



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

24 gennaio 2022

Minori e pubblicità mirata

Ilaria Garaci

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Christophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue



Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ALESSANDRO ALBANESE GINAMMI, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPREZZI, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MONICA LA PIETRA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, CECILIA SERTOLI, SILVIA SCALZINI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, www.iaic.it, info@iaic.it

MINORI E PUBBLICITÀ MIRATA

Ilaria Garaci

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Pubblicità personalizzata e nuove strategie di comunicazione commerciale. L'*influencer marketing* – 3. La profilazione dei minori ai fini di *marketing* nel Regolamento (UE) 2016/679 – 4. Il divieto della pubblicità mirata e comportamentale ai minori nella nuova strategia dell'UE per il mercato unico digitale

1. Premessa

La rapidità dei processi tecnologici ha fortemente condizionato i modelli di business su cui si fonda la comunicazione commerciale, favorendo lo sviluppo di tecniche di *marketing* particolarmente invasive capaci di incidere negativamente sui consumatori, in particolare su quelli che, per ragioni varie, si trovano in condizioni di vulnerabilità più o meno accentuata¹, i quali se, da un lato, si vedono ampliate le possibilità di accesso ai diversi beni, servizi e contenuti digitali, dall'altro lato, si trovano maggiormente esposti ai relativi rischi². Tali tecniche, unitamente alle generali strategie persuasive correlate al *design* dei prodotti e dei servizi digitali, sono orientate ad attirare in misura crescente l'attenzione dell'utente, fino ad indurlo a comportamenti

¹ Le cause che possono dare luogo a situazioni di vulnerabilità sono varie: la minore età, l'età avanzata, lo stato di salute, il retroterra socio-economico. Lo sviluppo delle tecnologie, se non accompagnato da una progettazione inclusiva che agevoli l'accesso ai servizi digitali, garantendone al contempo la sicurezza, rischia di accentuare la condizione di debolezza in cui versano tali soggetti, determinando discriminazioni o emarginazioni o comunque di esacerbare le disuguaglianze già esistenti.

² Osserva Aurelio Gentili come le situazioni di fragilità umana possano avere un'origine naturale (la minore età, la malattia, la disabilità, l'anzianità, ecc.) oppure sociale (la povertà, la condizione di rifugiati o di immigrati, l'appartenenza a culture e a confessioni religiose minoritarie, ecc.), quando hanno "origine naturale non si trasformerebbero in vulnerabilità sociale se il dato naturale, che in sé stesso potrebbe anche non essere un attentato al benessere, non divenisse socialmente occasione per non poter tenere il passo degli altri, o peggio per esserne feriti, discriminati, emarginati. Se la natura è l'origine del rischio è la società l'autrice del danno" (A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 42)

abituale, se non compulsivo; sono essenzialmente finalizzate a condizionare le scelte economiche di quest'ultimo, soddisfacendo bisogni contingenti e immediati, ma possono altresì comportare una forte compressione della sua libertà di autodeterminazione, in grado di estendersi ben oltre la sfera economica e che né lo strumento del consenso, né la trasparenza formale del trattamento dei dati sono in grado di escludere. La significativa evoluzione del mercato dei servizi digitali e in particolare di quelli media audiovisivi (dovuta quest'ultima alla convergenza tra la televisione e i servizi internet) ha determinato una maggiore esposizione degli utenti alle nuove forme di comunicazione commerciale, ulteriormente aggravata a seguito della crisi pandemica da Covid -19. Di qui l'esigenza di un intervento regolatorio a livello europeo in grado di delineare un nuovo quadro giuridico uniforme per le piattaforme *on line*, con l'obiettivo di approntare una più efficace tutela alle persone e alla loro dignità nella rete. Tale prospettiva sembra essere stata accolta nell'ambito della nuova strategia europea per il digitale attraverso alcune importanti iniziative legislative, fra le quali si segnalano le due proposte di regolamento pubblicate dalla Commissione europea nel 2020: il *Digital Services Act*, incentrato su una maggiore trasparenza e responsabilità delle piattaforme *on line* in merito ai contenuti che ospitano e il *Digital Markets Act* (DMA), che regola i cosiddetti *gatekeepers*, ovvero le piattaforme con almeno 45 milioni di utenti attivi mensili; nonché la Direttiva (UE) 2018/1808 sui servizi di media audiovisivi (AVSMD) che ha esteso la regolamentazione originariamente applicabile ai soli servizi lineari (trasmissioni televisive regolari) ai servizi non lineari (incluso i servizi di media audiovisivi a richiesta), la quale è stata in Italia attuata con il d.lgs 8 novembre 2021, n. 208.

Nell'ambito di tali provvedimenti si coglie in effetti una maggiore consapevolezza da parte del legislatore europeo delle potenzialità lesive delle strategie di *design* persuasivo, correlate allo sviluppo delle nuove tecnologie e che rendono più facilmente attuabili pratiche commerciali capaci di ledere l'autodeterminazione dei consumatori, in particolare di quelli più vulnerabili.

2. Pubblicità mirata e nuove strategie di comunicazione commerciale. *L'influencer marketing*

La pubblicità mirata svolge un importante ruolo nello sviluppo dell'economia digitale. Si rivela una principale fonte di profitto per le imprese che operano *on line* e allo stesso tempo facilita i consumatori, che vedono ridotto il tempo dedicato alla ricerca dei prodotti o dei servizi rispondenti alle proprie preferenze e standard³. Grazie infatti al meccanismo della profilazione⁴ e al costante sviluppo degli algoritmi analitici e predittivi è possibile realizzare profili sempre più accurati degli utenti/consumatori verso i quali indirizzare messaggi pubblicitari con contenuti personalizzati, la cui efficacia persuasiva aumenta quando sono veicolati attraverso i social media e in generale i dispositivi mobili e interattivi.

La pubblicità personalizzata presuppone, tuttavia, una raccolta massiccia di dati personali, il tracciamento *online* e un costante monitoraggio, che può portare ad una sorveglianza da parte di attori privati e pubblici. Molti dei dati sono inoltre dedotti da calcoli deterministici e probabilistici e da tecniche sempre più sofisticate, capaci, per esempio, di dedurre dalle espressioni facciali, o dalle voci, gli stati emotivi degli utenti e anticiparne i comportamenti. Peraltro, caratteristiche precipue delle tecniche di profilazione sono l'opacità e la complessità che rendono sempre più difficile per gli individui comprendere come i loro dati saranno trattati e in che misura tali strumenti possano incidere sulla loro vita privata e in generale sulla società⁵.

³ A. NICITA, *L'economia del dato tra mercato e privacy*, in *Riv. politica econ.*, 2020, p. 157.

⁴ Per «profilazione» si intende «una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (definizione contenuta nel Considerando 71 del Regolamento (UE) 2016/679).

⁵ G. SARTOR, F. LAGIOIA, F. GALLI, *Regulating targeted and behavioural advertising in digital services*

How to ensure users' informed consent, Studio richiesto dalla Commissione giuridica (JURI) del Parlamento europeo, Settembre 2021, p. 10

Diversi studi mostrano come in generale l'attività di profilazione possa segregare le persone in specifiche categorie⁶, riducendo la loro libertà di pensiero e di scelta, agevolare la manipolazione e dare luogo a varie forme di discriminazione⁷. Si pensi, per esempio, al rischio al quale è esposto il consumatore di subire una "discriminazione di prezzo"⁸ - che si ottiene praticando un prezzo diverso a ciascun consumatore in base alla "disponibilità a pagare" di ciascun utente inferita dalla estrapolazione dei suoi stessi dati personali - oppure al rischio, in generale per l'utente profilato, di rimanere chiuso in una "gabbia costruita da altri"⁹, anche definita "bolla"¹⁰, in quanto destinatario di messaggi pubblicitari esclusivamente conformi ai gusti e agli interessi presuntivamente ricavati durante l'attività *on line*. Inoltre la capacità di prevedere i comportamenti degli individui, grazie ai sistemi di intelligenza artificiale, consente alle imprese di influenzare (fino a manipolare) gli stessi mediante annunci e messaggi appropriati.

Le condizioni e i vincoli richiesti dal Regolamento (UE) 2016/679 (noto come GDPR) per l'acquisizione del consenso al trattamento dei dati personali, quale base giuridica per il trattamento legittimo dei dati, pur significativi¹¹, ri-

⁶ E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1209

⁷ A. JABLONOWSKA, MACIEJ KUZIEWSKI, A.M., NOWAK, H.W. MICKLITZ, P. PAŁKA, G. SARTOR, *Consumer law and artificial intelligence Challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence*, EUI Working Paper LAW 2018/11, p. 48.

⁸ R. MONTINARO, *Il consumatore nei mercati online: la disciplina del commercio elettronico e delle pratiche commerciali scorrette alla prova dell'evoluzione tecnologica*, in A. CATTRICALÀ, M.P. PIGNALOSA (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, p. 106

⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza & Figli, Roma-Bari, 2012, p. 304

¹⁰ M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media Laws*, 2019, p. 1 ss.

¹¹ Al riguardo si consideri l'importante disposizione del GDPR sul consenso dei minori al trattamento dei dati personali (art. 8 GDPR) come recepita nell'ambito della legislazione domestica sulla privacy (art. 2-*quinquies* Codice della privacy, come modificato dal d.lgs 2018 n. 101) che nel fissare nei 14 anni l'età minima per accedere all'offerta dei servizi della società dell'informazione diretta ai minori, circonda di cautele il rilascio di detto consenso. Il legislatore in particolare impone al titolare del trattamento specifici obblighi di trasparenza: per rivolgersi direttamente al minore occorre utilizzare un linguaggio semplice, chiaro, facilmente comprensibile dal minore stesso. Inoltre, il GDPR chiarisce che tali regole sul consenso lasciano comunque impregiudicate le disposizioni generali dei paesi membri in relazione alla validità, formazione o efficacia dei contratti stipulati dai minori. Sul tema vedi C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust.*

sultano inidonei a prevenire gli effetti persuasivi di tale trattamento, nonché a garantire la piena e libera autodeterminazione dell'utente¹²; di fatto quest'ultimo è indotto ad acconsentire a qualsiasi tipo di trattamento per accedere al servizio digitale offerto¹³. Il consumatore che opera nel mercato digitale diventa inevitabilmente preda di strategie commerciali particolarmente insidiose che accentuano la sua condizione di debolezza e che hanno reso necessaria l'adozione di regole più incisive e in ogni caso aggiornate all'utilizzo degli strumenti digitali¹⁴. Quando poi tali pratiche sono rivolte ai consumatori minorenni, i cui dati sono ricavati attraverso sempre più innovative modalità di analisi, il rischio che si corre è che si finisca, per un'eterogenesi dei fini, per ridurre fortemente quella stessa libertà di autodeterminazione che il nostro ordinamento ha, proprio nell'ambiente digitale, inteso riconoscerli nella misura in cui, raggiunta la soglia dei 14 anni, ne consente, in autonomia, l'accesso ai servizi digitali. Resta inoltre un problema ancora aperto quello relativo all'accertamento dell'età anagrafica. Le piattaforme digitali, ancorché prevedano il limite di età, di fatto non svolgono alcuna verifica, affidandosi alla mera dichiarazione dell'utente, consentendo di fatto l'accesso anche ai minori ap-

civ., 2019, p. 617 ss.; A. ASTONE, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 614; A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Le Nuovi leggi civ. comm.*, 2017, p. 429 ss.; F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. dell'inf.*, 2018, p. 27 ss

¹² Sulla insufficienza del modello di tutela basato soltanto sul consenso Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 82; A.M. GAMBINO, *Big data e fairness. Il ruolo delle authorities*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 298; D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 12; I. A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *Dir. merc. tecn.*, 25 gennaio 2017, , spec. pp. 13-14 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in *ID.*, (diretto da), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 3 ss

¹³ L. BOZZI, *I dati del minore fra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa dir.priv.*, 2020, p. 251 ss. (in Banca dati de jure, p. 11)

¹⁴ Si segnalano in particolare la Direttiva 2019/771/UE relativa ai contratti di vendita di beni; la Direttiva 2019/770/UE sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, la Direttiva 2019/2161/UE per una migliore applicazione e modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

partenenti a fasce di età molto basse e pertanto ancor più facilmente influenzabili e comunque non provvisti di quella maturità cognitiva adeguata a riconoscere i processi della pubblicità comportamentale.

Dal gioco interattivo alla visualizzazione di un video o dal semplice uso di *smart toys* o di altri dispositivi IoT (*Internet of Things*), le aziende sono in grado di inferire informazioni, anche sensibili, preziosissime che non si limitano alle sole caratteristiche dell'utente, come la sua posizione geografica, i suoi dati demografici (età, sesso, ecc.), i suoi interessi, abitudini e preferenze, ma includono anche le sue condizioni di salute, le sue abilità cognitive, i suoi stati d'animo, le sue vulnerabilità. La pubblicità mirata, del resto, si rivela particolarmente efficace quando è rivolta ai soggetti minori di età, sempre più incoraggiati ad esplorare e a sperimentare la loro identità nell'ecosistema digitale¹⁵ e che rappresentano un *target group* privilegiato per le aziende che operano nel settore del *marketing*, a causa sia della loro generica capacità di "persuadere" i genitori all'acquisto dei prodotti pubblicizzati, sia della loro stessa capacità di compiere autonomamente scelte di natura economica¹⁶.

Si è inoltre osservato come l'efficacia persuasiva aumenti considerevolmente quando si ricorre a tecniche particolari e molto diffuse quali l'*influencer marketing* o la pubblicità c.d. gamificata¹⁷.

¹⁵ D. LUPTON, B. WILLIAMSON, *The Datafied Child: The Dataveillance of Children and Implications For Their Rights*, in *New Media and Society*, Vol 19, Issue 5, 2017, pp. 780 ss.

¹⁶ Come è dato evincersi dallo stesso codice del Consumo, il soggetto infra-diciottenne è ammesso a compiere in autonomia scelte di natura economica (sia pure nei limiti dei cd. atti minuti della vita quotidiana o comunque degli atti strumentali all'esplicazione della sua personalità) ricevendo al riguardo una protezione rafforzata rispetto al "consumatore medio" L'art. 26 c.cons., infatti, nel qualificare come scorrette le pratiche commerciali «che includono nei messaggi pubblicitari un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri soggetti ad acquistare i prodotti reclamizzati» riconosce che parte del rapporto di consumo possa essere anche un soggetto minorenni. Si è peraltro evidenziato in dottrina come al cospetto di una "complessa fenomenologia di rapporti di consumo che vedono come parte un soggetto non ancora maggiorenne" in un sistema sempre più orientato a favorire l'autodeterminazione dei soggetti minori di età, l'istituto della incapacità legale di agire risulti incoerente e comunque non idoneo a fornire a questi ultimi adeguata protezione. Cfr. In tal senso R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 31 ss..

¹⁷ Forma particolare di pubblicità che grazie al sistema premiale (punti, livelli da raggiungere, ricompense) è in grado di orientare ancora più facilmente il comportamento degli utenti.

In particolare l'attività di *influencer marketing* non è al momento stata fatta oggetto di regolamentazione specifica, rientrando nell'ambito della disciplina relativa alla pubblicità e in generale della normativa a tutela del consumatore, né gli effetti negativi sui minori di età appaiono sufficientemente approfonditi. Dai più recenti studi emerge tuttavia che i minori consumatori sono più facilmente influenzabili rispetto ai consumatori più anziani, in ragione sia del maggior tempo che trascorrono nell'attività *on line*, sia del loro basso grado di alfabetizzazione pubblicitaria, che non consente loro di identificare criticamente i messaggi persuasivi commerciali. Si è inoltre osservato come l'efficacia persuasiva di tale strategia di *marketing* aumenti quando attuata dai cd. *micro influencer*, quelle figure cioè presenti sulle più comuni piattaforme social, che mirano a condividere con i loro *followers* passioni e interessi, ma che, rispetto ai *macro influencer*, si rivolgono ad una comunità di utenti più ridotta e maggiormente fidelizzata, con la quale instaurano un legame di fiducia attraverso un fitto scambio di messaggi ed esperienze personali. Grazie alla loro maggiore vicinanza alle persone comuni i *micro influencer* sono percepiti come più autentici e affidabili e quindi dotati di un maggiore potere persuasivo¹⁸; possono esercitare in modo virtuoso tale influenza, per esempio fornendo informazioni utili sulla salute o dispensando consigli su abitudini e stili di vita salutari. Tuttavia, proprio le caratteristiche specifiche dell'*influencer marketing* possono accentuare i rischi che in generale la comunicazione commerciale comporta nei confronti dei consumatori, specialmente quelli più vulnerabili, meno in grado di decifrare l'ingannevolezza dei messaggi o semplicemente la natura commerciale della comunicazione. I reclami più ricorrenti ricevuti dalle diverse autorità nazionali per la concorrenza¹⁹ riguardano infatti la mancanza di trasparenza in

¹⁸Si osserva come del resto il consumatore sia tradizionalmente più propenso a prestare maggiore attenzione e credibilità alle opinioni degli altri consumatori piuttosto che alla pubblicità tradizionale. Cfr. J. CIANI, M. TANELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria della comunicazione alla prova del digital: native advertising tra obbligo di disclosure e difficoltà di controllo*, in *Informatica e diritto*, 2017, p. 490.

¹⁹ F. MICHAELSEN, L. COLLINI (lead authors), *The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market*, Studio richiesto dalla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO), febbraio 2022, p. 53 ss., consultabile sul sito [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf)

merito alla relazione contrattuale fra *influencer* e marchio promosso e alla natura pubblicitaria della comunicazione, che rischia di essere percepita come semplice suggerimento personale dell'*influencer*, nell'esercizio della sua libertà di espressione. Tale confusione può portare a ravvisare una pratica commerciale scorretta²⁰. La difficoltà di distinguere fra contenuto editoriale e contenuto pubblicitario aumenta oltremodo quando gli *influencer* stessi sono minori di età (cd. *baby influencer*), percepiti dal pubblico dei bambini come ancora più "sinceri", "amici" o comunque modelli da seguire. L'impatto della pressione commerciale attraverso l'influenza dei pari è inevitabilmente più forte: oltre che influenzare nell'immediato il processo decisionale commerciale dello spettatore minore, può determinare attitudini e stili di vita materialisti, orientati al consumo e in generale incidere sulla sua libertà di pensiero²¹. Il coinvolgimento di minori nell'attività di *influencer marketing* solleva, inoltre, questioni di altra natura, legate in particolare al tema dello sfruttamento dell'immagine e del lavoro minorile. Se da un lato si ritiene che il lavoro dell'*influencer* sia espressione del diritto (da riconoscere anche al minore) di partecipare al mondo digitale in modo creativo, tecnico e sociale e di sviluppare le proprie abilità, dall'altro lato, non sembra siano state sufficientemente approfondite né la questione relativa allo sfruttamento commerciale del *baby influencer*, né quella relativa alla adeguatezza delle sue condizioni di lavoro²².

²⁰ Ai sensi dell'art. 22, comma 2, del Codice del Consumo una pratica commerciale è considerata un'omissione ingannevole "quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto (...)".

²¹ S. VAN DER HOF, V. VERDOODT, M. LEISER, *Child Labour and Online Protection in a World of Influencers*, 2019, disponibile su: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3458379>

²² Si segnala al riguardo la soluzione seguita dalla Francia che ha di recente introdotto una legge (*Loi n. 2020-1266 du 19 octobre 2020*) che regola lo sfruttamento commerciale dell'immagine dei minori sotto i sedici anni sulle piattaforme on line. La norma in particolare inquadra l'attività dei *baby influencer* nell'ambito della disciplina relativa al rapporto di lavoro, attribuendole la medesima protezione prevista a favore dei minori per l'attività svolta nell'ambito dello spettacolo, della moda e della pubblicità. In particolare si segnala l'obbligo. In particolare si segnala l'obbligo per i genitori di ottenere una preventiva autorizzazione da parte dell'autorità amministrativa nonché quello di depositare una parte del reddito percepito dal figlio presso la Cassa depositi e prestiti, che

3. La profilazione dei minori ai fini di marketing nel Regolamento (UE) 2016/679

Nel Regolamento (UE) 2016/679 non è previsto un divieto assoluto di profilare i minori ai fini commerciali, come riconosciuto anche nelle Linee guida del Gruppo di Lavoro “Articolo 29” (oggi sostituito dall’*European Data Protection Board*). Benché dai considerando 38 e 71 del GDPR si evinca l’intenzione di escludere i minori dalla profilazione, in quanto possono essere “meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate, nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali” l’art. 22, che prevede una importante limitazione riguardo la profilazione in generale, nel consentire, in via eccezionale, le decisioni automatizzate e le profilazioni in determinati casi, non distingue tra soggetti adulti e soggetti minori, lasciando quindi intendere la liceità delle decisioni automatizzate e delle profilazioni “autorizzate”, se basate sul consenso dell’interessato. Il consenso che, ai sensi dell’art. 2-*quinqies* del Codice della *Privacy*²³ e art. 8 del GDPR, è legittimamente prestato, in autonomia, dal minore quattordicenne per accedere ai servizi della società dell’informazione, dovrebbe dunque autorizzare l’operatore, titolare del trattamento, ad utilizzare i relativi dati personali anche ai fini commerciali. Nelle medesime Linee guida si raccomanda tuttavia agli operatori, in generale, di astenersi dal profilare i minori per finalità di marketing, in quanto ritenuti particolarmente “vulnerabili nell’ambiente *online* e più facilmente influenzabili dalla pubblicità comportamentale” e, attraverso il richiamo all’art. 40 del Regolamento, si invitano gli Stati membri a recepire tali indicazioni nell’ambito dell’autoregolazione. Nella prospettiva del Regolamento dunque l’effettività della tutela dei minori nei confronti delle tecniche di marketing diretto, basate sulla profilazione, appare esclusivamente affidata all’adozione in concreto dei codici di condotta, nonché alla possibilità di sanzionare la violazione degli impegni volontariamente assunti²⁴.

potrà essere messa a disposizione del figlio una volta che quest’ultimo ha raggiunto la maggiore età (o si è emancipato)

²³ Come modificato dal D.Lgs. n. 101/2018

²⁴ F. DI PORTO, *La libertà di espressione del minore e il diritto all’accesso ai mezzi di comunicazione e alla riservatezza*, in nel volume a cura dell’Autorità Garante per

4. Il divieto della pubblicità mirata e comportamentale ai minori nella nuova strategia dell'UE per il mercato unico digitale

La finalità di tutelare le persone vulnerabili dalle nuove forme di comunicazione commerciale appare più chiaramente delineata nell'ambito della nuova strategia europea per il mercato unico digitale. Nella dichiarazione sui diritti e i principi che guideranno la trasformazione digitale nel prossimo decennio²⁵, proposta dalla Commissione europea lo scorso 26 gennaio, si fa esplicito riferimento alla necessità di tutelare la libertà di scelta *on line* delle persone, quando in particolare le stesse interagiscono con tecnologie nuove e in costante evoluzione come l'intelligenza artificiale. Nella Direttiva UE/2018/1808 sui servizi media audiovisivi²⁶ è previsto espressamente che "i dati personali dei minori raccolti o altrimenti generati dai fornitori di servizi di media a norma del paragrafo 1 non sono trattati a fini commerciali, quali *marketing* diretto, profilazione e pubblicità mirata sulla base dei comportamenti" rilevati. Tale previsione è stata quindi recepita nell'art. 36 del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, come modificato dal D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 208. Analogo divieto è altresì contenuto nell'ambito della proposta Regolamento sui servizi digitali (*Digital Services Act*)²⁷. La proposta di legge impone alle piattaforme *on line* una serie di obblighi di informazione per la pubblicità mirata e ulteriori obblighi di trasparenza per le piattaforme di dimensioni molto grandi. L'art. 24 ("Trasparenza della pubblicità *on line*"), oltre a prevedere, in generale, una maggiore trasparenza in merito all'uso dei dati degli utenti per le pubblicità mirate e op-

l'Infanzia e l'Adolescenza, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, p. 237.

²⁵ Vedi la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale", del 9.3.2021, COM(2021) 118 final.

²⁶ La Direttiva 2018/1808/UE modifica la direttiva 2010/13/UE estendendo le regole previste nell'ambito delle comunicazioni audiovisive tradizionali alle piattaforme *on demand* e di condivisione dei video, prevede in capo ai fornitori di media digitali l'obbligo di adottare misure idonee per tutelare i minori in relazione a programmi, video (generati dagli utenti) e comunicazioni commerciali che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale.

²⁷ Come emendata dal Parlamento europeo in sede di approvazione (in data 20 gennaio 2022).

zioni alternative (al rilascio del consenso per la pubblicità mirata) per accedere alla piattaforma, prevede espressamente il divieto di impiegare “tecniche di targeting o amplificazione che trattano, rivelano o inferiscono i dati personali dei minori” o delle persone vulnerabili “ai fini della visualizzazione della pubblicità”. Specificazione coerente con quanto espresso nel considerando 39 *bis* della proposta, in relazione al divieto rivolto ai prestatori di servizi intermediari di impiegare pratiche orientate a “ingannare o esortare i destinatari del servizio”, a “distorcere o limitare l'autonomia, il processo decisionale o la scelta dei destinatari del servizio” attraverso modelli occulti. Si evince la finalità del legislatore di garantire la libertà di autodeterminazione dell'utente e, sotto questo profilo, mancando ulteriori specificazioni, la normativa potrebbe avere una portata più ampia, risultando quindi più garantista, rispetto a quanto previsto nell'art. 5 della proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale, pubblicata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 (*Artificial Intelligence Act*), nella misura in cui le normative possano concorrere nell'applicazione concreta. In quest'ultima disposizione, infatti, nel disporre il divieto di usare sistemi di IA che utilizzano tecniche subliminali per distorcere il comportamento della persona (senza che la stessa ne sia consapevole) o che sfruttano “vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale”, si specifica che tali impieghi siano idonei a provocare un danno fisico o psicologico alla persona²⁸. Il divieto che verrebbe invece formulato nel *Digital Services Act*, sembrerebbe operare indipendentemente sia dalla consapevolezza che ne abbia l'utente (e quindi dal rilascio del consenso), sia dalla necessità che la pratica sia idonea a determinare un danno fisico o psicologico.

Si evidenzia inoltre come, sempre nell'ambito delle modifiche apportate in sede di approvazione della proposta da parte del Parlamento europeo, si menzioni espressamente il principio del “best interest of the child”²⁹, richiamando

²⁸ Sui limiti della portata della disposizione cfr. M.VEALE, F. Z. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 2021, p. 99.

²⁹ Il principio del superiore interesse del minore, da quando è stato proclamato nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo, ha assunto una portata generale come principio fondamentale ordinatore di tutto il diritto di famiglia, inteso ora come criterio per il giudice per decidere casi concreti e controversi, ora come criterio che deve guidare il legislatore nei suoi interventi generali che riguardano i minori di età.

il *General Comment* n. 25, del 2 marzo 2021, del Comitato Onu alla Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che, in particolare dispone e indica come i diritti dei minori, affermati nella Convenzione, debbano essere applicati nell'ambiente digitale. E' significativo, inoltre, come nell'ambito di tale documento, richiamato dal *Digital Services Act*, si faccia riferimento ai rischi che sorgono in relazione alle nuove forme di pubblicità commerciale e alle strategie di *design* persuasivo. Si legge, in particolare, come gli Stati parte dovrebbero garantire che le imprese non si rivolgano ai minorenni "utilizzando tecniche progettate per dare priorità agli interessi commerciali rispetto a quelli del minore". Monito che troviamo in senso analogo espresso anche nel considerando 57 e quindi, in termini prescrittivi, nell'art. 26 della proposta di *Digital Services Act*, laddove si richiede alle piattaforme di dimensioni molto grandi di compiere la valutazione d'impatto anche dei rischi sistemici che riguardano "qualsiasi effetto negativo concreto e prevedibile sulla tutela della salute pubblica, comprese dipendenze comportamentali legate ad un uso eccessivo del servizio o altre gravi conseguenze negative per il benessere fisico, mentale, sociale e finanziario della persona". In effetti i prodotti e i servizi tecnologici appaiono progettati e programmati per attirare in modo crescente l'attenzione degli utenti, orientandoli verso comportamenti che possono incidere significativamente sul loro stato di salute, fisico e mentale³⁰. La "dipendenza da Internet"³¹ è ormai scientificamente ricono-

(L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, passim). Il principio travalica l'area del diritto di famiglia interessando la regolamentazione di altri specifici settori, quali appunto quelli relativi ai servizi digitali; indice dunque di un'acquisita consapevolezza dell'impatto che le nuove tecnologie hanno sui minori di età, sul loro benessere fisico e psichico, di cui le aziende del settore tecnologico devono necessariamente tenere conto fin dalla progettazione dei relativi prodotti e servizi digitali.

³⁰Peraltro, la pandemia da Covid-19, avendo prolungato il tempo di esposizione dei bambini e degli adolescenti agli schermi, ha acuito tali fenomeni, ma, allo stesso tempo, ha maggiormente sensibilizzato la comunità scientifica nell'approfondire l'impatto delle tecnologie sul benessere dei soggetti minori di età e nel diffonderne i relativi risultati.

³¹Termine coniato dal medico Ivan Golberg nel 1995, che propose di introdurre la sindrome "*Internet Addiction Disorder*" (IAD) nel Manuale diagnostico e statico dei disturbi mentali DSM, per la forte analogia dei segni e sintomi al gioco d'azzardo patologico.

sciuta e definita come una patologia, un disturbo ossessivo/compulsivo, che spinge una persona ad un uso eccessivo dello strumento tecnologico e comprende una grande varietà di comportamenti e problemi di controllo degli impulsi³². Nondimeno, occorre evidenziare come il modello di analisi del rischio accolto nel *Digital Services Act* appare più aperto ed evoluto rispetto a quello accolto nel GDPR³³, in quanto in grado di prendere in considerazione sia le implicazioni negative (effettive e) “prevedibili” (che potrebbero verificarsi – ma anche non verificarsi - nel medio lungo periodo), sia le conseguenze etico-sociali (di natura quindi collettiva e non solo individuale) riconducibili all’uso di certe nuove tecnologie, anche a prescindere dal fatto che queste conseguenze producano un pregiudizio dei diritti e delle libertà fondamentali³⁴. Al fine di dare effettività a tale previsione, inoltre, il legislatore si appresta a sottolineare l’importanza del ricorso, nella valutazione dei rischi sistemici, ad adeguate forme di partecipazione dei soggetti destinatari dei servizi³⁵.

³²Alle forme più gravi di dipendenza, quale la sindrome di *Hikikomori* (che porta i giovani ad isolarsi e ad abbandonare gli studi e la frequentazione di amici), si affiancano una serie di stati emotivi (es. la c.d. “Fear of missing out” (FoMO), con cui si indica la preoccupazione ossessiva di perdere un evento postato on line, o comunque di essere “essere tagliati fuori” dalle esperienze vissute dagli amici; la “no mobile phone fobia”, ossia la paura di rimanere senza il proprio cellulare da cui può derivare uno stato di ansia molto forte) che inducono l’utente a comportamenti compulsivi, quali il controllo ossessivo del proprio smartphone, che nel tempo possono dare luogo a dipendenza. Cfr. M. D. GRIFFITHS, D. J. KUSS, *Adolescent social media addiction (revisited)*, in *Education and Health*, 2017, Vol. 35, n. 3, p. 49.

³³Sui limiti del modello individualistico adottato nel GDPR si vedano le considerazioni di A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg UE 2016/679*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2017, p. 164

³⁴Vedi il punto c) dell’art. 26 della proposta di *Digital Services Act* che in particolare impone alle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi di tenere conto nella valutazione dei rischi sistemici di “qualsiasi malfunzionamento o manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante un uso non autentico o uno sfruttamento automatizzato del servizio o rischi inerenti al funzionamento previsto del servizio, compresa l’amplificazione di contenuti illegali, di contenuti che violano le relative condizioni generali o di qualsiasi altro contenuto con ripercussioni negative, effettive o prevedibili sulla tutela dei minori e di altri gruppi vulnerabili di destinatari del servizio, sui valori democratici, sulla libertà dei media, sulla libertà di espressione e sul dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica”.

³⁵L’art. 26, 2 bis, come emendato recita: “Nello svolgimento delle valutazioni dei rischi, le piattaforme online di dimensioni molto grandi consultano, ove del caso, i rappresentanti dei destinatari del servizio, i rappresentanti di gruppi potenzialmente interessati dai

Nella nuova prospettiva accolta dal legislatore europeo sembra dunque abbandonata l'ideologia del web come spazio di libertà³⁶. Si è acquisita la consapevolezza del fondamentale ruolo svolto dalle piattaforme digitali nel rendere lo spazio *on line* un luogo sostenibile nel quale siano minimizzati i rischi che impattano sulle persone più vulnerabili. Su di esse dovranno allora ricadere chiari e specifici obblighi per conformare la tecnica, per controllare dall'interno, *by design*, le architetture della rete³⁷, attraverso opportune misure tecniche di controllo e di sicurezza in grado di prevenire pratiche commerciali capaci di incidere fortemente sullo sviluppo dei soggetti minori di età, interpretato nel suo senso più ampio e olistico, comprensivo dello sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale, psicologico e sociale del minore³⁸. Il meccanismo della auto-regolamentazione, pur indispensabile, non risulta di per sé sufficiente a rispondere alle nuove esigenze di tutela, che richiedono regole chiare, uniformi e un sistema di sanzioni efficaci e vincolanti, per la cui attuazione sarà poi certamente necessaria anche l'auto-regolazione³⁹, oltre che un maggiore intervento delle autorità competenti.

In questa direzione si tenga inoltre conto, sul piano nazionale, della importante iniziativa promossa recentissimamente dal Ministero della giustizia: l'istituzione del "Tavolo tecnico sulla tutela dei diritti dei minori nel contesto di social network, servizi e prodotti digitali in rete", al quale partecipano

loro servizi, gli esperti indipendenti e le organizzazioni della società civile. Il loro coinvolgimento è adattato ai rischi sistemici specifici che la piattaforma online di dimensioni molto grandi intende valutare".

³⁶ A. GENTILI, *Introduzione*, in A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, p.5

³⁷ E. MAESTRI, *L'identità perduta. Internet of things, smart devices e privacy dei minori sul web*, in A. ANNONI, A. THIENE (a cura di), *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, 2019, Napoli, p. 24

³⁸ Commento generale del Comitato ONU n. 12 sul diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato, pubblicato dal Comitato sui diritti dell'infanzia il 20 luglio 2009.

³⁹ Nella "New European strategy for a Better Internet for Kids", adottata dalla Commissione europea l'11 maggio 2022 è infatti prevista l'adozione di un codice di condotta europeo per rendere i servizi digitali adeguati sulla base dell'età dei fruitori, garantire la protezione, l'autonomia e il rispetto di tutti i minori online. Il codice dovrebbe, fra le altre cose, affrontare i problemi relativi alla verifica dell'età, alla raccolta dei dati personali e alla manipolazione commerciale dei minori.

l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, il Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Una sinergia importante fra le diverse istituzioni nazionali nell'ottica di individuare soluzioni normative e tecniche concrete, maggiormente in grado di apprestare tutela alle persone vulnerabili nel contesto digitale, attraverso anche il coinvolgimento diretto delle principali piattaforme *on line*. Fra le questioni che verrebbero affrontate dal gruppo di lavoro si segnala quella relativa all'accertamento dell'età anagrafica e pertanto della regolamentazione dell'accesso ai social per i minori di 13 anni, nonché quella relativa allo sfruttamento dell'immagine dei minori, con particolare riguardo al problema della tutela dei *baby-influencer*, avendo riguardo proprio al modello adottato dal sistema francese.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016 **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di Dario Farace
- 2017 **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018 **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019 **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE.**
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

