*State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., spec. 18 ss., 26) – A. AL ABBAS, W. CHEN, M. SABERI, *The Impact of Neuromarketing Advertising on Children: Intended and Unintended Effects*, in *KnE Social Sciences*, 2019, 1 ss. Per alcuni interessanti spunti sulla disciplina dei soggetti vulnerabili, v. B. GARDELLA TEDESCHI, *L’indagine giuridica*, in V. CAPELLATO, B. GARDELLA TEDESCHI, E. MERCURI, *Anziani. Diritti, bisogni, prospettive. Un’indagine sociologica e giuridica*, Bologna, 2021, 181 ss., spec. 192, 206 ss.; P. BALDASSARRE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 1 ss.; M. G., BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 365 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, 549 ss., 587 ss.; R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, 21 ss.; e, nella letteratura straniera, v. M. FINEMAN, «Elderly» as vulnerable: *Rethinking the nature of individual and societal responsibility*, in *Elder Law Journal*, 2012, 20, pp. 71 ss.; T. MATSSON, M. KATZIN, *Vulnerability and ageing*, in A. NUMHAUSER-HENNING (ed.), *Elder Law. Evolving European Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2017, 113 ss.

³⁹ Il testo definitivo dell’art. 5, lett. c), dell’AI Act, infatti, vieta “*the placing on the market, the putting into service or the use of AI systems for the evaluation or classification of natural persons or groups of persons over a certain period of time based on their social behaviour or known, inferred or predicted personal or personality characteristics, with the social score leading to either or both of the following: (i) detrimental or unfavourable treatment of certain natural persons or groups of persons in social contexts that are unrelated to the contexts in which the data was originally generated or collected; (ii) detrimental or unfavourable treatment of certain natural persons or groups of persons that is unjustified or disproportionate to their social behaviour or its gravity*”.

⁴⁰ Sembra così trovar accoglimento nel testo normativo il parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati e del Garante europeo per la protezione dei dati (EDPB-GEPD) n. 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di *Artificial Intelligence Act*, secondo cui “l’utilizzo dell’IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inop-

Nell'art. 5 dell'AI Act se, per un verso, manca ancora un riferimento specifico alla finalità-tabù di *marketing*⁴¹, per un altro, sono vietate ormai (anche espressamente) condotte basate sul riconoscimento delle emozioni ben al di fuori del “classico” rapporto consumeristico⁴².

Altre notazioni interessanti sulla disciplina del *neuromarketing* sembrano poter provenire poi dall'analisi della regolamentazione – contenuta sempre nell'AI Act (v. art. 6 ss. e Chapter III) – dei sistemi d'intelligenza artificiale ad alto rischio. Questi, prima di essere introdotti o utilizzati nell'UE, sono sottoposti dall'AI Act a rigorosi controlli con la previsione di una serie di requisiti e obblighi (cui sono assoggettati non soltanto i fornitori dei sistemi di IA, ma anche gli altri attori lungo la catena del valore dell'IA, come, per esempio, importatori, distributori e rappresentanti autorizzati). Alla luce del potenziale alto rischio associato a tali applicazioni, gli obblighi imposti sono significativi ed includono l'adozione di sistemi di gestione dei rischi, il rispetto di requisiti relativi alla (necessariamente elevata) qualità dei *dataset* utilizzati nonché all'adozione della documentazione tecnica e alla conservazione delle registrazioni, alla trasparenza e alla fornitura di informazioni agli utenti. L'AI Act prescrive poi l'adozione di adeguati livelli di accuratezza, robustezza e cybersicurezza, richiedendo che gli operatori effettuino anche una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali prima che i sistemi di IA ad alto rischio siano immessi sul mercato.

Nell'ambito dei sistemi d'IA ad alto rischio viene fatta rientrare una vasta gamma di dispositivi (v. spec. Allegato III). Innanzitutto, un ruolo centrale è riconosciuto – come sistemi d'IA ad alto rischio – agli strumenti di identificazione biometrica, categorizzazione e riconoscimento delle emozioni (Allegato III, punto 1)⁴³. Non solo. Un interessante riferimento, seppur implicito, riguarda pure il c.d. “marketing politico”, che sembra fare capolino, laddove si considerano ad alto rischio (Allegato III, punto 8, lett. b)) “*AI systems intended to be used for influencing the outcome of an election or referendum or the voting behaviour of natural persons in the exercise of their vote in elections or referenda*”.

portuno e dovrebbe essere vietato, ad eccezione di taluni casi d'uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione delle finalità” (il documento è consultabile per intero al seguente indirizzo: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_it.pdf; v. spec. p. 14, punto 35).

⁴¹ Il “tabù del marketing” nella disciplina dell'AI Act è stato sottolineato in modo critico da S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, cit., 356 ss.

⁴² V., *supra*, § 3.2.1.

⁴³ Ciò non toglie che, secondo diversi osservatori, tale disciplina risulti lo stesso troppo lasista nei confronti delle multinazionali del settore tecnologico. Per alcune primissime voci critiche (non più sulla Proposta di AI Act, ma direttamente) con riferimento al testo definitivo dell'AI Act (e a come si sarebbe potuto fare di più nell'ottica di una tutela dei dati biometrici delle persone), cfr. <https://www.accessnow.org/press-release/ai-act-failure-for-human-rights-victory-for-industry-and-law-enforcement/>; <https://reclaimyourface.eu/eu-ai-act-will-fail-commitment-to-ban-biometric-mass-surveillance/>.

Emergono così – pur in assenza di una disciplina organica – diversi indici normativi che, seppur in ordine sparso, cominciano a delineare una regolamentazione del *neuromarketing*. Il ricorso a tali strumenti e tecniche – sebbene all’esito di una formulazione legislativa talvolta, ancor oggi, poco chiara – sembra complessivamente ammesso, ma circondato da rilevanti cautele. L’attuale AI Act delinea così una disciplina che, pur non regolando sistematicamente il *neuromarketing*, risulta consapevole delle complesse problematiche sottese⁴⁴, consentendo, ad una prima lettura, il ricorso circostanziato a tali strumenti purché non produttivi di un’inaccettabile distorsione della volontà di una persona (o di un gruppo di persone), specie se vulnerabile, in un modo che le causa o è probabile che le causi un danno significativo. Tali previsioni risultano, infine, presidiate da rilevanti sanzioni pubblicistiche (v. artt. 99 ss. AI Act), cui sembrano doversi affiancare, seppur implicitamente, rimedi contrattuali e obbligatori (rimessi, però, ai futuri interventi normativi di livello eurounitario e soprattutto alle diverse disposizioni legislative nazionali) ancor oggi poco chiari⁴⁵.

3.2.3. Verso un coordinamento dell’assetto normativo eurounitario? Il caso del *Digital Services Act*

Anche tralasciando le possibili criticità relative al contemperamento della nuova normativa con la disciplina specifica (approvata pressoché contestualmente) sulla pubblicità politica – laddove sembra di riscontrare un assoluto divieto di ricorso a tecniche di *targeting* (e, di conseguenza,

⁴⁴ L’esistenza (ed il tono complessivo) dello stesso documento della Commissione UE (*State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit.), già più volte richiamato, conferma la preoccupata consapevolezza delle stesse istituzioni europee nei confronti dei diversi profili problematici del *neuromarketing*.

⁴⁵ Non è possibile, al riguardo, evitare ogni riferimento alla Proposta di direttiva del 28 settembre 2022 – ancor oggi in via di definizione e chiamata ad adattare, fra l’altro, le regole della responsabilità civile all’intelligenza artificiale – nonché le numerose (e spesso diverse fra loro) normative nazionali su regole e rimedi risarcitori. Peraltro, G. FINOCCHIARO (*La regolazione dell’intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1097 ss.) sottolinea: “La trattazione del problema sostanziale più delicato, che consiste nella formulazione di un nuovo modello di responsabilità, è rinviata [...] La proposta di «direttiva relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale» (AI Liability Directive) pubblicata il 28 settembre 2022 segue un approccio di armonizzazione minima, limitandosi ad armonizzare solo le norme in materia di responsabilità per colpa che disciplinano l’onere della prova a carico di coloro che chiedono il risarcimento del danno causato da sistemi di IA [...] nell’ambito dei problemi che richiedono soluzioni non meramente formali, e che devono essere affrontati con determinazione per completare la regolazione dell’intelligenza artificiale, certamente possono essere annoverati: la definizione di un nuovo e generale modello di responsabilità per i danni cagionati dalle applicazioni di intelligenza artificiale, che vada oltre l’approccio di armonizzazione minima della proposta di Regolamento e della proposta di Direttiva; l’elaborazione di nuove soluzioni giuridiche per consentire, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, il flusso di dati personali e non personali verso le applicazioni di intelligenza artificiale; l’individuazione di nuovi efficaci e rapidi strumenti di tutela contro la discriminazione”. Nello stesso senso, EAD., *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 123 ss.

d'influenza) che implicano il trattamento di categorie particolari di dati⁴⁶ – l'articolazione complessiva dell'AI Act sembra però sollevare delle problematiche non irrilevanti di coordinamento soprattutto con riferimento al divieto generale tratteggiato nel c.d. "Digital Services Act" (Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC).

Quest'ulteriore testo normativo eurounitario è rivolto notoriamente a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi inter-

⁴⁶ Nell'ambito della nuova normativa ("Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and targeting of political advertising") sono fissate delle condizioni rigorose per consentire la pubblicità politica mirata *online*. I dati devono essere raccolti dall'interessato e possono essere utilizzati solo dopo che quest'ultimo ha dato un consenso esplicito e separato per il loro utilizzo ai fini di pubblicità politica. Le categorie particolari di dati personali – ai sensi degli artt. 9 e 10 del GDPR (si pensi, per esempio, oltre ai dati biometrici, a quelli che rivelano l'origine razziale o etnica o le opinioni politiche) – non possono essere utilizzate per la profilazione. Non è qui possibile riportare per intero la normativa (contenuta nel Chapter III, "Targeting and ad delivery of online political advertising"). Ci si limita pertanto, ai nostri fini, soltanto all'art. 18 (*Specific requirements related to targeting techniques and ad-delivery techniques in the context of online political advertising* – (1). Targeting techniques or ad-delivery techniques that involve the processing of personal data in the context of online political advertising shall be permitted only when the following conditions are fulfilled: (a) the controller collected the personal data from the data subject; (b) the data subject has provided explicit consent within the meaning of Regulations (EU) 2016/679 and (EU) 2018/1725 to the processing of personal data separately for the purpose of political advertising; and (c) *those techniques do not involve 'profiling' as defined in Article 4, point 4, of Regulation (EU) 2016/679 and in Article 3, point 5, of Regulation (EU) 2018/1725 using special categories of personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679 and in Article 10(1) of Regulation (EU) 2018/1725.* (2). In the context of political advertising, targeting techniques or ad-delivery techniques that involve the processing of the personal data of a data subject that is known by the controller with reasonable certainty to be at least one year under the voting age established by national rules are prohibited. Compliance with the obligations set out in this paragraph shall not oblige the controller to process additional personal data in order to assess whether the data subject is one year under the voting age. (3). This Article shall not apply to communications of any political party, foundation, association or any other non-profit body, to their members and former members or to communications, such as newsletters, linked to their political activities, as long as those communications are solely based on subscription data and therefore strictly limited to their members, former members or subscribers and are based on personal data provided by them and do not involve processing of personal data to target or otherwise further select the recipients and the messages they receive. (4). For the purposes of implementing the requirements of Regulations (EU) 2016/679 and (EU) 2018/1725 on providing explicit consent, as well as on withdrawing it once given, controllers shall make sure that: (a) the data subject is not requested to consent if he or she has already indicated by automated means that he or she does not consent to data processing for political advertising purposes, unless the request is justified by a substantial change of circumstances; (b) the data subject who does not give his or her consent is to be offered an equivalent alternative for using the online service without receiving political advertising") e al Considerando 25 ("Commercial advertising and marketing practices can legitimately affect consumers' perceptions of products and services or their buying behaviour, including through brand differentiation based on company actions in the field of corporate social responsibility, delivering social impact, or any other types of purpose-driven engagement. This Regulation should apply to commercial advertising that is liable and designed to influence the outcome of an election or referendum, voting behaviour or a legislative or regulatory process").

mediari, stabilendo norme armonizzate per un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile, che faciliti l'innovazione e assicuri la tutela effettiva dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta (compreso il principio della protezione dei consumatori).

Il *Digital Services Act* – consapevole che le piattaforme *online*, in quanto ambienti particolarmente sensibili per inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di *targeting* ottimizzate con riferimento ai destinatari del servizio per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, presentano un rischio più elevato (per i singoli come per la società nel suo complesso) con effetti negativi potenzialmente molto gravi (si pensi, per esempio, ai margini per eventuali campagne di disinformazione o discriminazione di determinati gruppi)⁴⁷ – si muove nella direzione di precludere ai fornitori delle piattaforme di presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione realizzata trattando categorie particolari di dati personali (compresi chiaramente quelli biometrici). Ne deriva il perentorio divieto – scolpito (più che sancito) a chiare lettere all'art. 26 (dedicato alla “pubblicità sulle piattaforme online”)⁴⁸, par. 3 – secondo cui “i fornitori di piattaforme online

⁴⁷ Tale consapevolezza del legislatore eurounitario emerge, in particolare, alla lettura del Considerando 69 del *Digital Services Act* (“Quando ai destinatari del servizio vengono presentate inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di *targeting* ottimizzate per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad esempio contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme online sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme online non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679, utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali. Tale divieto lascia impregiudicati gli obblighi applicabili ai fornitori di piattaforme online o a qualsiasi altro fornitore di servizi o inserzionista coinvolti nella diffusione della pubblicità a norma del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali”). Per una panoramica generale, di carattere prevalentemente politologico, sul ruolo delle piattaforme *online* nell'odierno contesto economico, v., *ex multis*, N. SRNICEK, *Capitalismo digitale*, Roma, 2017, 9 ss., 37 ss., 77 ss.

⁴⁸ Nell'ambito del capo III, sezione 3, del DSA, gli artt. 25 e 26 tratteggiano degli obblighi aggiuntivi applicabili ai fornitori di piattaforme *online*. In particolare, l'art. 25 (relativo alla “progettazione e organizzazione delle interfacce *online*”) vieta i *dark patterns*, ossia quelle interfacce di siti *web* o *app* e percorsi di navigazione ingannevoli, oscuri, che mirano a ingannare o manipolare l'utente digitale fino a comprometterne in misura rilevante la capacità di prendere decisioni libere e informate e spingerlo così a eseguire azioni involontarie. Si possono configurare come *dark pattern* le progettazioni che presentano le scelte disponibili per l'utente in modo non neutrale tramite l'utilizzo di componenti visive o auditive oppure che rendono alcune scelte più difficili da compiere rispetto ad altre oppure, ancora, la presenza di impostazioni predefinite molto difficili da modificare. Tali modelli sono quindi costruiti appositamente per ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate e, pertanto, sono vietate dal Digital Services Act nella misura in cui non siano già contemplate dalla Direttiva 2005/29/CE e dal GDPR (v. art. 25, par. 2, DSA). È poi l'art. 26 DSA ad introdurre l'obbligo per le piattaforme digitali di presentare le pubblicità in modo chiaro, conciso e inequivocabile e di metter a disposizione dei destinatari del servizio una funzionalità che consente di dichiarare se i contenuti forniti siano o contengano comunicazioni commerciali (par. 1 e 2) nonché a sancire il divieto per i fornitori di piatta-

non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, quale definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679, utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679”.

L'imposizione di un divieto del genere – a prescindere dall'effettiva capacità interdittiva delle condotte pregiudizievoli⁴⁹ – risulta sicuramente espressione di un'opzione legislativa di segno diverso dall'assetto più articolato (e frastagliato) complessivamente delineato dall'AI Act. Quest'apparente contraddizione sottolinea, in ogni caso, l'esigenza di un opportuno maggiore coordinamento – forse possibile a seguito di un ulteriore sforzo interpretativo⁵⁰ – fra le due normative così da poter pensare finalmente a delineare poi un vero e proprio sistema eurounitario della materia.

4. Considerazioni conclusive

Secondo uno studio recente della Commissione europea, “the main problem is that the neuromarketing sector is very unregulated”⁵¹. Oggi, in realtà, sembra di esser in presenza, più che di un *deficit* assoluto di regolamentazione, di una sorta di “patchwork” di disposizioni di matrice eurounitaria che impone all'interprete un momento di riflessione.

Ormai consapevole delle numerose problematiche sottese al fenomeno, il legislatore eurounitario, infatti, sembra essersi mosso – soprattutto di recente – per assicurare una disciplina (almeno parziale) dei diversi profili del *neuromarketing*. Così alla normativa di protezione dei dati personali e, in particolare, dei dati biometrici non si è affiancata soltanto la disciplina delle pratiche commerciali sleali – applicabile, nonostante una serie di difficoltà interpretative, nei rapporti *b2c* – ma anche le numerose recenti previsioni – non sempre perfettamente coordinate fra loro – contenute soprattutto nell'*Artificial Intelligence Act* e nel *Digital Services Act*.

Dall'analisi condotta emerge una disciplina ancora frammentata ed in evoluzione costante come dimostrato dalla molteplicità dei testi normativi coinvolti nonché dal contenuto delle diverse disposizioni (e delle differenti versioni che hanno caratterizzato tali testi durante i vari passaggi dell'*iter*

forme *online* di ideare pubblicità comportamentale realizzata sulla base delle informazioni fornite dalle categorie particolari di dati personali (par. 3).

⁴⁹ Tale divieto rischia di risultare, al contempo, fin troppo *tranchant* (poiché apparentemente sempre applicabile ai fornitori di piattaforme *online* anche in assenza di un elemento soggettivo della loro condotta) e suscettibile di un'elusione relativamente semplice (avvalendosi magari dell'assenza di disciplina o della presenza di regole meno rigorose che caratterizzano ambiti diversi, ma comunque limitrofi, rispetto a quello disciplinato dal *Digital Services Act*).

⁵⁰ Si potrebbe forse avanzare una possibile lettura dell'art. 26, par. 3, del DSA come “speciale” rispetto alla disciplina dell'AI Act alla luce della suddetta particolare pericolosità di tali condotte in un ambiente (quello delle piattaforme *online*) considerato particolarmente sensibile nei confronti di tali pratiche, potendo comportare una maggiore rischiosità per l'intera società (si pensi, per esempio, ad eventuali campagne di disinformazione e/o di discriminazione di determinati gruppi; v., *supra*, nt. 47 e Considerando 69 del DSA).

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 26.

legislativo eurounitario). L'impressione è pertanto che la posizione dell'Unione europea – così come, a maggior ragione, della comunità internazionale⁵² – sul *neuromarketing* sia ancor oggi in una fase di consolidamento⁵³.

Il legislatore eurounitario si è preoccupato, infatti, di trovar un equilibrio fra le istanze di tutela delle persone e del mercato, confidando in un rinnovato “Brussels effect” (cioè nell’ormai noto processo di globalizzazione normativa unilaterale causato dall’Unione Europea che finisce per esternalizzare le sue regole al di fuori dei propri confini attraverso meccanismi di mercato)⁵⁴, ma consapevole, al contempo, delle sfide regolatorie poste da altre normative (a partire, per esempio, da quelle statunitensi sull’intelligenza artificiale e sui dati biometrici, incentrate su un approccio più *business friendly*, al fine d’incentivare al massimo, senza rigide regolamentazioni, lo sviluppo dell’imprenditoria digitale e il mantenimento del suo primato tecnologico mondiale)⁵⁵.

⁵² In assenza di un’esauritiva disciplina sovranazionale, l’attenzione degli studiosi e delle istituzioni è in aumento costante. Un interessante studio sull’etica delle neurotecnologie – facilmente reperibile *online* (assieme ad una serie d’importanti raccomandazioni e rapporti; v. <https://www.unesco.org/fr/ethics-neurotech>) – è stato, per esempio, recentemente condotto dall’UNESCO.

⁵³ Sembra militare in questo senso, per esempio, il rapporto della tavola rotonda del Consiglio d’Europa e dell’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico; v. S. O’ SULLIVAN, H. CHNEIWEISS, A. PIERUCCI, K. S. ROMMELFANGER, *Neurotechnologies and Human Rights: Do we need new rights?* (pubblicato nel dicembre 2022 e reperibile *online* sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa: <https://rm.coe.int/rapporteur-report-neurotechnology-final-f-2768-3949-6710-1/1680a90ae1>). E, d’altronde, sembrano confermare questo dato anche il susseguirsi di nuovi testi normativi (nazionali e sovranazionali) dedicati, più genericamente, alla regolazione dell’intelligenza artificiale (v., *supra*, nt. 30). Non è questa la sede per evidenziare tutti gli spunti normativi che sembrano indirizzare l’interprete in tal senso. Ci si limita a rilevare, oltre alle notazioni sviluppate nel testo, l’evidente opzione di politica legislativa eurounitaria favorevole allo sviluppo dello strumento della c.d. “sandbox” (mutuando così in ambito regolatorio la “sabbiera”, cioè il recinto della sabbia destinato ai giochi dei bambini). Attraverso l’introduzione e lo sviluppo di tale strumento normativo si vuole configurare un ambiente delimitato dov’è possibile osservare, così da potere meglio comprendere e poi regolare, le conseguenze derivanti dall’evoluzione e dalla sperimentazione tecnologica in un determinato mercato. Quest’opzione, che merita ben altro genere di riflessione sistematica, è stata già adottata con riferimento alla disciplina delle nuove tecnologie in diversi ambiti: si pensi, per esempio, al settore finanziario (c.d. “FinTech”; v. decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze, 30 aprile 2021, n. 100, attuativo della delega prevista dal decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, nonché il Provvedimento della Banca d’Italia 3 novembre 2021) o, per l’appunto, alle cc.dd. “AI regulatory sandboxes” (di cui agli artt. 57 ss. dell’*AI Act*).

⁵⁴ Sul punto, cfr. A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, New York, Oxford University Press, 2020. Nella nostra letteratura, v., *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., 113 ss.; EAD., *La regolazione dell’intelligenza artificiale*, cit., 1089 ss.

⁵⁵ La richiamata disciplina statunitense, anch’essa frammentata, è contenuta in una pluralità di testi normativi, fra cui, per esempio, il “Blueprint for an AI Bill of rights” dell’ottobre del 2022 e l’“Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence”, n. 14110, firmato dal Presidente Biden il 30 ottobre 2023 (oltre ad una serie di normative dei singoli Stati; si pensi, per esempio, all’approvazione recente della legge del Colorado – House Bill 24-1058, *Concerning protecting the privacy of indivi-*

Nonostante le persistenti difficoltà ricostruttive di una disciplina ancor oggi poco sistematica, sembra possibile, all'esito dell'analisi finora condotta, rintracciare conclusivamente delle possibili linee evolutive dell'odierno sistema normativo.

Innanzitutto, l'*intentio legis* sembra orientata a disciplinare il fenomeno del *neuromarketing*, per un verso, prendendo in considerazione le sfide nuove legate a sistemi di IA finalizzati all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici e, per un altro, fronteggiando le sfide classiche riconducibili all'individuazione complessa dei casi di manipolazione inaccettabile della volontà delle persone, o di gruppi di persone, specie se vulnerabili.

Inoltre, l'assetto normativo eurounitario presidia sempre le regole dei diversi profili del *neuromarketing* con una serie di diverse sanzioni e tutele. Queste sono state predisposte, dapprima, prevalentemente nel contesto dei contratti *b2c*, per essere, poi, ripensate in una serie sempre più ampia di rapporti fra privati. Non possono trascurarsi pertanto le problematiche (non ancora risolte) relative ai rimedi privatistici di diritto comune lasciati, ancor oggi, soprattutto alla disciplina nazionale. Innanzitutto, si pone il problema – in assenza di un'indicazione legislativa eurounitaria (fornita, seppure molto genericamente, nell'ambito dei contratti *b2c*) – dell'effettiva declinazione, in caso di pratiche di *neuromarketing* manipolative della volontà del soggetto, delle regole dell'invalidità: l'attuale configurazione degli strumenti a protezione della libertà contrattuale nonché dell'autodeterminazione del contraente fatica non poco ad assicurare certezza nella circolazione dei diritti e a rispondere, al contempo, alle nuove sfide poste dalla tecnologia dell'informazione alla nostra società, suggerendo un *surplus* di riflessione all'interprete, soprattutto con riferimento all'odierno contesto digitale e a determinate categorie di soggetti, sulla disciplina nazionale dei vizi del consenso⁵⁶ e delle nullità⁵⁷. A ciò si aggiungono le problematiche relative al controverso rapporto fra regole di validità e di condotta⁵⁸: ne deriva un (ormai ampio) dibattito, destinato a trovare nell'ambito della disciplina dei diversi profili del *neuromarketing* terreno fertile, con inevitabili conseguenze

duals' biological data, and, in connection therewith, protecting the privacy of neural data and expanding the scope of the "Colorado Privacy Act" accordingly).

⁵⁶ Per una rilettura critica della disciplina dei vizi del consenso, anche alla luce delle riforme intervenute in Francia e in Germania, cfr., per tutti, A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. merc.*, 2018, 88 ss. (pubblicato, con alcune modifiche, anche in *Giur. it.*, 2018, 1216 ss).

⁵⁷ Cfr. L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, 128 ss., 181 ss., spec. 186-187.

⁵⁸ Sul punto, senza pretese di completezza, v., con accenti diversi e posizioni distinte, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, Milano, II ed., 2022, 1265 ss.; ID., « *Regole di validità* » e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 137 s., 248; A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 156 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 120 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 139 ss., 182 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, Napoli, 2013, 9 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 e ss.; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 1 ss.



sul fronte dei possibili rimedi contrattuali e obbligatori (anche all’indomani della proposizione di azioni risarcitorie, come si è detto, individuali e non solo)⁵⁹.

Infine, l’attuale panorama normativo delinea, sempre più spesso, un *enforcement* “misto”, poiché caratterizzato da tutele non soltanto di stampo *privatistico*, ma anche *pubblicistico*. Questa tendenza, ormai acclarata nel diritto dei consumi⁶⁰, sembra potersi diffondere anche in altri ambiti dei rapporti fra privati (come si è visto, per esempio, all’esito dell’analisi, pur sintetica, condotta con riferimento all’AI Act)⁶¹.

Tali linee evolutive sottolineano la crescente difficoltà regolatoria derivante dall’esigenza di affrontare fenomeni molto complessi “in cui la tecnologia « incontra » la personalità dei singoli”⁶², coinvolgendo, però, sempre più spesso anche interessi collettivi (si pensi, oltre all’ambito consumeristico, a quello digitale, politico o lavoristico). Il c.d. “mito del consenso”, pur mantenendo ancor oggi, come si è visto, un ruolo centrale, merita allora di essere parzialmente ripensato poiché – in assenza di divieti maggiormente coordinati e previsioni legislative più chiare – “l’expression d’un consentement ne suffit pourtant pas à garantir sa liberté”⁶³. (Ri)Emerge così l’esigenza di trovar un equilibrio normativo capace di affiancare efficacemente ai mezzi di gestione e reazione individuale strumenti di c.d. “controllo sociale”⁶⁴.

Nell’ottica di riordinare le risposte fornite in ordine sparso dall’ordinamento eurounitario – apparentemente orientato nel senso di consentire la diffusione di strumenti di *neuromarketing*, circondandoli, come si è visto, di misure e cautele varie presidiate da sanzioni pubblicistiche e rimedi privatistici – sembra così destinato ad emergere nuovamente il ruolo del giurista, chiamato ad aiutare gli operatori del settore nel governare l’evoluzione del fenomeno anche nei rapporti fra privati. Al riguardo – secondo l’insegnamento, ancor oggi attuale, di Salvatore Pugliatti – si dovrà “sistemare tutta la legislazione [...] che è nata sotto il segno dei tempi nuovi”. Sarà possibile, a tal fine, seguire le più idonee direttive metodologiche ed i criteri d’indagine più appropriati, ma “a condizione di avere fede nella scienza e nei principi della logica”⁶⁵.

⁵⁹ Cfr., *supra*, § 3.2.1, spec. nt. 26.

⁶⁰ Di recente, v. A. PURPURA, *op. cit.*, 815 ss.

⁶¹ Cfr., *supra*, § 3.2.2.

⁶² S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 46.

⁶³ Così M. FABRE-MAGNAN, *L’institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, II ed., 2023, 77 ss., spec. 86. Per una lettura condivisibilmente critica dell’odierno “mito del consenso”, seppure da una prospettiva diversa da quella di Muriel Fabre Magnan, si legga anche l’affascinante ricostruzione di L. NIVARRA, *Dalla « crisi » all’« eclissi »: ovvero, da un paradigma all’altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 801 ss., spec. 830-832.

⁶⁴ La formula è ripresa sempre da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 46.

⁶⁵ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 214, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010, 817.

