

BREVI RIFLESSIONI SU “IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLA PUBBLICITÀ ON LINE”\*

Olindo Lanzara \*

Innanzitutto rivolgo pubblicamente le mie congratulazioni al Prof. Sciancalepore per il prestigioso premio “University 4EU – Il tuo futuro, la nostra Europa” ottenuto dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, relativo al progetto “Il trattamento dei dati personali nel settore della pubblicità on line”.

La tematica è estremamente avvincente.

Prima di entrare in argomento vorrei muovere da talune fugaci considerazioni sull’evoluzione del concetto di privacy.

È noto come oltreoceano sia stato il contributo *The right to privacy* della *Harvard Law Review* dei due giuristi americani Warren e Brandies del 1890 a far acquisire alla nozione di privacy una propria autonomia, che gradualmente comincia ad essere parte del bagaglio culturale dei giudici americani come *bundle* o *cluster of rights*.

Per vero, anche in Germania, in un contesto normativo e culturale assai diverso da quello statunitense, Kohler indica alla fine dell’800 un “diritto alla segretezza”, che tutela ogni persona dalla pubblicazione non desiderata di rapporti epistolari e dalla rilevazione di fatti riguardanti la vita privata.

E’ solo però negli anni settanta del secolo scorso che la nozione di privacy inizia concretamente a mutare: nasce infatti il *direct marketing*, in base al quale le imprese utilizzano le informazioni personali, creando un vero e proprio mosaico di dati, per ricostruire i gusti e le preferenze degli individui allo scopo di inviare comunicazioni pubblicitarie mirate.

Si pensi per un attimo all’offerta turistica (è qui presente il Presidente di Federalberghi Salerno ing. Ilardi a cui rivolgo il mio saluto), alle informazioni raccolte dagli intermediari nelle piattaforme on line. A queste vanno aggiunte le informazioni trasmesse in rete dagli utenti nelle loro valutazioni e recensioni sui servizi ricevuti, in grado di determinare scelte di altri utenti, influenzandoli negli acquisti e quindi in ultima analisi orientando il mercato.

È comprensibile come queste informazioni abbiano una indiscussa rilevanza ed un enorme valore economico: per l’intermediario, in quanto costui viene messo in grado di conoscere

---

\* Relazione del 28 ottobre 2022, svolta al convegno “Il trattamento dei dati personali nel settore della pubblicità online” presso l’aula 3 del Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza).

\* Professore associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

l'andamento del mercato; per le imprese, che hanno interesse a conoscere gusti, preferenze, capacità di spesa dei consumatori; per i clienti, che possono contare su un'offerta ampia e comparabile di pacchetti, o servizi di viaggio, albergo, trasporto, ristorazione<sup>1</sup>.

Potrebbe allora frettolosamente affermarsi: la società moderna non può fare a meno di un flusso di informazioni e la privacy non può costituire un ostacolo allo sviluppo delle relazioni commerciali. Risulta, tuttavia, incontrovertibile che la tutela della persona non possa essere sacrificata alle esigenze del mercato.

Vale allora ricordare, di là dalle diverse elaborazioni del concetto di privacy proposte nel tempo dalla dottrina, come l'antico diritto ad essere lasciati soli sia divenuto "(..) postulato di una libertà attiva e positiva di scelta"<sup>2</sup>, che si estende oggi, più che mai, alla "componente digitale" della persona.

"La società delle piattaforme", come definita dal Prof. Stanzione, Garante per la protezione dei dati personali, è tale perché esprime, e al tempo stesso, esige una nuova antropologia e, con essa, un diverso sistema giuridico<sup>3</sup>.

Il diritto alla protezione dei dati personali è pacificamente riconosciuto come un diritto fondamentale dell'individuo. In Europa il legame tra tutela dei dati personali e tutela dei diritti della personalità si è progressivamente consolidato attraverso l'opera meritoria della giurisprudenza sovranazionale che ha ampliato il catalogo delle situazioni protette dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali.

Molto ancora si sta facendo anche sul fronte legislativo.

Si pensi, per quanto rileva in questa sede, al recentissimo Digital Services Act che ha imposto trasparenza sulla profilazione. L'obiettivo a lungo termine è creare un ambiente digitale sicuro e affidabile, che tuteli in modo concreto i diritti dei consumatori e allo stesso tempo aiuti l'innovazione e la competitività.

Gli obblighi principali sono: indicare in modo chiaro le condizioni di servizio e i relativi requisiti; fornire informazioni esplicite sulla moderazione dei contenuti e sull'uso degli algoritmi per i sistemi di raccomandazione dei contenuti, che potranno comunque essere contestati dagli utenti; adottare trasparenza nei sistemi di suggerimento e nelle pubblicità

---

<sup>1</sup> Sulla strettissima connessione del fenomeno turistico con la rete v.si *amplius* E. CAPOBIANCO, *La diffusione e la circolazione delle informazioni nel mercato turistico*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 1 giugno 2020, p. 513 ss.

<sup>2</sup> G. CERRINA FERONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. Stanzione (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, a cura di P. Stanzione, Torino, 2022, p. 61

<sup>3</sup> In questi termini P. STANZIONE, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., p. 1.

online rivolte agli utenti; non utilizzare pubblicità mirata rivolta ai bambini o basata su dati sensibili degli utenti.

Ma procediamo con ordine. Tracciare gli aspetti caratterizzanti di una persona al fine di inserirla in una categoria piuttosto che in un'altra, è il punto di partenza delle più importanti attività poste in essere per finalità imprenditoriali.

La profilazione si rivela così un'arma strategica, che può essere al tempo stesso particolarmente offensiva in assenza di adeguate precauzioni o misure di contenimento dei rischi.

Sovviene alla mente la posizione secondo cui, se pervasiva, la profilazione si espone ad incarnare quel "destino" ineluttabile della mitologia greca, contro cui l'eroe combatte, scoprendo però, in fine, che con la sua azione ha egli stesso agevolato il compiersi degli eventi. L'oracolo della mitologia greca è l'algoritmo dei giorni nostri che si sbilancia parimenti in previsioni, raccomandazioni, non sempre chiare e spesso seguite o disattese con estrema facilità<sup>4</sup>.

Di certo, la profilazione delle abitudini umane può essere utile laddove si individuino soluzioni per semplificare e velocizzare le attività quotidiane in ambito personale o professionale. Simile analisi può spingersi però verso usi diversi. Occorre allora probabilmente chiedersi se essa sia capace di cristallizzare il futuro dell'individuo riducendone l'autonomia decisionale. La soluzione non può che essere il rispetto delle norme che disciplinano tale tecnologia. Il giurista contemporaneo non può esimersi dal conoscere e studiare tali ultime forme di evoluzione tecnologica al fine di regolarne gli effetti e minimizzarne gli impatti dannosi.

Si è detto, lo ricordava nella Sua relazione il collega Francesco Buonomenna, come le moderne tecnologie di tracciamento permettano di raggiungere risultati incredibili e meritori, come il contrasto al terrorismo, all'evasione fiscale, alla corruzione o alla diffusione di virus. Tutto ciò deve comunque avvenire nel quadro di norme e principi che garantiscano diritti irrinunciabili e connaturati all'idea stessa di uomo: il diritto all'autodeterminazione, la libertà di essere sé stessi, la libertà di sbagliare e imparare dai propri errori senza che ci sia sempre un algoritmo che ci "raccomandi" la scelta migliore.

---

<sup>4</sup> Cfr. G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-time bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021, p. 11, nota 4.

Ritorna l'insegnamento sempre attuale di Stefano Rodotà, secondo cui non tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche, e per ciò solo, giuridicamente perseguibile<sup>5</sup>.

Per quanto qui interessa, il *business model* principale delle piattaforme consiste nel catalizzare l'attenzione dell'utente al fine di fargli visualizzare più pubblicità.

Più si coinvolge l'utente, tramite servizi vari, più la piattaforma ottiene informazioni su interessi e abitudini. Tanto consente di realizzare quella particolare forma di pubblicità mirata e/o personalizzata (anche detta "targettizzata") che rende più efficaci gli annunci pubblicitari e, quindi, più remunerativo l'intero settore.

Come anticipato, il rischio sotteso a un'intensa profilazione è la manipolazione dei comportamenti.

In linea teorica, se la pubblicità on line generalizzata può anche fare a meno di marcatori e cookie, lo stesso non può dirsi sempre vero per quella personalizzata o mirata, o anche targettizzata.

Giova quindi sottolineare come i cookie e gli altri strumenti di tracciamento per finalità diverse da quelle tecniche potranno essere utilizzati esclusivamente previa acquisizione del consenso del contraente o utente. Senza addentrarci in aspetti più tecnici come la sicurezza o le modalità tecniche del trattamento complessivo, è nel Regolamento 2016/679 che andranno ricercate le specifiche caratteristiche di quel consenso ai fini della sua validità e conformità alla disciplina generale.

Negli ultimi giorni, ad esempio, diverse testate giornalistiche on line hanno messo in campo sistemi e filtri, che condizionano l'accesso ai contenuti alla sottoscrizione di un abbonamento (il cosiddetto *paywall*) o, in alternativa, al rilascio del consenso da parte degli utenti all'installazione di cookie e altri strumenti di tracciamento dei dati personali (il cosiddetto *cookie wall*).

La normativa europea sulla protezione dei dati personali non esclude in linea di principio che il titolare di un sito subordini l'accesso ai contenuti, da parte degli utenti, al consenso prestato dai medesimi per finalità di profilazione o, in alternativa, al pagamento di una somma di denaro. Tuttavia, è noto come il Garante abbia aperto una serie di istruttorie per accertare la conformità di tali iniziative con la normativa europea.

---

<sup>5</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione per l'anno 1997 - Discorso del Presidente, Stefano Rodotà*, Roma, 30 aprile 1998, 8, "Proprio perché i problemi più acuti nascono dalla disponibilità di un arsenale tecnologico sempre più imponente, qui come altrove bisogna chiedersi se tutto quel che è tecnicamente possibile sia pure eticamente lecito, politicamente e socialmente accettabile, giuridicamente ammissibile. L'avvenire democratico si gioca sempre di più intorno alla capacità sociale e politica di trasformare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione in tecnologie della libertà, e non del controllo".

Taluni chiarimenti appaiono opportuni proprio con riferimento al cd. *cookie wall*, intendendosi con tale espressione un meccanismo vincolante, nel quale l'utente viene obbligato, senza alternativa, ad esprimere il proprio consenso alla ricezione di cookie ovvero altri strumenti di tracciamento, pena l'impossibilità di accedere al sito.

Siffatto meccanismo, non consentendo di qualificare l'eventuale consenso ottenuto come conforme alle caratteristiche imposte dal Regolamento, e segnatamente al requisito della "libertà", è da ritenersi illecito, salva l'ipotesi da verificare caso per caso nella quale il titolare del sito offra all'interessato la possibilità di accedere ad un contenuto o a un servizio equivalenti senza prestare il proprio consenso all'installazione e all'uso di cookie o altri strumenti di tracciamento.

E' pertanto conveniente rimarcare l'importanza della corretta informazione nonché di mettere l'interessato in condizione di scegliere se ed entro quali limiti essere sottoposto a pubblicità personalizzata. Solo permettendo all'utente/interessato di conferire singoli consensi per singole finalità nel rispetto dei principi di *data protection by design e by default* di cui all'art. 25 del Regolamento, si realizzerà una tutela *ex ante* dell'interessato che potrà limitare i dati trattati e quindi il rischio connesso.

Davvero utili al riguardo le Linee guida cookie (adottate dal Garante il 10 giugno 2021), che hanno l'obiettivo di specificare le corrette modalità per la fornitura dell'informativa e per l'acquisizione del consenso on-line degli interessati.

Valido è il ricorso ai codici di condotta di cui agli artt. 40 e ss del Regolamento, preziosi strumenti di "flessibilità" che consentono di adattare o "calibrare" il sistema normativo a particolari forme di trattamento con riferimento alle nuove tecnologie ed alle "catene di trattamenti" su cui si basano sistemi innovativi come l'intelligenza artificiale e le varie forme di pubblicità targettizzata. Un esempio di codice di condotta nel settore pubblicitario è quello adottato dall'Autorità di controllo spagnola che, per prima in Europa, ha approvato un Codice in materia di marketing diretto, che trova applicazione nei confronti delle comunicazioni commerciali on line, anche svolte tramite marcatori e sistemi di profilazione al fine di pubblicità comportamentale<sup>6</sup>.

Né vanno trascurate le certificazioni di cui all'art. 42 del Regolamento, dirette a dimostrare la conformità al formante legislativo dei singoli strumenti adottati nel trattamento.

---

<sup>6</sup> Agencia Española de Protección de Datos, *La AEPD aprueba el primer Código de Conducta bajo el RGPD, 3 de Noviembre de 2020*.

In definitiva, l'unico modo per far sì che i processi automatizzati di profilazione non divengano un destino ineluttabile, capace di condizionare la vita quotidiana di ogni persona, ma al contrario tornino a essere dei sistemi di ausilio e libertà, è il rispetto delle norme preposte a tutela della persona.

Occorre, in altri termini, "riassegnare" all'uomo il diritto a determinarsi autonomamente, senza essere messo di fronte a uno stretto ventaglio di soluzioni predeterminate da terzi tramite l'algoritmo. Questa è forse l'unicità dell'uomo, bene giuridico tutelato dalla normativa in materia di protezione dei dati personali nel contesto digitale, la cui essenza più profonda è giustappunto la protezione della libertà di scelta.