



NEUROMARKETING E TUTELA CIVILE DEI DATI PERSONALI BIOMETRICI

ROBERTA CATALANO

SOMMARIO: Questioni giuridiche connesse all'avvento delle neuroscienze. - 2. Nuove esigenze di tutela suscitate dal fenomeno del *neuromarketing*. - 3. La vigente normativa in materia di trattamento di dati personali biometrici. 4. *Neuromarketing* e trattamento ad uso commerciale di dati biometrici. - 5. Le nuove frontiere dischiuse dai progressi delle neuroscienze cognitive e dagli studi sull'intelligenza artificiale.

1. L'avvento e lo sviluppo delle tecniche tomografiche, di *eye-tracking* e *brain imaging* ha dischiuso alla ricerca scientifica nuovi campi di indagine. Esse, infatti, hanno reso possibile, per la prima volta, l'osservazione e lo studio dei meccanismi neurali che si attivano nel cervello umano in occasione dell'esercizio delle funzioni cognitive, decisionali e comportamentali; e, quindi, hanno consentito agli scienziati di indagare sulla correlazione tra attività mentale e substrato biologico dell'individuo. Queste ricerche, avendo ad oggetto il sistema nervoso e, soprattutto, il cervello, sono comunemente inquadrare nell'ambito disciplinare delle neuroscienze, ma, all'interno di tale più ampia disciplina scientifica, si specificano per il loro peculiare obiettivo, che è la conoscenza delle basi neurali della mente. Per questo motivo vengono designate con l'espressione «neuroscienze cognitive», e descritte come lo studio rivolto a svelare il modo con il quale le funzioni psichiche emergono dai circuiti neurali¹.

L'evidente ampiezza e complessità dell'oggetto di indagine induce a valutare con grande cautela gli esiti delle prime ricerche e sperimentazioni. Cionondimeno i filosofi, i bioeticisti ed i giuristi hanno cominciato a riflettere su tali esiti ed a chiedersi se, ed in che misura, le conoscenze man mano acquisite siano in grado di mettere in discussione alcune tradizionali categorie del pensiero filosofico, etico e giuridico².

¹ Sulle neuroscienze cognitive v., tra i più recenti, G.M. EDELMAN, *Darwinismo neurale*, Milano, 2018; R. POSTLE BRADLEY e A. SGOIFO, *Neuroscienze cognitive. L'essenziale*, Milano, 2016; AV.VV., *Neuroscienze cognitive*, Bologna, 2015.

² Cfr., tra le altre, le analisi di L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; S. FUSELLI (a cura di), *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, Milano-Udine, 2016; A. COLORIO, *Nuove prospettive nel rapporto tra scienza e diritto: dal neuroarbitrato alle operazioni di garanzia sui*



In particolare, l'attenzione dei giuristi si è addensata sulla ridefinizione della relazione tra volontà individuale e comportamento, poiché diversi studi neuroscientifici, avvalorati da alcune ricerche di genetica comportamentale, hanno dimostrato che i processi decisionali avvengono in parte al di sotto della soglia di consapevolezza, ed appaiono notevolmente influenzati dalla componente emotiva e culturale dell'individuo, nonché dal suo quadro psichico e genetico³. In considerazione di ciò, la dottrina si è chiesta se ed in che misura tradizionali categorie come l'imputabilità e la capacità di agire possano ancora essere considerate valide⁴; mentre alcuni giudici, giungendo a riconoscere delle riduzioni di pena in

beni aerospaziali, in www.agiati.it, *Atti Acc. Rov. Agiati*, 2014 ser. IX, vol. IV, B, p. 63 ss.; S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, Milano, 2014, p. 11 ss.; D.J. LINDEN, *La bussola del piacere*, Torino, 2012; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2012; AA. VV., *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Milano, 2010; R. PRODOMO, *Neuroscienze tra epistemologia ed etica*, in *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. CHIEFFI e P. GIUSTINIANI, Torino, 2010, p. 149 ss.; A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Neuroscienze e diritto*, Pavia, 2009, ove lo scritto del curatore intitolato *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, p. 11 ss.; N. LEVY, *Neuroetica. Le basi neurologiche del senso morale*, Adria, 2009; L. BOELLA, *Neuroetica. La morale prima della morale*, Milano, 2008; OLIVERIO, *Prima lezione di neuroscienze*, Bari-Roma, 2008; L.S. KHOSBIN, e S. KHOSBIN, *Imaging the mind. Minding the image: an historical introduction to brain imaging and the law*, in *American Journal of Law and Medicine*, 2007, vol. 33, p. 171 ss.; J.R. SEARLE, *Libero arbitrio e neurobiologia*, in *Libertà e neurobiologia. Riflessioni sul libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, a cura di J.R. SEARLE, Milano, 2005, 31 ss.; O.D. JONES, *Law, evolution and brain: applications and open questions*, in *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 2004, p. 1700 ss.

³ Cfr. *supra* note 1 e 2. Ma v. anche C. CAPPELLETTO, *Neuroestetica. L'arte del cervello*, Roma-Bari, 2009, p. 5 ss., secondo il quale oggi, alla luce delle recenti scoperte neuroscientifiche, deve affermarsi che «la razionalità in quanto tale è emotiva, il pensiero logico dell'uomo che pensa, vuole e sceglie, è incarnato». Queste conclusioni sembrano trarre spunto dalle osservazioni, di pochi anni prima, di J.P. CHANGEUX, P. RICOEUR, *La natura e la regola. Alle radici del pensiero*, Milano, 1999, p. 141, i quali utilizzavano l'espressione «uomo neuronale» per mettere in risalto il fatto che l'uomo, anche a causa delle scoperte scientifiche e del tumultuoso sviluppo delle nuove tecnologie, si sta sempre più riducendo a mero centro di imputazione di eventi, col conseguente superamento dell'era dell'umanesimo e l'avvento del cd. postumanesimo. A tale ultimo riguardo, in dottrina, v. anche P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, in *Comparazione e diritto civile. Annali 2010/2011*, a cura di P. Stanzione, I, Torino, 2012, p. 85 ss. e, specialmente, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo "noia" globalizzazione*, Torino, 2004, p. 18, secondo il quale le neuroscienze, portando a ritenere che persino il pensiero e le emozioni siano il risultato di mere reazioni di biochimica cerebrale, inducono a considerare l'uomo come «postumano», cioè «senza soggettività, privato della dimensione, creativa e non calcolabile, dell'essere io».

⁴ Si vedano M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. 20 febbraio 2018; L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., p. 44 ss.; A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Neuroscienze e diritto*, cit., p. 11 ss.; S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 681 ss.; G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Neuroscienze*



base alle risultanze delle perizie genetiche e di *brain-imaging* disposte in relazione alla persona del reo, hanno dato prova di quanto possono essere rivoluzionarie le conseguenze dell'applicazione delle neuroscienze cognitive in ambito giudiziario⁵.

Peraltro, oltre che del tema cui si è appena fatto cenno, i giuristi si sono occupati anche di altre questioni, tra le quali si segnala quella dei limiti da porre all'impiego delle scoperte neuroscientifiche per aumentare l'efficacia suggestiva dei messaggi pubblicitari e di promozione commerciale in genere⁶. Ci si è avveduti, infatti, che tali scoperte ben si prestano ad essere utilizzate sul mercato per aumentare l'attrattività dei prodotti e la persuasività dei messaggi promozionali⁷; ma ci si è accorti altresì che queste tecniche di persuasione agiscono in modo subdolo, poiché mirano a stimolare a livello inconscio quella

Forensi, in *Giorn. It. Psicol.*, 2016, n. 4, p. 689 ss.; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1249 ss.; L.S. KHOSBIN, e S. KHOSBIN, *Imaging the mind, Minding the image: an historical introduction to brain imaging and the law*, cit., p. 171 ss.; O.D. JONES, *Law, evolution and brain: applications and open questions*, cit., p. 1700 ss.

⁵ Cfr. Corte di Assise di Appello di Trieste 1 ottobre 2009, in *Dir. e giur.*, 2011, p. 152 ss.; Gip Como 20 agosto 2011, in *Guida al diritto (on line)*, 30 agosto 2011. In dottrina v. I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 175 ss.; M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. 15 febbraio 2012; sia consentito altresì fare rinvio a R. CATALANO, *Indagini genetiche, imputabilità e libero arbitrio: questioni giurisprudenziali e nuovi bisogni di tutela della persona*, in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. CHIEFFI, Milano, 2012, p. 299 ss.

⁶ Cfr. L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., p. 11 ss.

⁷ In Italia, ad esempio, è noto il caso della Thimus, azienda che, tramite strumenti scientifici propri delle neuroscienze (elettrocardiogramma, rilievo della frequenza respiratoria, elettroencefalografia, *galvanic skin response*, *brain imaging*, ecc.), raccoglie dati biometrici per analizzare la reazione emotiva e cognitiva delle persone di fronte a un prodotto o a un'esperienza. In particolare, tramite l'elettroencefalogramma, Thimus registra le onde emesse naturalmente dal nostro cervello, tra le quali le onde *alpha* che indicano la presenza di pensieri positivi, di serenità e gradimento; sicché, a seconda dell'area cerebrale in cui vengono rilevate, è possibile capire quali emozioni l'esperienza ha suscitato. I risultati delle indagini così condotte vengono poi venduti alle imprese interessate a realizzare prodotti in linea con gli interessi o le esigenze dei consumatori (cfr. al riguardo R. TRAVAGLINI, *Thimus, quando la neuroscienza si tuffa nella natura*, in *verticalinnovation.it/it/top-stories/thimus-alto-adige-cervello-consumatori*, 3 giugno 2016).

Sulla stessa linea si colloca anche l'esperienza della Mazer srl, *start-up* campana che, in collaborazione con il *Signal Processing and Communication Research Group* dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, sta lavorando ad un progetto volto alla creazione di un *chatbot* chiamato Laila, ossia di un "robot conversazionale" in grado di conversare con le persone in chat e comprenderne le emozioni, di modo da illustrare le caratteristiche di un prodotto e cercare di convincere i potenziali acquirenti rilevando in tempo reale le loro reazioni (cfr. www.ilmattino.it).



parte della sfera psichica deputata all'adozione delle decisioni di acquisto, facendo leva direttamente sul bagaglio emozionale dell'individuo⁸.

A fronte di ciò gli esperti di comunicazione hanno posto dette tecniche a fondamento di una nuova disciplina, denominata *neuromarketing* o *marketing emozionale*, di cui propiziano l'impiego per aumentare le vendite⁹. Invece, il giurista non può non interrogarsi sulle tecniche persuasive cui si è fatto cenno, al fine di individuare i nuovi bisogni di tutela da esse suscitati ed i possibili strumenti grazie ai quali fronteggiarli.

2. Per definire tali esigenze di protezione pare utile, in via preliminare, illustrare più diffusamente le caratteristiche e le applicazioni pratiche del *neuromarketing*.

Come detto, si tratta di una branca del *marketing* che si avvale delle tecniche neuroscientifiche volte allo studio e alla misurazione delle variazioni fisiologiche prodotte da un qualunque stimolo, allo scopo di suscitare nell'individuo reazioni idonee a propiziarne e/o indurne la decisione di acquisto. Si compone di un insieme di strumenti di persuasione che non sollecita la parte razionale della mente del potenziale consumatore, ma opera in tutto o in parte a livello inconscio e sul piano emotivo poiché, sfruttando le più recenti scoperte delle neuroscienze cognitive, fa leva sullo stretto legame che esiste tra i bisogni dell'uomo e le sue emozioni, al fine di suscitare o rafforzare i primi per il tramite delle seconde. Il *neuromarketing* mira dunque a trasmettere ai potenziali acquirenti di un prodotto o di un servizio un messaggio idoneo a far nascere e/o cavalcare le emozioni utili ad ottenere il miglior coinvolgimento dell'individuo, l'induzione in lui di bisogni e desideri, la più profonda memorizzazione del prodotto o del servizio offerto, l'incremento della propensione all'acquisto¹⁰.

I sistemi utilizzati per giungere a tale risultato sono essenzialmente due¹¹: rilevare in tempo reale le condotte e le emozioni di un singolo individuo per fargli giungere, in modo

⁸ Cfr. L. FERRARELLA, *Neuroscienze e media*, in *Neuroscienze e diritto*, cit., p. 157 ss.; D. ARIELY, G.B. BERNS, *Neuromarketing: the hope and the hype of neuroimaging business*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 2010.

⁹ Cfr., tra gli altri, F. GALLUCCI, *Neuromarketing*, Milano, 2016; A. SALETTI, *Neuromarketing e scienze cognitive per vendere di più sul web*, Palermo, 2016; V. RUSSO (a cura di), *Neuromarketing, comunicazione e comportamenti di consumo. Principi, strumenti e applicazioni nel food and wine*, Milano, 2015; F. GALLUCCI, *Marketing emozionale e neuroscienze*, Milano, 2014, p. 9 ss.; I. SOSCIA, *Emozioni e consumo*, Milano, 2009, p. 10 ss.

¹⁰ Sul punto, diffusamente, F. GALLUCCI, *Marketing emozionale e neuroscienze*, cit., p. 170 ss., ma anche A. MIANI, M. TONIELLI, G. VIRARDI, *Il marketing dei sensi*, Milano, 2008, p. 2 ss.

¹¹ Alcuni casi di utilizzazione sul mercato di tecniche di *neuromarketing* da parte di imprese, anche multinazionali, vengono descritte ed analizzate da ZAFFIRO, *Neuromarketing: tecnologie e applicazioni*, in *www.researchgate.net*, aprile, 2010.



personalizzato, le sollecitazioni più adatte a colpirlo¹²; rivolgere al pubblico dei potenziali utenti un messaggio uniforme contenente stimoli di solito idonei a suscitare nelle persone, in modo inconscio, un certo tipo di reazione¹³.

Alla prima tipologia appartengono le recenti sperimentazioni che sollecitano diversamente gli individui a seconda degli esiti della verifica del loro stato emozionale effettuata a mezzo del rilevamento del tono di voce, del volto, dell'andatura o della temperatura corporea, mediante i microfoni e le telecamere installati su *smartphone*, *tablet*, computer e nei locali commerciali, ovvero tramite i dispositivi *touch* presenti in molti *devices* elettronici privati o pubblici (come gli *info-point* con sistema *touch-video*). Alla seconda tipologia va condotto, ad esempio, l'uso di particolari odori per profumare ambienti o prodotti; di colori, stili grafici o immagini per il *packaging* o per il messaggio pubblicitario; di suoni o musiche nel locale adibito allo smercio, ovvero per accompagnare la comunicazione commerciale.

In entrambi i casi si tratta di sollecitazioni che non mirano semplicemente ad illustrare ed esaltare le caratteristiche di un prodotto o servizio per indurre nel consumatore una decisione di acquisto basata sulla valutazione della qualità o della funzionalità di quanto offerto. Si tratta piuttosto di messaggi che, facendo leva sugli esiti degli studi neuroscientifici, sollecitano i sensi delle persone in modo da destare percezioni (es. solidità, accettazione sociale) ed emozioni positive (es., rilassamento, disponibilità, allegria, tenerezza) che vengono associate al prodotto indipendentemente dalla sua effettiva consistenza. Basandosi su quella che è la reazione inconscia normalmente conseguente ad un certo stimolo, queste tecniche agiscono in modo da suscitare una esperienza piacevole, un ricordo persistente e, per tal via, incrementare la propensione all'acquisto senza che la persona ne sia del tutto consapevole. Esse, in altri termini, basandosi sugli esiti di quelle ricerche neuroscientifiche alla cui stregua le decisioni sono fortemente influenzate dalla sfera inconscia ed emotiva, sollecitano proprio questa parte della sfera psichica al fine di indurre una decisione fondata su motivazioni non del tutto razionali.

Date le caratteristiche del *neuromarketing*, è evidente che esso desta peculiari esigenze di protezione almeno in ordine:

- al trattamento ad uso commerciale dei dati personali biometrici;
- alla corretta informazione precontrattuale dei contraenti cui si rivolge il tipo di sollecitazioni commerciali in esame;
- all'integrità della loro volontà negoziale;

¹² Cfr. il caso della Thimus, cui è già stata dedicata la precedente nota 6, alla quale si fa rinvio.

¹³ F. GALLUCCI, *Marketing emozionale e neuroscienze*, cit., p. 170 ss., p. 301 ss.



- al regolare funzionamento dei meccanismi concorrenziali nel segmento di mercato entro il quale si fa uso delle tecniche persuasive in esame.

Nessuna di queste esigenze è oggetto di norme specificamente dedicate alla loro tutela. Si rinvencono solo disposizioni che, pur non riguardando il *neuromarketing*, si riferiscono a fattispecie in qualche modo accostabili a quelle indagate, così da far ipotizzare nuove linee di ricerca per gli interpreti e di intervento per il legislatore¹⁴.

Si pensi, ad esempio, alla tradizionale distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus* - dipendente, com'è noto, dalla idoneità in concreto dei mezzi utilizzati per persuadere¹⁵ -, che potrebbe suggerire, anche riguardo al *neuromarketing*, la necessità di distinguere tra suggestioni non idonee ad impressionare più di tanto una persona di normale avvedutezza, e tecniche persuasive atte a trarla in inganno in ordine alle caratteristiche e qualità del prodotto o del servizio offerto¹⁶. O si tenga conto delle norme sulle pratiche commerciali scorrette contenute nel Codice del consumo, entro le quali sembrerebbe possibile includere alcune manifestazioni delle tecniche persuasive in esame¹⁷. O, infine, si consideri la

¹⁴ L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., p. 63 e ss., si dedica ad esaminare se ed in che misura le sollecitazioni del *neuromarketing* possono rappresentare nuove forme di aggressione alla libertà contrattuale ed all'autodeterminazione del contraente ed a valutare, tra regole di comportamento e regole di validità, quali tutele civilistiche possano essergli riconosciute.

¹⁵ Sulla distinzione tra *dolus bonus* e *malus* vedasi, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 666 ss.; G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, XXVI, Palermo, 1957, p. 5 ss. V. anche G. AMADIO e F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, *Parte generale*, Bologna, 2014, p. 826 ss., ove un ampio esame delle discussioni dottrinali e giurisprudenziali sorte circa la definizione della differenza tra *dolus bonus* e *dolus malus*.

¹⁶ Qualora, poi, in futuro dovessero essere approntate tecniche persuasive in grado di coartare, similmente all'ipnosi, la volontà delle persone, potrebbe ipotizzarsi la nullità dei contratti conclusi per effetto di tal tipo di suggestioni in ragione del difetto di uno dei suoi elementi essenziali. Ciò in modo sostanzialmente analogo a quanto avviene per i casi di violenza assoluta la quale, tradizionalmente, viene definita come una «coazione materiale che esclude del tutto la volontà del soggetto in ordine al contratto» C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 658.

¹⁷ In tal senso L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., p. 77 ss. e 128 ss. Sulla disciplina italiana in materia di pratiche commerciali scorrette vedasi E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, Torino, 2008; ID., *Pratiche commerciali scorrette* (Voce), in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2009; ID., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, p. 880 s.; A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 803 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi*



disciplina in materia di illeciti concorrenziali prevista dal codice civile o dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287 (meglio nota come legge *antitrust*), che riguarda condotte realizzabili anche a mezzo delle tecniche di *neuromarketing*¹⁸.

L'assenza di norme specifiche sul *neuromarketing* induce l'interprete a chiedersi se alle nuove tecniche persuasive siano applicabili almeno le regole dettate con riguardo a fenomeni simili (come, ad esempio, quelle volte a garantire la regolarità del procedimento di formazione della volontà negoziale, a verificare l'effettiva sussistenza della capacità di agire, a reprimere le pratiche commerciali scorrette o gli illeciti concorrenziali, a proteggere i consumatori ed i loro dati personali). Tuttavia, una tale questione non può essere affrontata qui nella sua totalità; non soltanto a causa della sua evidente ampiezza e complessità, ma anche perché implica lo svolgimento di uno studio che, allo stato, rischia di rivelarsi prematuro. Infatti, data la novità del fenomeno, lo studio dovrebbe limitarsi ad osservazioni in gran parte ipotetiche, e, per tal via, giungere ad esiti tutt'altro che definitivi.

Vero è che il *neuromarketing*, oltre ad essere nato da qualche anno, si evolve rapidamente in dipendenza dei continui progressi delle neuroscienze cognitive e, quindi, offre pochi punti fermi in ordine ai quali formulare proposte interpretative. E ciò si palesa tanto più vero se si considera che nemmeno i neuroscienziati sono in grado di prevederne gli sviluppi futuri poiché, allo stato, non risulta sufficientemente indagata né l'effettiva entità della forza persuasiva dei messaggi di *neuromarketing* già in uso sul mercato, né la loro idoneità a compromettere la libera e spontanea formazione della decisione di acquisto. Quindi, un'analisi che si proponga di identificare con precisione le norme e le tutele civili poste a presidio delle esigenze in precedenza elencate, rischierebbe inevitabilmente di approdare a risultati provvisori poiché soggetti al tumultuoso evolversi delle scoperte neuroscientifiche.

Cionondimeno, in relazione all'ampio campo di indagine delineato, non ci si può esimere dal constatare che qualche più solida osservazione può essere condotta circa il profilo della tutela dei dati personali biometrici utilizzati per fini di promozione commerciale. Ciò in quanto sul trattamento dei dati personali e biometrici vige, in Italia come in Europa, una disciplina aggiornata di recente che, seppur elaborata senza considerare

civilistici, in *Contr. Impr.*, 2013, p. 689 s.; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 1 ss.; G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contr. Impr./Europa*, 2014, p. 137 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in *federalismi.it*, n. 19, 20 ottobre 2010.

¹⁸ Cfr., tra gli altri, V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit., p. 803 ss.; C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, II, Torino, 2010.



le nuove tecniche persuasive, tiene conto del progresso tecnologico registrato negli ultimi anni.

Per questo motivo, il prosieguo dell'indagine verrà dedicato a verificare l'applicabilità di detta disciplina alle attività di *neuromarketing*; precisamente ci si impegnerà ad individuare ed esaminare le norme applicabili ai trattamenti di dati biometrici svolti per fini di promozione commerciale.

3. Come osservato in precedenza, l'area disciplinare che ci si è proposti di analizzare è aggiornata e ricca di profili rilevanti circa il fenomeno del *neuromarketing*. Essa è composta principalmente da disposizioni dettate dal Reg. UE/2016/679, meglio conosciuto come Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR), e dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante norme per l'adeguamento della disciplina nazionale alle previsioni contenute nel Regolamento generale dell'Unione Europea¹⁹.

Il Regolamento parte dalla premessa che quelli biometrici sono dati «particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali»; essi pertanto «non dovrebbero essere oggetto di trattamento, a meno che il trattamento non sia consentito nei casi specifici di cui al presente regolamento» (51° *considerando*). Per lo stesso motivo, il trattamento, ove consentito, deve essere circondato da specifiche misure di sicurezza ed essere preceduto da una «valutazione d'impatto» effettuata «per valutare la particolare probabilità e gravità del rischio, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento e delle fonti di rischio. La valutazione di impatto dovrebbe vertere, in particolare, sulle misure, sulle garanzie e sui meccanismi previsti per attenuare tale rischio assicurando la protezione dei dati personali e dimostrando la conformità al presente regolamento» (91° *considerando*).

In coerenza con tali premesse, l'art. 9, par. 4, del GDPR vieta il trattamento dei dati genetici e biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona, eccetto che nei casi in cui l'interessato vi abbia acconsentito per una o più specifiche finalità, ovvero il trattamento sia necessario per adempiere un obbligo legale o un compito di interesse pubblico (par. 2)²⁰. La disposizione sancisce altresì che il trattamento, quando consentito,

¹⁹ Sul Regolamento v., da ultimo, F. DI RESTA, *La nuova "privacy europea"*, Torino, 2018, *passim*, ma in part. p. 54 ss. Sul d.lgs. n. 101/2018 V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, detta le disposizioni di adeguamento del Codice della privacy al Regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. Giur.*, 2018, p. 1181 ss.

²⁰ Il Regolamento è stato adottato dal Parlamento e dal Consiglio il 27 aprile 2016. Ha abrogato la previgente direttiva 95/46/CE ed ha previsto che i trattamenti in corso alla data di entrata in vigore del



deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali (particolarmente i principi sanciti dall'art. 5), ed essere adeguato alle misure di sicurezza, appropriate e specifiche, disposte a presidio dei diritti fondamentali e degli interessi del titolare del dato.

L'art. 22 del Regolamento n. 679 precisa poi che l'interessato ha diritto di non essere sottoposto ad un «trattamento automatizzato, compresa la profilazione», a meno che non vi abbia espressamente acconsentito²¹; mentre gli artt. 35 e 36 impongono la preventiva valutazione di impatto per i trattamenti che, come quelli in esame, implicano rischi elevati per i diritti e la libertà delle persone e la conseguente consultazione preventiva dell'autorità di controllo, che può imporre l'adozione di misure specifiche per attenuare il rischio.

Ciò posto, il GDPR consente comunque agli stati membri di mantenere o introdurre ulteriori e/o più restrittive condizioni e limitazioni. Inoltre, all'art. 51 prevede che in ogni stato membro sia istituita una Autorità di controllo preposta a garantire l'applicazione delle norme europee²².

Regolamento dovessero essere adeguati alle nuove regole entro due anni, ossia entro il 25 maggio 2018. Invece, circa le decisioni della Commissione e le autorizzazioni delle autorità di controllo adottate in base alla direttiva 95/46/CE, ha disposto che rimanessero in vigore fino a quando non vi fossero stati nuovi interventi volti a modificarle, sostituirle o abrogarle. In dottrina, al riguardo, v. F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà 'fondamentali', tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contr. Impr.*, 2018, p. 190 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo Regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, *ivi*, 2018, p. 106 ss.; A. MANTELETO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 144 ss.; M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, *ivi*, p. 165 ss.

²¹ Ai sensi dell'art. 4, n. 4, del Reg. UE/2016/679, per «profilazione» deve intendersi «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». Sulla profilazione vedasi, tra gli altri, C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei "social networks"*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2016, p. 1324 ss.; E.C. PALLONE, *"Internet of things" e l'importanza del diritto alla privacy tra opportunità e rischi*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2016, p. 163 ss.

²² In Europa, è costituito il Gruppo per la tutela dei dati personali Art. 29 (*Working Party Article 29 WP29*), composto dai rappresentanti delle Autorità nazionali di protezione dei dati personali, che ha affiancato il Garante europeo per la protezione dei dati, e che sugli sviluppi delle tecnologie biometriche ha reso il Parere n. 3/2012, WP193 del 27 aprile 2012. A questo Gruppo andrà a sostituirsi il Comitato europeo per la protezione dei dati di cui all'art. 68 del Reg. UE/2016/679.



Al fine di ottemperare a tale previsione e di armonizzare la disciplina nazionale previgente con quella dettata dal Regolamento, il legislatore italiano ha approvato il d.lgs. n. 101/2018. Tale decreto è intervenuto a chiarire che l'Autorità di controllo di cui all'art. 51 del Regolamento va individuata nel già esistente Garante per la protezione dei dati personali (art. 2, comma 1°, lett. *e*, introduttivo dell'art. 2 *bis* nel Codice per la protezione dei dati personali), e che in Italia la disciplina del trattamento dei dati personali ha la sua fonte nelle norme del Regolamento UE n. 679/2016 e nel Codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) come modificato dallo stesso d. lgs. n. 101/2018 in adeguamento al GDPR.

In effetti, per quel che più specificamente concerne la presente indagine, giova ricordare che il Codice italiano per la protezione dei dati personali (Codice *privacy*), in modo non dissimile dal Regolamento europeo del 2016 e sin da prima della sua emanazione, riconosceva che i meccanismi normalmente posti a presidio della regolarità del trattamento di dati personali si palesano insufficienti quando sono in gioco «dati diversi da quelli sensibili e giudiziari, che presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati e alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare». E pertanto stabiliva che, per trattare tale tipo di dati, oltre alla acquisizione del consenso ed alla «notifica» preventiva all'Autorità (art. 37, Codice *privacy*), occorresse una «verifica» preliminare svolta ad opera del Garante al fine di disporre eventuali misure e accorgimenti aggiuntivi per consentire l'uso di dati tanto delicati. Inoltre, il Garante italiano per la protezione dei dati personali con l'Allegato A del Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria n. 513 del 12 novembre 2014, rettificato con Provvedimento del 15 gennaio 2015, reso in attuazione del Regolamento UE n. 910/2014, ha dettato Linee Guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica.

Stante tale assetto normativo, il d.lgs. n. 101/2018 – all'art. 2, comma 1°, lett. *e* – ha ritenuto di poter raggiungere il risultato dell'armonizzazione della disciplina interna con quella europea apportando solo alcune modifiche ed integrazioni al codice *privacy*. In particolare, per quanto riguarda la materia in esame, l'art. 2 *septies* del decreto del 2018, rubricato «Misure di garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute», reitera il generale divieto di trattamento sancito dall'art. 9, par. 4, del Regolamento europeo, e la previsione alla cui stregua fanno eccezione a detto divieto solo i casi previsti dall'art. 9, par. 2²³. In tali casi il trattamento diviene possibile, ma deve svolgersi nel rispetto

²³ I casi previsti dall'art. 9, par. 2, del Regolamento europeo, che fanno eccezione al generale divieto di trattamento sono, in estrema sintesi, i seguenti: quando l'interessato ha dato il proprio consenso esplicito al trattamento per una o più specifiche finalità; quando il trattamento avviene nell'ambito di rapporti di lavoro e



delle misure di garanzia imposte con provvedimento (allo stato non ancora reso) del Garante, aggiornato ogni due anni (art. 2 *septies*, comma 1°) previa consultazione pubblica per un periodo di almeno sessanta giorni (art. 2 *septies*, comma 3°).

E' quindi rimesso al Garante il compito di definire le misure di garanzia e le eventuali ulteriori condizioni da rispettare in relazione alle varie categorie di dati personali ed alle diverse possibili finalità di trattamento. Egli dovrà individuare «le 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» (art. 9 *septies*, comma 5°). Nel fare ciò, il Garante terrà conto «delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati e delle migliori prassi in materia di trattamenti di dati personali», «dell'evoluzione scientifica e tecnologica nel settore oggetto delle misure», ma anche «dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione europea» (art. 9 *septies*, comma 2°).

di previdenza; quando il trattamento è necessario a proteggere un interesse vitale dell'interessato, o di altra persona fisica, che si trovi in una situazione di incapacità, fisica o giuridica, di prestare il proprio consenso; nell'ambito di un procedimento giudiziario, come in sede amministrativa o stragiudiziale, per accertare, esercitare o difendere un diritto; per motivi di particolare interesse pubblico previsti dalla legge, e purché l'impiego di dati biometrici sia proporzionato alla finalità perseguita e rispettoso di misure di sicurezza idonee a garantire la tutela dei diritti fondamentali e degli interessi del soggetto cui i dati si riferiscono; nel settore della sanità pubblica, per finalità di sicurezza sanitaria, per il controllo, la prevenzione o il controllo di malattie trasmissibili e, in generale, per respingere minacce gravi alla salute delle persone ovvero per generali scopi connessi alla tutela della salute, che non comprendano solo gravi circostanze, ma anche la migliore gestione della sanità pubblica e dei servizi di assistenza sanitaria.

Il contenuto del d.lgs. n. 101/2018 è stato reso noto, anche al Garante europeo per la protezione dei dati, qualche settimana prima della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Per questo motivo il Garante Europeo ha avuto modo di esprimere al riguardo le sue critiche, che si sono appuntate soprattutto sull'estrema sinteticità e sulla tendenza del decreto del 2018 a limitarsi a ripetere disposizioni già dettate dal GDPR. In particolare il Garante, nel documento trasmesso ad integrazione dell'audizione del 7 giugno 2018, ha censurato duramente l'art. 2 *septies* delle Misure di garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute, poiché le norme ivi contenute «...richiamando il regolamento europeo di per sé immediatamente operativo, sembrano attribuire al legislatore italiano la scelta di confermare quanto dice il regolamento, fanno irritare l'Europa. Rispetto alle misure di garanzia stabilite, o disposte dal Garante ai sensi dell'articolo 2 *septies*, sottolinea l'opportunità di evidenziare meglio la loro complementarietà rispetto a quanto previsto dal regolamento europeo, e con riferimento più specifico a particolari settori, non potendo essere le misure eccessivamente "orizzontali"» (cfr. www.altalex.com, 5 settembre 2018, M. REALE, *GDPR, un primo commento sul decreto di adeguamento*).



Speciali previsioni e cautele sono stabilite, poi, per i trattamenti di dati genetici o biometrici in ambito sanitario (art. 2 *septies*, comma 6° e comma 4°, lett. *b* e *d*) o per selezionare l'accesso fisico o logico di soggetti autorizzati (art. 2 *septies*, comma 7°)²⁴.

Infine, l'art. 22 del d.lgs. n. 101/2018, recante disposizioni transitorie e finali, sancisce che le previgenti norme del codice *privacy* relative al trattamento di dati genetici, biometrici o concernenti la salute continueranno a trovare applicazione, in quanto compatibili con il Regolamento UE n. 2016/679, sino all'adozione, da parte del Garante, delle corrispondenti misure di garanzia previste dall'articolo 2 *septies*; mentre l'art. 13 del decreto del 2018, a parziale riforma del testo dell'art. 144 del codice, estende a «chiunque» - e non ai soli interessanti – il diritto di segnalare eventuali infrazioni al Garante, di modo che questo valuti se procedere ai sensi all'art. 58 del codice.

Dato il poco tempo trascorso dall'emanazione del d.lgs. n. 101/2018, il Garante non ha ancora definito, con proprio provvedimento, le misure di garanzia per i trattamenti aventi ad oggetto dati biometrici. Quindi, allo stato, per poter dare inizio ad una attività di trattamento di dati personali biometrici è necessario rispettare i seguenti obblighi, desumibili in parte dal GDPR e dal d.lgs. n. 101/2018, ma in parte anche dalla disciplina previgente:

- acquisire preventivamente il consenso dell'interessato, reso all'esito di una informativa contenente la specifica menzione della finalità dell'acquisizione delle informazioni e degli altri elementi previsti dagli artt. 9 e 12 e ss. del Reg. UE/2016/679;
- trattare i dati acquisiti nel rispetto della finalità dichiarata nell'informativa, o per altre operazioni con essa compatibili (art. 6 del Reg. UE/2016/679);

²⁴ Il comma 4° dell'art. 2 *septies* prevede che «Le misure di garanzia sono adottate nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 9, par. 2, del Regolamento, e riguardano anche le cautele da adottare relativamente a: a) contrassegni sui veicoli e accessi a zone a traffico limitato; b) profili organizzativi e gestionali in ambito sanitario; c) modalità per la comunicazione diretta all'interessato delle diagnosi e dei dati relativi alla propria salute; d) prescrizioni di medicinali». Il comma 6 aggiunge che «le misure di garanzia che riguardano i dati genetici e il trattamento dei dati relativi alla salute per finalità di prevenzione, diagnosi e cura nonché quelle di cui al comma 4°, lett. *b*, *c* e *d*, sono adottate sentito il Ministro della salute che, a tal fine, acquisisce il parere del Consiglio superiore di sanità. Limitatamente ai dati genetici, le misure di garanzia possono individuare, in caso di particolare ed elevato livello di rischio, il consenso come ulteriore misura di protezione dei diritti dell'interessato, a norma dell'articolo 9, par. 4, del Regolamento, o altre cautele specifiche». Il comma 7° sancisce, infine, che «Nel rispetto dei principi in materia di protezione dei dati personali, con riferimento agli obblighi di cui all'art. 32 del Regolamento, è ammesso l'utilizzo dei dati biometrici con riguardo alle procedure di accesso fisico e logico ai dati da parte dei soggetti autorizzati, nel rispetto delle misure di garanzia di cui al presente articolo».



- nel caso in cui i sistemi utilizzati siano potenzialmente idonei al rilevamento di dati biometrici dell'interessato senza la sua cooperazione (come può avvenire in alcuni casi di riconoscimento facciale o vocale), informare gli interessati, dando loro la possibilità di scegliere se accedere o no alla zona soggetta a controlli biometrici (art. 4.5.1 delle Linee Guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica, Prov. Autorità n. 513 del 2014);
- in questi casi l'informativa può essere resa mediante apposita segnaletica in prossimità delle aree soggette a rilevamento biometrico o delle postazioni di rilevamento, oppure può essere fornita con altri mezzi prima dell'interazione dell'interessato con il sistema biometrico (es. riconoscimento vocale tramite telefono preceduto da un avviso) (art. 4.5.1 delle Linee Guida);
- analogamente, nei casi in cui il trattamento su base biometrica operi in sinergia con un altro sistema (es. videosorveglianza), l'informativa deve evidenziare tale circostanza in maniera chiara e adeguata, anche con le opportune semplificazioni richieste dal mezzo utilizzato (art. 4.5.1 delle Linee Guida);
- in ogni caso, il trattamento deve essere preceduto da una valutazione di impatto e dalla consultazione preliminare dell'autorità di controllo che, in sede di verifica, potrà prescrivere speciali precauzioni e misure di sicurezza (artt. 35 e 36 Reg. UE/2016/679 e 2 *septies* d.lgs. n. 101/2018).

4. Come rilevato in precedenza, le norme italiane ed europee appena esaminate non dettano regole specificamente dedicate all'acquisizione e al trattamento dei dati biometrici con finalità di promozione commerciale. Non ci si può esimere dal constatare, però, che il loro ambito di applicazione è tanto ampio da comprendere anche i casi di *neuromarketing* condotti con l'ausilio della biometria. A conferma di ciò, basti considerare che l'art. 4, n. 4, del Regolamento UE/2016/679 estende la nozione di «profilazione» fino ad includervi «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi ad una persona fisica, in particolare per analizzare e 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»; e che il successivo n. 14 definisce i dati biometrici come «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona



fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici»²⁵.

All'affermazione secondo la quale l'ambito di applicazione delle predette norme è tanto ampio da comprendere anche le attività di *neuromarketing* condotte con l'ausilio della biometria, potrebbe obiettarsi che l'art. 9 del Regolamento europeo si riferisce testualmente ai soli dati biometrici «intesi a identificare in modo univoco una persona»; cosicché le tutele ivi previste non si applicherebbero ai trattamenti finalizzati alla promozione commerciale, ma solo a quelli funzionali alla identificazione univoca di persone in quanto appartenenti a gruppi selezionati (al fine, per esempio, di regolamentarne l'accesso ad uno spazio fisico o logico). Questa obiezione, tuttavia, non convince.

Anzitutto perché il risultato che ne deriva è quello – irragionevole e incompatibile con la *ratio* del Regolamento n. 679 – di sottoporre gruppi di dati personali sostanzialmente coincidenti ad un regime giuridico differente.

Inoltre, detta obiezione non è persuasiva perché l'inciso «intesi a identificare in modo univoco una persona» non sembra rivolto a limitare l'ambito applicativo dell'art. 9 ai soli trattamenti connotati da una finalità identificativa-selettiva, ma piuttosto a chiarire e definire la natura dei dati considerati. Più precisamente, con l'inciso in esame l'art. 9, al pari di quanto fa l'art. 4, n. 14, intende chiarire che i dati biometrici, come quelli genetici, si distinguono da tutti gli altri dati personali perché sono idonei a connotare in modo irripetibile e tendenzialmente permanente una singola persona umana, in quanto hanno ad oggetto caratteristiche fisiche che mutano poco o punto nell'arco della vita²⁶.

A conferma di ciò va constatato – e l'osservazione pare decisiva – che l'interpretazione criticata appare incompatibile con il dettato dell'art. 2 *septies* del Codice *privacy* introdotto dal d.lgs. n. 101/2018, giacché questa norma, oltre a contemplare i trattamenti di dati

²⁵ In precedenza, i dati biometrici erano stati definiti dal Gruppo europeo Articolo 29 – nel Parere n. 3/2012 sugli sviluppi nelle tecnologie biometriche – come ogni informazione relativa a «proprietà biologiche, aspetti comportamentali, caratteristiche fisiologiche, tratti biologici o azioni ripetibili laddove tali caratteristiche o azioni sono tanto proprie di un certo individuo quanto misurabili, anche se i metodi usati nella pratica per misurarli tecnicamente comportano un certo grado di probabilità».

²⁶ F. DI RESTA, *La nuova "privacy europea"*, cit., p. 54 ss., correttamente osserva che la categoria dei dati biometrici si caratterizza per la univocità e la tendenziale permanenza; pertanto essa comprende, oltre alle informazioni che connotano il sostrato biologico di una persona stabilmente per tutta la sua esistenza (come, ad esempio, le impronte digitali o la struttura dell'iride oculare o della retina), ma anche quelle che alla persona possono essere associate per periodi più o meno lunghi della sua vita (ad esempio, firma autografa, odore del corpo, andatura).



biometrici volti a selezionare l'accesso delle persone a spazi fisici o logici (ipotesi espressamente prevista e disciplinata dal comma 7°), si riferisce anche ad altri tipi di trattamento nei quali la rilevazione dei dati biometrici non necessariamente avviene al fine di individuare e selezionare individui (cfr., in particolare, i commi 4° e 5°). Se ne desume, dunque, che le regole dettate in materia di dati biometrici si applicano a tutti i trattamenti che li hanno ad oggetto, a prescindere dalle finalità per le quali vengono effettuati.

All'esito di quanto sinora osservato, si deve quindi affermare che anche i trattamenti di dati biometrici per finalità commerciale sottostanno alla disciplina generale dettata per i trattamenti di dati biometrici. Pure per questi trattamenti valgono perciò tutte le cautele esaminate in precedenza, imposte al fine di ridurre entro i limiti della tollerabilità i rischi che ne derivano; primo tra tutti quello di essere strumento di controllo sociale e discriminazione.

Tali cautele, essendo poste da una disciplina recente, elaborata tenendo conto dei più recenti approdi della tecnologia, sembrano per ora bastevoli a fronteggiare le esigenze di protezione suscitate da una attività, quella del *neuromarketing*, che si trova ad uno stadio iniziale e che, manifestandosi in modi assai eterogenei, rende ardua per il legislatore l'elaborazione di misure di tutela ad essa specificamente dedicate. Da siffatta prospettiva, lo strumento della valutazione caso per caso ad opera dell'Autorità di controllo (art. 36 del Regolamento europeo) appare, allo stato, l'opzione più opportuna²⁷.

Rimane il fatto che la disciplina vigente presenta dei margini di miglioramento; margini che sono destinati ad accrescersi in conseguenza dei progressi delle tecniche di comunicazione e di gestione dei dati, nonché delle future scoperte delle neuroscienze cognitive. Dunque, è facile prevedere che, presto o tardi, il legislatore sarà chiamato a modificare le norme vigenti e/o a dettare nuove regole, alcune delle quali specificamente dedicate ai trattamenti finalizzati ad attività di *neuromarketing*. Allo stato nessuno è in grado di dire quando ciò accadrà; non par dubbio, però, che i futuri interventi del legislatore diverranno indifferibili quando le ricerche neuroscientifiche permetteranno di approntare tecniche persuasive idonee ad elidere o comprimere gravemente la libertà o l'autodeterminazione delle persone.

²⁷ Queste decisioni sono liberamente consultabili sul sito www.garanteprivacy.it. Si veda, ad esempio, da ultimo, il provvedimento dell'Autorità 16 febbraio 2017, n. 60, reso in sede di verifica preliminare su un sistema di controllo-accessi biometrico-facciale che ha consentito il trattamento prescrivendo, tuttavia, particolari cautele; ovvero il provvedimento del 13 luglio 2016, n. 306, reso in sede di verifica preliminare sull'invio di spot pubblicitari mirati (seppur non sulla base di dati biometrici) da parte della società Sky, che pure in questo caso ha consentito il trattamento imponendo però l'adozione di accorgimenti specifici.



5. Ferma restando tale previsione, rimane il fatto che le norme attualmente vigenti, applicabili al *neuromarketing*, possono fungere da banco di prova sul quale verificare se ed in che misura alcuni strumenti di tutela noti siano idonei a fronteggiare i bisogni di protezione suscitati da tecniche commerciali dotate di forza persuasiva non del tutto nota. Da tale angolo visuale, la mancanza di una disciplina specifica sul *neuromarketing* palesa almeno il vantaggio di consentire la selezione sul campo degli strumenti di tutela sui quali puntare *de iure condendo*. Infatti, come osservato in precedenza, il legislatore, presto o tardi, sarà chiamato a regolare il fenomeno, poiché l'esistenza di regole efficaci ed aggiornate garantisce che i progressi raggiunti dalle neuroscienze cognitive servano a favorire lo sviluppo sociale, e non il peggioramento delle condizioni di vita della collettività. Cosa che, invece, accadrebbe qualora si consentisse al *neuromarketing* di divenire strumento di consolidamento di concentrazioni di potere economico o di situazioni di discriminazione diffusa²⁸.

Al contempo gli studiosi sono chiamati a saggiare, sul banco di prova del *neuromarketing*, la resistenza di alcune categorie fondamentali ai progressi scientifici e tecnologici (come, ad esempio, quelle della volontà negoziale, della capacità di agire, della formazione dell'accordo contrattuale). Difatti gli sviluppi della ricerca sui meccanismi che consentono al nostro cervello di elaborare e prendere decisioni, potrebbe rendere necessaria una revisione del tradizionale modo di intendere dette categorie. Ciò tanto più se si considera che gli incalzanti progressi degli studi sulla robotica e l'intelligenza artificiale rendono attuale l'esigenza di ridefinire la linea di confine tra quest'ultima e l'intelligenza umana²⁹.

Compiti tanto ardui e complessi non possono essere portati a termine a mezzo del solo strumentario del giurista. Il progresso scientifico e tecnologico impone un radicale mutamento delle tradizionali metodologie di indagine, poiché rende manifesto che l'uomo, per poter governare sistemi e strumenti sempre più complessi, non può continuare a privilegiare le tradizionali metodologie di studio, individualistiche e per compartimenti stagni, ma deve abituarsi ad un approccio interdisciplinare, attuato a mezzo del confronto e della condivisione degli esiti di ricerche e riflessioni differenti, come quelle del giurista, del

²⁸ Per una visione moderna del diritto dei consumi come punto di emersione e strumento di garanzia delle libertà fondamentali e dei diritti sociali vedasi lo scritto di A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 10 ss.

²⁹ Com'è noto, il Parlamento europeo in data 16 febbraio 2017 ha approvato una Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2013 INL). In dottrina, sul tema del diritto civile della robotica v., tra gli altri, C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2015, p. 1235 ss.; E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, interserzioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, p. 1816 ss.; F. PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, Napoli, 2018, p. 68 ss.



bioeticista, del filosofo, del medico e dello scienziato. In mancanza, l'intelligenza umana rischia seriamente di essere sopravanzata da quella artificiale poiché quest'ultima, essendo in grado di processare un numero pressoché infinito di dati di diverso genere, può facilmente riuscire a combinare gli esiti di differenti saperi, finendo per essere più competitiva di quella umana³⁰.

Da siffatta prospettiva, appare senz'altro condivisibile la moderna tendenza, anche legislativa, di attribuire un ruolo di sempre maggiore importanza ai Codici etici di categoria ovvero ai Comitati etici in funzione consultiva³¹. Entrambi questi strumenti, infatti, giacché realizzati con il contributo e/o la partecipazione di esperti di diverse discipline, costituiscono un luogo privilegiato di sperimentazione di nuove metodologie di studio e di lavoro per l'elaborazione di regole e soluzioni che, ispirandosi a criteri non solo giuridici, dimostrino maggior efficacia nel governare fenomeni complessi ed in rapida evoluzione. In questa direzione, in effetti, si orienta anche il Codice *privacy* che include ben sette allegati contenenti altrettanti Codici deontologici di categoria e che, a mezzo della generale previsione degli artt. 2 *quater*, 154, lett *c*, e 154 *bis*, lett. *b*, impone al Garante il compito di promuovere ed approvare ulteriori regole deontologiche.

Maggiori discussioni e perplessità suscita, invece, l'affermazione alla cui stregua il *gap* tra intelligenza umana ed artificiale potrà essere colmato proprio grazie ai progressi della scienza e, precisamente, agli esiti di quelle ricerche mediche e farmacologiche volte a potenziare le capacità fisiche e/o cognitive delle persone (cd. potenziamento umano o *human enhancement*)³². I dubbi nascono dalla considerazione che la strada del potenziamento, pur apparendo come la più facile, può rivelarsi assai rischiosa, dal momento che implica gli stessi problemi di discriminazione e controllo generalizzato delle masse

³⁰ R. KURZWEIL, *La singolarità è vicina*, Milano, 2008, p. 197 ss., noto informatico e inventore statunitense, sostiene che il nostro futuro sarà profondamente segnato dai progressi della genetica, della robotica e delle nanotecnologie, che non solo ci consentiranno di «riprogettare e ricostruire, molecola per molecola, i nostri corpi, i nostri cervelli ed il modo con cui interagiamo», ma anche di realizzare robot dotati di una intelligenza artificiale in grado di superare le *performance* ottenute dalla intelligenza umana.

³¹ V. le riflessioni di F. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 706 ss., e di F. GHEZZI, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. Soc.*, 2011, I, p. 680 ss. In giurisprudenza cfr. TAR Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10185, in www.gadit.it.

³² Uno dei più convinti sostenitori delle ricerche e degli interventi di *human enhancement* è R. BAILEY, *The Right to Human Enhancement and also uplifting animals and the rapture of the nerds*, in *reason.com*, 2 giugno 2006; ma v. anche R.U. SIRIUS, *The NeuroAge: Zack Lynch in conversation with R.U. Sirius*, in *Life Enhancement*, 2005, in www.life-enhancement.com/neofiles.



destati dal trattamento dei dati biometrici, nonché ulteriori rilevanti pericoli in ordine alla salute fisica e psichica delle persone³³.

In conclusione, non può non constatarsi che molte delle questioni esaminate rimangono aperte. Non è detto che ciò sia un male, poiché la loro estrema complessità e delicatezza, unita alla velocità con la quale la ricerca scientifica e tecnologica giunge a nuove scoperte, suggeriscono al giurista un approccio critico e prudente. Non par dubbio, però, che trattasi di questioni alle quali occorre prestare una attenzione sempre crescente poiché, come emerso dalle osservazioni sin qui condotte, è anche su questi temi che si giocherà in futuro la difficile partita tra il progresso tecnologico e la garanzia dei diritti fondamentali della persona umana³⁴.

³³ Sui rischi del potenziamento v., tra gli altri, C. DONISI, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, in *Convergenza dei saperi e prospettive dell' umano*, a cura di L. DE GIOVANNI e C. DONISI, Napoli, 2015, 245 ss.; S. AMATO, *Neuroscienze e utilizzazione militare delle tecniche di potenziamento umano*, in *Etica & Politica*, 2014, 2, p. 182 ss.

Anche il Comitato Nazionale di Bioetica si è reso autore di due pareri sul tema: uno intitolato *Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*, del 22 febbraio 2013, ed un altro intitolato *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, del 13 marzo 2013, entrambi reperibili sul sito www.governo.it/bioetica.

³⁴ Diversi studi previsionali, pubblicati da esperti italiani e stranieri, da tempo si sforzano di dimostrare che la concentrazione del trattamento di dati personali, specialmente se biometrici o genetici, in capo a poche grosse multinazionali (come, ad esempio, Google, Amazon, Apple) crea le condizioni per una involuzione della società e per l'instaurarsi di una vera e propria dittatura digitale. Ciò in quanto questi dati ben si prestano ad essere utilizzati – anche a mezzo di tecniche persuasive di *neuromarketing* – per controllare e manipolare le masse sia per finalità commerciali, sia soprattutto per indurle a parteggiare per un candidato politico piuttosto che per un altro ovvero a percepire gli accadimenti politici o militari in un certo modo. Particolarmente efficace e preoccupante è l'analisi svolta dallo storico Y.N. HARARI nel *best seller* mondiale *Sapiens. A brief history of humankind*, London, 2014, pubblicato in Italia dalla Bompiani con il titolo *Sapiens. Da animali a dei. Breve storia dell'umanità*, Milano, 2014.