

***LIBER AMICORUM***  
**PER**  
**PASQUALE COSTANZO**

**ANNA PAPA**

**LA PROBLEMÁTICA TUTELA DEL DIRITTO  
ALL'AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA NELLA  
*BIG DATA SOCIETY***

**17 APRILE 2020**



**Anna Papa**  
**La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa  
nella *big data society***

SOMMARIO: 1. Introduzione: circolazione dei dati, dignità della persona e diritto alla “autodeterminazione informativa”. – 2. Il profilo “attivo” del diritto all'autodeterminazione informativa. – 3. Il profilo “passivo” dell'autodeterminazione informativa. – 4. Tutela della autodeterminazione informativa e profilazione degli utenti. – 5. Quali prospettive della garanzia di autodeterminazione informativa degli utenti del *web*.

*1. Introduzione: circolazione dei dati, dignità della persona e diritto alla “autodeterminazione informativa”*

L'affermarsi delle tecnologie digitali ha, come è noto, intensificato in modo esponenziale la formazione, la circolazione e l'aggregazione di dati e informazioni che, aspetto questo di particolare rilievo, sono oggi nella maggior parte dei casi il risultato dell'interazione tra gli utenti del *web* e della profilazione, che dalla stessa scaturisce, e danno la misura di quanto sia incessante la creazione e lo scambio di informazioni nella *Internet society* e di come, accanto ad una realtà fisica, si sia ormai formata una realtà digitale, in costante evoluzione e diversificazione<sup>1</sup>.

Il ruolo centrale degli utenti nelle dinamiche della Rete è ormai da tempo analizzato dagli studiosi del diritto, per la parte che qui rileva, costituzionale, essendo ormai condivisa l'attenzione e l'esigenza di ricondurre tali processi nell'alveo dei principi costituzionali ed in particolare del rispetto dei diritti individuali coinvolti in questi processi.

La partecipazione del singolo a questo incessante flusso, da un lato quale fornitore – spesso non pienamente consapevole – di dati e dall'altro quale destinatario di informazioni, sovente non richieste, porta infatti in rilievo l'esigenza di definire forme di tutela non soltanto della sua *privacy* digitale ma anche del suo diritto ad essere informato, ricavabile dall'art. 21 Cost., che nella loro combinazione costituiscono la dimensione positiva e negativa di quello che può essere definito il “diritto alla autodeterminazione informativa”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. L. FLORIDI, *The Online Manifesto*, Springer Open, 2015, il quale sottolinea che “The deployment of ICTs and their uptake by society affect radically the human condition, insofar as it modifies our relationships to ourselves, to others, and to the world. This digital transition shakes established reference frameworks, which impact the public space, politics itself, and societal expectations toward policy making”. Da qui l'esigenza di superare la distinzione tra realtà fisica e virtuale per concentrarsi sulle molteplici prospettazioni della persona che l'interazione tra spazio fisico e spazio virtuale produce.

<sup>2</sup> Come è noto, il tema del diritto alla autodeterminazione si presenta alquanto complesso e per molti aspetti “divisivo”, sia in dottrina che in giurisprudenza, atteso l'indubbio legame che, in qualsiasi regime politico, unisce l'individuo alla società nel quale egli realizza la propria personalità. In questa sede, essendo necessario delimitare il tema, il riferimento è esclusivamente al concetto di autodeterminazione che la Corte costituzionale ha elaborato proprio in materia di *privacy*, nello specifico con riferimento al consenso informato laddove ha affermato che “la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello alla autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione”. Cfr. [Corte costituzionale, sent. n. 438/2008](#). Con la [sent. n. 253/2009](#) la Corte ha poi ribadito il proprio orientamento. Per una ricostruzione delle problematiche che attengono al tema dell'autodeterminazione in senso ampio, cfr., tra gli altri, L. ANTONINI, *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in AA.VV., *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Torino, 2012.

## 2. Il profilo “attivo” del diritto all’autodeterminazione informativa

Il diritto di ricevere informazioni corrette e plurali può essere ascrivito in modo diretto al riconoscimento, prodottosi nel tempo da parte della giurisprudenza costituzionale, dell’esistenza di una specifica situazione giuridica soggettiva, ricavabile dall’art. 21 Cost., che si sostanzia nel “diritto ad essere informati”. Come appare evidente, fonte di questo diritto non è la disposizione costituzionale di tutela della manifestazione del pensiero, *lato sensu* intesa, dal momento che quest’ultima non appare suscettibile di produrre alcuna pretesa in chi legge o ascolta tale esternazione, stante la sua natura squisitamente individuale. A dare fondamento a questo diritto è l’altra situazione giuridica soggettiva tutelata dall’art. 21 Cost., ossia il *diritto di informare*; infatti, pur non essendo configurabile un obbligo di informare, è altrettanto vero – come più volte ricordato dalla Corte costituzionale – che qualora un individuo, in particolar modo un giornalista, decida di farlo in modo professionale debba impegnarsi a produrre una informazione corretta ed imparziale, mentre è compito dell’ordinamento giuridico garantire che la stessa sia anche “plurale”<sup>3</sup>. Da qui la riconducibilità nella generale accezione di libertà di informazione di due distinte situazioni giuridiche soggettive, una finalizzata ad informare e l’altra ad informarsi<sup>4</sup>.

Il riconoscimento di questa duplicità assume un rilievo fondamentale ai fini dell’identificazione dell’essenza stessa dell’art. 21 Cost. e del valore, in relazione all’evoluzione in senso democratico della società, di questo disposto costituzionale, definito dalla Corte costituzionale sin dalle prime sentenze la “pietra angolare dell’ordine democratico”<sup>5</sup> al punto da essere considerato, nella sua poliedricità, coesistente alla forma democratica fissata dalla Carta Costituzionale, sulla base della convinzione che “[...] i principi fondanti del nostro Stato esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> La bibliografia sul tema della libertà di espressione è quanto mai ampia; cfr., tra gli altri, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. PALADIN, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985; C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992; AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, 1992; R. ZACCARIA - L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. XII, Padova, 1992; L. CARLASSARRE, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; A. PACE - F. PETRANGELI, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2002; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d’espressione. Media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna, 2004; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005; A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - A. RUGGERI - A. SAITTA - G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. PACE - M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014; M. BIANCA - A. GAMBINO - R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016.

<sup>4</sup> Cfr., tra le altre, le [sentenze della Corte costituzionale n. 112/93](#) e, in precedenza, [nn. 122/70](#); [105/72](#); [1/81](#); [194/87](#). La Corte correla quindi in modo stringente la possibilità per il cittadino di informarsi e la partecipazione “consapevole” alla formazione della volontà generale. Appare infatti evidente che la Corte voglia sottolineare l’esigenza di offrire all’elettore la possibilità che egli possa formarsi una opinione prima del voto, se vuole, fermo restando che la partecipazione del cittadino alla formazione della volontà popolare mediante il voto è, in un sistema istituzionale basato sul suffragio universale, un diritto assoluto, non limitabile sul piano generale, con la conseguenza che chiunque può votare senza prima formarsi una opinione e senza doverne dare giuridicamente conto ad alcuno.

<sup>5</sup> Il riferimento è alla nota [sentenza della Corte cost. n. 84/1969](#). Sulla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sull’art. 21 Cost. si consenta il rinvio a A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit.

<sup>6</sup> Nella [sentenza n. 112/1993](#), la Corte costituzionale ha sottolineato come “il ‘diritto all’informazione’ va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la

Le due situazioni giuridiche soggettive (informare, essere informati) non costituiscono tuttavia situazioni giuridiche perfettamente speculari. In altri termini, il diritto di informare rappresenta una situazione giuridica autonoma e distinta dal diritto ad essere informati e la sua singola realizzazione non è direttamente correlata e soprattutto non vincolata alle esigenze della seconda. Tuttavia, una volta attivata, essa trova nelle garanzie del diritto ad essere informati il proprio limite.

Con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale di quest'ultima situazione giuridica soggettiva la Corte costituzionale, in una prima fase, si è limitata, come è noto, a stabilire l'indubbia sussistenza di una tutela implicita e soprattutto indiretta, *ex art. 21 Cost.*, non tanto di un diritto bensì di un "interesse generale della collettività all'informazione"<sup>7</sup>, come tale necessitante di pluralità di fonti di informazioni, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee e l'esclusione di interventi dei pubblici poteri suscettibili di tradursi, anche indirettamente, e contro le intenzioni, in forme di pressione per indirizzare la stampa verso obiettivi predeterminati a preferenza di altri"<sup>8</sup>. In un momento successivo la Corte, inaugurando una giurisprudenza ormai consolidata che collega in modo stringente *democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica*, ha, invece, riconosciuto il diritto ad essere informati quale situazione giuridica soggettiva costituzionale inviolabile e ricavabile dagli artt. 2-21 Cost. e ne ha definito le garanzie democraticamente necessarie che, come ricordato *supra*, si sostanziano nella completezza, oggettività e pluralità dell'informazione ricevuta<sup>9</sup>.

Quanto appena ricostruito potrebbe, a prima lettura, presentare rilevanza solo nell'ambito, seppure fondamentale, della formazione dell'opinione pubblica e quindi dei rapporti tra governanti e governati. In realtà, ad una più attenta analisi, emerge chiaramente come la tutela del diritto ad una informazione corretta e plurale permei non solo i rapporti socio-politici ma tutti gli aspetti della vita degli individui<sup>10</sup>, assumendo quindi particolare rilevanza nell'ecosistema digitale dove l'informazione e la comunicazione tendono ad assumere una connotazione sempre più intersettoriale

---

*nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale"* (su tale decisione, P. COSTANZO, "Diritto all'informazione" e "diritto d'informazione" nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in P. BARILE e R. ZACCARIA (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994, 479 ss.)

<sup>7</sup> [Corte costituzionale, sent. n. 94/1977](#), Al riguardo si è altresì specificato come "non è dubitabile che sussista, e sia implicitamente tutelato dall'art. 21 Cost., un interesse generale della collettività all'informazione di tal che i grandi mezzi di diffusione del pensiero (nella più lata accezione, comprensiva delle notizie) sono a buon diritto suscettibili di essere considerati nel nostro ordinamento, come in genere nelle democrazie contemporanee, quali servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse".

<sup>8</sup> [Corte costituzionale, sent. n. 105/1972](#). Nello specifico, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni che, nel loro insieme, impedivano la libera diffusione e circolazione delle notizie e delle opinioni sia a mezzo della stampa periodica sia attraverso altri mezzi equipollenti, in quanto lesive non solo della libertà di manifestare il proprio pensiero ma anche e soprattutto "dell'interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione, il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee".

<sup>9</sup> Cfr. [Corte costituzionale, sent. n. 155 del 2002](#). In questa sentenza la Corte conclude affermando che la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica costituisce il metro di valutazione delle regole in materia di "comunicazione politica", quest'ultima intesa come momento di scambio e confronto su contenuti di interesse pubblico, prodotti dal sistema dei media, dal sistema politico e dal cittadino elettore. Il tema è stato ripreso anche nella [sentenza n. 69 del 2009](#), nella quale la Corte ha sottolineato che l'imparzialità e l'obiettività dell'informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e dagli orientamenti ideali, culturali e politici, attesa la difficoltà che le singole notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obiettivi.

<sup>10</sup> Un esempio significativo è dato dalla tutela della salute, come emerge in questi primi mesi del 2020 nel corso dei quali pressoché tutti i Paesi del mondo stanno dedicando particolare attenzione informando quotidianamente, con comunicazione istituzionale, sull'evoluzione dell'emergenza sanitaria Covid-19. Si sottolinea in particolare come sia stata inoltre istituita, in Italia, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19", che tuttavia, come è stato criticamente sottolineato, basa la propria azione sulla correlazione *web-fake*. Sul punto cfr. B. PONTI, *Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19*, in [la Costituzione.info](#), 7 aprile 2020.

e lo scambio dei dati e delle informazioni si presenta suscettibile di assolvere a diverse finalità e a soddisfare plurimi interessi.

### 3. Il profilo “passivo” dell’autodeterminazione informativa

Tra i diritti che rilevano nella *digital economy* un ruolo centrale è rivestito, come prima sottolineato, dalla tutela della *privacy* e della riservatezza dei dati personali. Benché distinte, queste due situazioni giuridiche soggettive sono fortemente correlate; anzi può dirsi che la tutela della riservatezza dei dati rappresenti un aspetto del più generale diritto alla *privacy*<sup>11</sup>, anche digitale, inteso come diritto di ciascun individuo ad autodeterminare la propria proiezione sociale, filtrando l’esteriorizzazione delle informazioni che lo riguardano<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Come è noto, la prima ricostruzione dottrinale della nozione di *privacy* si deve all’intuizione di due giuristi americani, Louis Brandeis e Samuel Warren, che nel 1890 definiscono la *privacy* come “*right to be let alone*”, traducibile come “diritto ad essere lasciati in pace”, individuando l’intimità della vita domestica dell’individuo quale bene giuridico necessitante di tutela ordinamentale. In tale accezione il termine *privacy* coincide in sostanza con la pretesa di ciascun soggetto a vedere impedita l’altrui curiosità, vietando le indiscrezioni e le pubblicità non volute, nonché la conoscenza e la divulgazione di vicende personali non autorizzate. Questa impostazione resta sostanzialmente immutata sino all’affermarsi di un nuovo modello di società che, sulla spinta di un forte cambiamento dovuto alle innovazioni tecnologiche, assiste a un incremento e ad una diffusione esponenziale dei mezzi di informazione e di comunicazione. Ciò impone una rimeditazione della tradizionale definizione di *privacy*, costringendo a un ampliamento delle ipotesi in cui essa è garantita attraverso la previsione di margini di protezione sempre più estesi, trasformandola da mero *ius excludendi alios* ad un vero e proprio diritto di controllo dei fatti e dei dati che lo riguardano. Non si ritiene più, in sostanza, che il diritto al riserbo sia circoscritto al solo potere di vietare qualsiasi circolazione di informazioni sul proprio conto, ma lo si estende anche al potere di vigilare su queste, avendo la possibilità, all’occorrenza, di verificare, rettificare e cancellarne i contenuti. Ne deriva che, all’interno degli ordinamenti di *common law* in cui per primi si sviluppa, la *privacy* si trasforma così rapidamente in un diritto complesso, tale da comprendere contenuti estremamente eterogenei: da un lato, il potere di regolare l’accesso alla propria sfera di intimità, consentendo o meno l’intromissione da parte di terzi in tale spazio personalissimo; dall’altro, il controllo sulle informazioni che riguardano la propria persona in tutte le sue espressioni e manifestazioni, siano esse fisiche, ideologiche, affettive, morali o patrimoniali. La nozione di *privacy* che si afferma descrive, quindi, una posizione multiforme e sfaccettata, una varietà di situazioni accomunate dal riconoscimento, in capo alla persona, del diritto di autodeterminarsi nella propria sfera personale, senza subire intromissioni dall’esterno, ma anche esercitando un controllo sulle informazioni che la riguardano. Su questi aspetti cfr. S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Diritto*, 1991; G. D’ACQUISTO, *Diritto all’oblio: tra tecnologia e diritto*, in F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all’oblio*, Torino, 2013; D. MESSINA, *Le prospettive del diritto all’oblio nella società dell’informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, 2009; si consenta altresì il rinvio a A. PAPA, *Il diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era digitale*, Torino, 2018.

<sup>12</sup> La nozione di riservatezza nell’esperienza italiana si è sviluppata a seconda delle precipe esigenze che di volta in volta richiedevano soddisfacimento e ha comportato una scomposizione della tradizionale nozione di *privacy* in diversi frammenti: il diritto alla riservatezza, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto all’identità personale, il diritto all’anonimato e il diritto all’oblio. Emblematico, al riguardo, si presenta l’art. 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto “Codice della Privacy”), nella sua formulazione originaria il quale si poneva come garanzia “che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell’interessato”, distinguendo tuttavia poi tra “riservatezza”, “identità personale” e “diritto alla protezione dei dati personali”. In questa prospettiva protezionistica della dimensione personale dell’individuo, impermeabile all’altrui curiosità e all’altrui interesse a conoscere, può dirsi che la prima rielaborazione italiana della nozione di *riservatezza* abbia coinciso sostanzialmente con la citata tradizionale espressione del *right to be let alone*, aiutando il soggetto a preservare uno spazio di tranquillità inattaccabile da parte di chiunque, in soddisfacimento di quel bisogno di isolamento spirituale che comprende la facoltà di non comunicare ad altri gli accadimenti che attengono alla propria persona. Invero, la funzione principale accordata a tale diritto è, più propriamente, quella di salvaguardare l’interesse del soggetto a che i fatti della sua esistenza non siano *arbitrariamente* esposti all’attenzione della collettività, ipotizzando il riconoscimento di una posizione giuridica generale, da riconoscersi in capo a ciascun individuo e tutelabile dall’ordinamento, che si sostanzia in un potere di impedimento all’intromissione non autorizzata nella propria sfera intima da parte di qualsivoglia soggetto. L’elaborazione del diritto alla riservatezza nasce, quindi, dalla necessità di dotare il cittadino di uno strumento di reazione a fronte dell’invasione di terzi nello spazio privato dell’individuo, così da garantire a chiunque una dimensione assolutamente personale e sottratta ad ingerenze esterne. In tale accezione, come è evidente, il diritto al riserbo viene a collocarsi in posizione sostanzialmente antinomica rispetto al diritto di cronaca e, più in generale, alla libertà di manifestazione del pensiero garantita dall’art. 21 Cost., andando a limitarlo nella sua assolutezza e nelle sue molteplici modalità di espressione. Su



Entrambe queste situazioni giuridiche soggettive, come è noto, non sono espressamente previste e tutelate dalla Costituzione italiana. Per quanto riguarda la tutela dei dati ciò può ascriversi al periodo storico in cui la Carta fu scritta, ancora lontano dall'avvento della digitalizzazione, mentre, con riferimento alla tutela della *privacy*, la mancata previsione può essere ricondotta a motivazioni diverse, come ad esempio il non manifestato interesse sociale per la sua tutela o la volontà dei Costituenti di non dare rilievo costituzionale a diritti, allora di incerta definizione, suscettibili di porsi come limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero.

L'assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale non ha tuttavia impedito che nel tempo a queste due situazioni giuridiche soggettive venisse riconosciuto valore costituzionale ed oggi, come è noto, è sostanzialmente incontrovertita l'individuazione della loro fonte negli artt. 2 e 3, comma 1, Cost. Ciò è tuttavia avvenuto seguendo un percorso distinto, di natura giurisprudenziale per quanto riguarda la *privacy*<sup>13</sup> e normativo, inizialmente di matrice euro-unitaria, con riferimento alla tutela della riservatezza dei dati.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sul cammino giurisprudenziale che ha portato in Italia al riconoscimento del diritto costituzionale alla *privacy*<sup>14</sup>, mentre appare invece importante

---

questi aspetti cfr., tra gli altri, P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in Internet e Privacy Enhancing Technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005 G.E. VIGEVANI, *Diritto dell'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform. (Il)*, 2016, n. 3; S. STAIANO, *Diritto alla riservatezza e potere pubblico*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2017, n. 12.

<sup>13</sup> La mancanza di un'esatta trasposizione in termini giuridici nell'ordinamento nazionale del concetto di *privacy* consente di trovare una possibile risposta al perché, per il legislatore e per il giurista italiano, approcciarsi a questo tema abbia rappresentato un'operazione tutt'altro che agevole. Sebbene, infatti, tale termine sia stato assorbito nel linguaggio comune oramai da tempo e nonostante sia intuitivamente chiaro il concetto che con questa espressione si intende evocare, essa tende a sollevare nell'interprete una serie di dubbi e difficoltà ermeneutiche nel momento in cui esso viene calato all'interno del sistema, per essere letto nella sua dimensione prettamente giuridica. Diverse le ragioni di tali problematiche. Innanzitutto, il *right to privacy* è un concetto che, come prima ricordato, viene elaborato in un contesto socio-culturale di riferimento molto diverso da quello italiano e in un sistema giuridicamente assai diverso, qual è quello di *common law*; inoltre, presenta una fluida mutevolezza che gli ha consentito di assumere significati sempre nuovi, in parallelo con gli sviluppi della società e, soprattutto, delle continue acquisizioni della tecnologia, fonte di interessi sempre diversi che abbisognano costantemente di nuovi profili di tutela. Appare allora evidente che la ragione principe di tutte le difficoltà incontrate dal giurista italiano nell'approcciare alla tematica della tutela della *privacy* risiede essenzialmente nel fatto che il riconoscimento legislativo di tale situazione giuridica, quand'anche già avvertita sul piano sociale, ha tardato a farsi spazio nel mondo del diritto ed è stata quasi interamente demandata all'elaborazione della giurisprudenza, senza mai poter godere di un'espressa e generale copertura normativa, né di una compiuta disciplina legislativa, se non in tempi recenti e limitatamente a determinati aspetti. D'altro canto, proprio alla luce di questo silenzio a lungo serbato dal legislatore, è possibile comprendere come mai dottrina e giurisprudenza maggioritarie si siano sempre dimostrate assai prudenti nel richiamarsi all'istituto della *privacy*, preferendo piuttosto frammentarlo e rimodularlo a seconda delle opportune esigenze, adattandolo di volta in volta all'esperienza giuridica italiana attraverso l'impiego di termini dal contenuto parzialmente coincidente. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, G. ALPA, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.

<sup>14</sup> Il riconoscimento di valore costituzionale alla *privacy*, seppure nei limiti descritti alla nota precedente si deve ad una articolata evoluzione giurisprudenziale, che ha visto protagonista soprattutto la Corte di cassazione. Già in una sentenza del 1963 (sent. n. 990/1963) la Suprema Corte aveva ritenuto meritevole di tutela il "diritto al riserbo" qualora fosse ravvisabile una violazione della libertà di autodeterminazione del singolo, realizzabile qualora vi sia divulgazione di "notizie della vita privata, le quali, per tale loro natura, debbono ritenersi riservate, a meno che non sussista un consenso, anche implicito, della persona, desunto dall'attività in concreto svolta o, data la natura dell'attività medesima e del fatto divulgato, non sussista un prevalente interesse pubblico di conoscenza che va considerato con riguardo ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale inerente alla posizione del soggetto". Solo nel 1975, però, come è noto, con la nota pronuncia n. 2129 del 27 maggio, si registra un'esplicita ammissione dell'esistenza di tale posizione da parte della Suprema Corte con la riconduzione di tale diritto a "quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti". Traslato nel sistema nazionale, dunque, il diritto alla riservatezza non coincide con la nozione estesa di *privacy* accolta dall'elaborazione statunitense; secondo la Corte, quest'ultima condurrebbe a un ambito di tutela troppo vasto e indeterminato della sfera della persona, né si presta a una lettura eccessivamente restrittiva, quale mera protezione dell'intimità domestica, valore già garantito dall'art. 14 Cost. e che rischierebbe di conferire una portata troppo limitata alla nozione di riserbo. La Suprema Corte ha optato,

soffermarsi sull'evoluzione del diritto alla riservatezza dei dati personali nell'ecosistema digitale.

Come è noto, con l'introduzione, lo sviluppo e la diffusione su larga scala delle nuove tecnologie della comunicazione è apparso evidente che l'individuo avverte, come primaria, l'esigenza non solo di vietare a chiunque l'accesso alla propria sfera privata o di impedire la diffusione di determinate informazioni, ma anche di mantenere un potere di controllo sull'ingente quantità di dati che lo riguardano e che vengono quotidianamente acquisiti e gestiti da altri, anche in ragione delle infinite modalità di applicazione della tecnologia ai diversi settori della vita quotidiana e la conseguente produzione di un numero rilevante di informazioni personali, che vengono solitamente raccolte in "banche dati" al fine di essere elaborate, spesso in via automatizzata, tramite sofisticati strumenti elettronici, per poi essere ulteriormente cedute o vendute a terzi. Da qui l'esigenza di un cambio di prospettiva, del passaggio "dal segreto al controllo", dal riserbo al *data protection*, da una concezione individualistica di tutela dell'individuo ad una dimensione sociale, ove la diffusione di dati privati nello spazio fisico e virtuale deve avvenire sempre con il consenso e sotto il controllo del titolare di dette informazioni.

Una prima configurazione del "diritto alla protezione dei dati personali" si rinviene nell'art. 8 CEDU che, pur nominalmente posto a tutela del solo interesse al rispetto della vita privata e familiare, ha visto man mano implementare il proprio contenuto grazie ad un'attualizzante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha attratto nell'ambito di applicazione di questa disposizione, oltre al diritto al riserbo, anche quello relativo al *data protection*, con conseguente potere del soggetto di controllare la circolazione delle informazioni che lo riguardano. Una disciplina esplicita si rinviene, invece, nella Convenzione di Strasburgo del 1981<sup>15</sup>, atto idealmente finalizzato a dettare a livello europeo alcuni principi generali in materia di *riservatezza*, nell'ottica di un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati contraenti e allo scopo di fornire strumenti comuni per proteggere efficacemente i diritti inviolabili minacciati dalla invasività delle nuove tecnologie.

Sulla scia di quanto previsto dai due atti appena citati anche l'Unione europea, a partire dagli anni '90, ha adottato una serie di provvedimenti che giustificano oggi la qualificazione del diritto alla riservatezza dei dati come di una situazione giuridica soggettiva di matrice sostanzialmente euro-unitaria. Tra le fonti vanno, infatti, ricordate le direttive 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, (tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati), 97/66/CE (sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni) e 2002/58/CE (trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche), che sanciscono appunto definitivamente l'esistenza di un "diritto alla protezione dei dati di carattere personale" distinto e autonomo dal "diritto alla riservatezza". Questa distinzione è stata inoltre cristallizzata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 che reca nel Capo secondo, dedicato ai diritti di libertà, l'esplicito riconoscimento del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8,

---

invece, per una soluzione mediana, facendo riferimento a una peculiare porzione di sfera della vita individuale e familiare, attinente a tutte quelle vicende "il cui carattere intimo è dato dal fatto che esse si svolgono in un domicilio ideale, non materialmente legato ai tradizionali rifugi della persona umana (le mura domestiche o la corrispondenza)". La successiva giurisprudenza non ha mai mutato indirizzo, confermando a più riprese l'esistenza di un vero e proprio diritto alla riservatezza anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria. Una volta però accolta la possibilità di configurare un diritto alla riservatezza e verificata l'assenza di una disposizione idonea a consentirne la tutela nella normativa primaria, si è reso necessario individuarne il fondamento giuridico direttamente nella Costituzione e precisamente nell'art. 2 che, nella sua più ampia dimensione di clausola generale, consente infatti di colmare vuoti di tutela tramite un'interpretazione evolutiva e teleologica della Carta, in modo da adeguare il sistema ordinamentale a valori non esistenti al momento dell'approvazione, ma che via via necessitano di protezione. Esso rappresenta, quindi, un ottimo strumento di recezione costante e graduale di diritti e interessi emergenti nella società, in grado di conferire garanzia d'invulnerabilità a quelle libertà espresse dalla coscienza sociale nella sua progressiva evoluzione storica. Tale disposizione appare, dunque, il fondamento normativo più convincente per il diritto alla riservatezza, essendo peraltro idoneo ad apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità alla luce dell'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana" sancito dall'art. 3 della Costituzione.

<sup>15</sup> Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981, ratificata con legge 21 febbraio 1989, n. 98 (*Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale*).

comma 1), distinguendolo sia dal diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni (sancito all'art. 7), sia dal chiarimento posto dall'art. 11, a mente del quale la libertà di espressione e d'informazione include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera<sup>16</sup>.

Nell'ordinamento italiano il diritto alla protezione dei dati personali ha fatto definitivamente il suo ingresso, proprio sulla spinta di questi atti sovranazionali, attraverso l'adozione nel 1996 di una prima organica regolamentazione legislativa<sup>17</sup>, poi assorbita e implementata dal "Codice in materia di protezione dei dati personali" del 2003<sup>18</sup>.

Tale disciplina è andata ad integrarsi con la tutela giurisprudenziale del più generale diritto al riserbo e ne ha quindi assorbito, ferma restando la sua origine euro-unitaria, il fondamento costituzionale di cui all'art. 2 Cost., con i relativi precipitati<sup>19</sup>.

Pur essendo comune e non controversa la comune matrice europea di questo diritto, ogni Stato dell'Unione ha comunque, nello scorso decennio, dato attuazione alle direttive in materia in modo fortemente condizionato dal nazionale contesto sociale di riferimento. Ne è risultato un quadro alquanto diversificato a fronte invece di un fenomeno sempre più globale. Per questo, il legislatore europeo nel 2012 – dinanzi alla complessità del contesto, in cui la spinta all'innovazione si intreccia inevitabilmente con la necessità di tutelare la sfera di identità dei singoli individui, la crescita democratica delle società digitali – ha intrapreso un lungo cammino finalizzato all'individuazione di nuove regole comuni a tutti gli Stati membri in materia di tutela dei dati personali<sup>20</sup>.

Alla base di tale decisione vi è stata, come appena ricordato, la convinzione che il sistema di norme vigenti, operanti sotto l'egida della direttiva "madre" 95/46/CE, non fosse più in grado di far fronte in maniera adeguata alle complesse sfide provenienti dall'utilizzo sempre più intenso di tecniche di profilazione e tecnologie di connessione. Tale intrinseca debolezza è stata certamente acuita dalla frammentazione normativa infrastatuale, che ha esposto i cittadini europei ad elevate disparità di protezione e di azione, non più conciliabili con le nuove esigenze di tutela di carattere transfrontaliero, derivanti dallo straordinario incremento dell'utilizzo dei *social network* e dei siti *web* di origine extraeuropea. Le molteplici criticità del quadro normativo, a loro volta, si sono tradotte sovente in una forte instabilità del mercato europeo, caratterizzato da operatori economici costretti a misurarsi con regole diverse e spesso contraddittorie, a seconda dell'ambito territoriale e settoriale di riferimento, nell'erogazione dei propri prodotti e servizi<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Proclamata dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione europea a Nizza il 7 dicembre 2000, la Carta, a seguito di modifiche e adattamenti, è stata sottoposta ad una nuova proclamazione il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

<sup>17</sup> Legge 31 dicembre 1996, n. 675 (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*).

<sup>18</sup> D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*).

<sup>19</sup> Tale conclusione si impone non solo sulla base di una lettura evolutiva delle disposizioni costituzionali e di un'interpretazione adeguatrice delle stesse alla luce della disciplina internazionale e sovranazionale prima richiamata, ma anche, più in generale, in considerazione delle diverse articolazioni del diritto della persona alla propria identità, dal contenuto indefinito e vario, cui l'ordinamento deve sempre assicurare una tutela piena ed effettiva. Il Codice per la protezione dei dati personali e l'Autorità garante, che ne ha dato esemplificazione e attuazione, hanno svolto un ruolo fondamentale nell'affermazione di questo diritto non solo nel sistema normativo ma anche nella società italiana, che ha fatto propria la *ratio* della tutela, acquisendo dimestichezza con le nozioni di dato personale, con le sue specificazioni, di trattamento, di consenso.

<sup>20</sup> È datata 25 gennaio 2012 la presentazione da parte della Commissione Europea del pacchetto completo sulla protezione dei dati personali in cui venivano presentate per la prima volta sia la proposta di regolamento poi approvata nel 2016 in materia di dati personali, sia la proposta di direttiva concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, intesa a sostituire la decisione quadro del 2008 sulla protezione dei dati.

<sup>21</sup> Le difficoltà derivanti dall'assenza di un omogeneo approccio regolativo a livello europeo, connesse ad un'iniziale inevitabile ritrosia verso l'impiego sempre più invasivo di dati personali, hanno inoltre favorito in alcuni settori un clima di diffuso scetticismo nei confronti proprio dell'impiego di tali tecnologie, impedendo un pieno sfruttamento delle relative potenzialità.



Al fine di consentire il superamento di tali criticità e di orientare i vantaggi connessi a quella che è stata definita la “quarta rivoluzione industriale” senza, nel contempo, determinare una compressione della sfera dei diritti fondamentali dei cittadini, l’Unione ha dato vita ad una serie di iniziative finalizzate all’individuazione di regole condivise e in grado di “traghetare” gli Stati membri verso la nuova era digitale<sup>22</sup>. Tale variegato percorso è culminato, almeno con riferimento alla fase di più stretta normazione, nell’adozione di un peculiare “pacchetto di protezione dei dati personali” costituito dal regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo alla circolazione delle informazioni personali<sup>23</sup> e dalla direttiva (UE) 2016/680 concernente i settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini<sup>24</sup>. Dalla loro lettura, emerge immediatamente la duplice finalità che anima l’intero impianto normativo: da un lato, la volontà di non perdere lo straordinario volano rappresentato dalle nuove tecnologie digitali, assunte ormai a fattore strategico di crescita a livello mondiale delle moderne società avanzate; dall’altro la necessità che tale evoluzione non comprometta il nucleo dei diritti fondamentali riconosciuti al singolo e che sono espressione e legittimazione delle tradizioni costituzionali europee. Il Regolamento, in particolare, fa propri, riconfermandoli, una serie di principi fondamentali che contraddistinguevano il precedente quadro di disciplina in materia. Il legislatore europeo, infatti, ha ribadito il riconoscimento della tutela dei dati personali come diritto fondamentale alla luce anche dell’art. 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali e dell’art.16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea. Inoltre, il considerando 4) del Regolamento dispone che la protezione non costituisce una prerogativa assoluta, ma in virtù della sua funzione sociale, va temperata con altri diritti fondamentali<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Può ricordarsi, in particolare, l’iniziativa della Commissione Europea del 2016 nota come “*Digitising European Industry initiative*” (Digitalizzazione dell’industria europea) finalizzata a garantire che ogni impresa in Europa, indipendentemente dalle dimensioni, dall’ubicazione e dal settore, possa usufruire dei vantaggi derivanti dall’innovazione digitale. L’iniziativa si fonda sui seguenti quattro pilastri fondamentali: 1. Creazione di una piattaforma europea per le iniziative nazionali in materia di digitalizzazione industriale; 2. Innovazioni digitali per tutti: *digital innovation hubs*; 3. Rafforzare la leadership attraverso partenariati e piattaforme industriali, 4. La determinazione di un quadro normativo adatto all’era digitale; 5. Preparare i cittadini al futuro digitale. Nell’ambito di tale iniziativa è stata adottata la direttiva NIS e sono stati siglati documenti di rilievo per l’implementazione delle nuove tecnologie in diversi settori di rilievo per la società europea. Si ricordi, tra gli altri, l’“*EU eGovernment Action Plan 2016-2020 – Accelerating the digital transformation of government*” dedicato alla digitalizzazione della pubblica amministrazione e alla creazione di servizi digitali a favore degli utenti. COM(2016) 179 final; L’“*European Cloud Initiative – Building a competitive data and knowledge economy in Europe*” – finalizzata alla creazione di una economia europea basata sullo scambio dei dati e delle informazioni attraverso l’utilizzo di tecnologie come il *cloud computing*. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(2016) 178 final.

<sup>23</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Cfr. M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 4/2016; F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *Medialaws*, 1/2018.

<sup>24</sup> Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio con l’obiettivo di sostituire la decisione quadro 977/2008/CE sulla protezione dei dati personali scambiati dalle autorità di polizia e giustizia. La direttiva, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea insieme al regolamento e vigente dal 5 maggio 2016, è stato oggetto di recepimento nel biennio 2016-2018 da parte di tutti gli Stati membri.

<sup>25</sup> Il tema del bilanciamento tra dati personali ed altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti si sta proponendo in modo significativo nella fase di emergenza sanitaria Covid-19, che sta caratterizzando il primo semestre 2020, nel quale l’incremento delle attività in modalità telematica, ma soprattutto la prospettiva di forme di controllo della mobilità degli individui, rende necessaria l’individuazione del nucleo essenziale della tutela della riservatezza da opporre al perseguimento di ogni altra finalità. Su questo il Garante *privacy* ha elaborato sino alla data del presente saggio numerosi provvedimenti, anche sulla tipologia di fonte idonea a porre in essere il bilanciamento, ora sintetizzate in una “raccolta” pubblicata sul sito dell’Autorità.

#### 4. Tutela della autodeterminazione informativa e profilazione degli utenti

Un aspetto di particolare rilevanza nell'economia e società digitale è rappresentato dalla raccolta ed elaborazione dei dati degli utenti al fine di poterne profilare le abitudini e gli orientamenti, non solo di spesa e di consumo<sup>26</sup>.

Prima di analizzare le problematiche della profilazione in Rete, appare opportuno soffermarsi brevemente sul termine *profilazione* e sulle sue finalità.

Il termine *profilazione*, nel suo significato generale, trae la sua fonte dal verbo di riferimento, *profilare*, il cui significato è, come è noto, quello di disegnare qualcuno o qualcosa tracciandone la linea di contorno. Tracciandone quindi il profilo, ossia quella parte che appare esteriormente. In passato la profilazione si presentava molto rispondente al significato etimologico del verbo di riferimento: infatti, in quelle che possono oggi essere definite profilazioni "analogiche" erano, e sono, di regola i diretti interessati a fornire i dati e le informazioni, potendo in questo modo, di fatto, decidere quanto il profilo tracciato dovesse/debba corrispondere alla propria identità, intesa come insieme di interessi, di preferenze, di orientamenti. Un metodo di profilazione attento a questo aspetto, ancora oggi molto utilizzato, è rappresentato dal sondaggio, anche definito come "profilazione progressiva diretta", che consente di intercettare dati e informazioni molto puntuali ed esplicitati dal diretto interessato.

L'obiettivo della rappresentazione di una identità – intesa come insieme di interessi, di preferenze e di orientamenti – può quindi essere perseguito sia attingendo a dati volontariamente forniti, come appena sottolineato, sia in modo indiretto, ossia senza la collaborazione del soggetto che viene profilato. Ed è questa la modalità oggi sempre più utilizzata, che si realizza attingendo da quell'enorme bacino di dati che vengono forniti dalla navigazione in Internet degli utenti.

Al riguardo giova rilevare che azioni di profilazione dei consumatori sono sempre esistite e sono proprie delle attività di marketing. Tuttavia, il fluire incessante di dati personali che caratterizza le società e le economie digitali, con l'affermarsi dei big data<sup>27</sup>, ha favorito negli ultimi anni il sorgere di tecniche di profilazione sempre più raffinate che, attraverso l'aggregazione, l'incrocio e la riorganizzazione dei dati raccolti, consentono di suddividere gli utenti in gruppi sempre più piccoli e formati dall'individuazione nei soggetti profilati di caratteristiche omogenee, al fine di fornire prodotti "su misura" attraverso la previsione delle decisioni (di consumo e non solo) e dei relativi comportamenti<sup>28</sup>.

Questo processo, fondato su un uso intensivo dei dati, una velocità inarrestabile nella circolazione delle informazioni insieme alla straordinaria capacità di ricerca, elaborazione e stoccaggio delle stesse è stata a lungo sottostimato, soprattutto in relazione al suo impatto sulla società e sulla tutela degli individui, dai diversi decisori politici nazionali e sovranazionali e affidato all'esclusiva valutazione commerciale ed etica degli *OverTheTop* e in particolare dei gestori delle piattaforme digitali. È però oggi considerazione condivisa che le attività di profilazione svolte esclusivamente mediante procedure automatizzate – come tali negativamente asettiche – rischiano non solo di esacerbare

---

<sup>26</sup> Come sottolineato nel paper conclusivo dell'[Indagine conoscitiva AGCOM – AGCM – GARANTE PRIVACY sui big data](#), "la funzione predittiva della profilazione, volta ad anticipare i bisogni degli individui, avviene ricorrendo a tecniche di organizzazione e modellizzazione dei dati raccolti, con l'obiettivo di incidere sulle scelte dei singoli individui, adattandole alla realtà che si vive in un determinato periodo di tempo".

<sup>27</sup> Sul punto cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in [Medialaws](#), 2/2018.

<sup>28</sup> Cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001; S. STABILE, *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su internet*, in *Dir. Industriale*, 2009; D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Dir. industriale*, 2012; A. MANTELERO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: "data breach notification" e limiti alla profilazione mediante i cookies*, in *Dir. informazione e informatica*, (II), 2012; R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. informazione e informatica* (II), 2013; M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016.

situazioni di discriminazione e di stereo-tipizzazione già esistenti, ma anche, e forse soprattutto, di condurre a fenomeni di “penalizzazione delle propensioni”<sup>29</sup>, limitando le effettive possibilità di scelta del singolo, sino a condurre all’estrema conseguenza di inibire l’esercizio delle relative libertà fondamentali o di limitare l’erogazione di servizi essenziali<sup>30</sup>.

Come viene oggi sovente sottolineato, la profilazione accentua la bolla informativa nella quale ciascun individuo tende a collocarsi. È questo certamente un fenomeno che non si è sviluppato con la Rete ma che conosce oggi su questo mezzo una nuova dimensione, soprattutto in conseguenza, come ricordato prima, dell’azione di raccolta e rielaborazione dei dati da parte dei motori di ricerca e delle piattaforme<sup>31</sup>.

Su questo aspetto è ora intervenuto il regolamento europeo che dedica alla profilazione diversi articoli e *considerando*. In primo luogo, fornisce una definizione della profilazione oggetto di disciplina, strutturandola su tre elementi caratterizzanti: il trattamento automatizzato, l’utilizzo di dati personali, la finalità della valutazione di aspetti personali<sup>32</sup>. Sancisce, poi, il diritto del singolo a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e comunque – anche quando tale trattamento sia possibile – richiede che il titolare del trattamento attui tutte le misure necessarie per tutelare diritti, libertà e interessi legittimi dell’interessato<sup>33</sup>. Ciò comporta l’assunzione di una specifica responsabilità da parte del titolare del trattamento chiamato a dover informare e richiedere il consenso per l’utilizzo dei dati, soprattutto se questi sono destinati ad essere usati per la profilazione, dovendo in quest’ultimo caso rendere

---

<sup>29</sup> Così V. MAYER-SCHÖNBERGER, K.N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013. Su questi aspetti cfr., anche, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, Roma, 2016; S. WACHTER, *Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR*, in *Computer law & security Review*, n. 34/2018; O. POLLICINO, G. D’ACQUISTO, M. NALDI, M. BASSANI, F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dati personali e regolazione*, Milano, 2018; G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in [Medialaws](#), 2/2019.

<sup>30</sup> Come sottolineato nel testo, partendo dalla convinzione “che ogni individuo non costituisca un’“isola”, ma che la relativa piena evoluzione della propria personalità si nutra necessariamente di una molteplicità di momenti di interazione e di condivisione nelle formazioni sociali di cui fa parte, la protezione delle informazioni personali diviene una questione di tutela della stessa evoluzione democratica della società. Il corretto trattamento dei dati personali, soprattutto di carattere sensibile, costituisce premessa, infatti, irrinunciabile al pieno e consapevole esercizio degli altri diritti fondamentali allontanando fenomeni di compressione dei momenti di interazione tra i soggetti, non accettabili all’interno delle società democratiche”. Così D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda “Cambridge Analytica”*, in [Federalismi.it](#), 24 ottobre 2018.

<sup>31</sup> Come sottolineato nella già citata indagine congiunta AGCOM – AGCM – GARANTE PRIVACY sui *big data*, con riferimento al tema della informazione e disinformazione, “il presupposto di partenza è che le piattaforme *online*, basate su un modello di *business* fondato sulla raccolta pubblicitaria, puntano a catturare quanto più possibile l’attenzione del consumatore. Una volta conquistata, tali piattaforme mirano a far produrre il maggior numero di «azioni» (e.g.: *like*, *scroll*, *search*, ecc.) all’utente in modo da immagazzinare quanti più dati possibili e della qualità più elevata. Il risultato di questo meccanismo è la profilazione dell’utente funzionale ad una proposizione selettiva di contenuti personalizzati a forte impatto emotivo e fortemente collegati alla propria “storia” di attività *online*. In questo contesto, hanno origine fenomeni noti come *filter bubble* e *self-confirmation bias*, caratterizzati da un meccanismo di causazione circolare per il quale l’utente con le proprie scelte, rivela le informazioni che lo interessano e, a sua volta, la selezione delle informazioni operata dall’algoritmo influenza le scelte dell’utente, confermandone la visione pregressa del mondo. Si realizza in questo modo una ri-proposizione circolare di contenuti confermativi delle proprie opinioni, credenze o convinzioni al singolo utente”.

<sup>32</sup> L’art. 4 dell’art. 4 del GDPR definisce la profilazione “*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*”.

<sup>33</sup> L’art. 22, par. 1 stabilisce che: “*l’interessato ha diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*”.

consapevoli gli interessati della logica sottostante il processo decisionale che ha portato a sviluppare il loro profilo e le conseguenze che ne derivano<sup>34</sup>.

Le disposizioni contenute nel regolamento europeo attribuiscono quindi ai soggetti direttamente coinvolti in questa azione di trattamento dei dati la responsabilità del rispetto del principio di autodeterminazione informativa degli utenti, secondo la logica della *privacy by design*<sup>35</sup>. Ciò rende tuttavia l'individuazione di "parametri" di riferimento, di carattere generale, da parte dei soggetti chiamati poi a vigilare, ad esempio le autorità garanti, al fine di stabilire alcuni punti fermi nella valutazione dei trattamenti stessi. Al riguardo può citarsi quanto previsto, in Italia, in diverse pronunce del Garante Privacy, anche in sede europea nell'ambito del Gruppo Articolo 29, e dell'Agcom in materia di profilazione che bene evidenziano l'esigenza di evitare che l'utilizzo di big data determini una profilazione degli utenti ridondante rispetto alle finalità ordinarie dei singoli trattamenti.

### 5. Quali prospettive della garanzia di autodeterminazione informativa degli utenti del web

L'attenzione, che si registra negli ultimi anni in diversi ambiti di ricerca, al tema della profilazione trova il proprio fondamento, come sottolineato nel corso del lavoro, anche dall'acquisita consapevolezza che la profilazione influenzi la libera determinazione dell'individuo, interagendo e in parte interferendo da un lato con la complessa architettura cognitiva e dall'altro con la funzione narrativa della mente umana. L'individuo, infatti, rappresenta il precipitato di ciò che percepisce dall'ambiente circostante, in associazione a tanti ulteriori elementi di contesto (situazione personale e familiare, fede, appartenenza politica, ecc.) ed anche per questo in sistemi democratici la libera circolazione delle informazioni rappresenta un elemento fondamentale quale declinazione non solo della libertà di esprimersi e di informare ma anche del diritto a ricevere informazioni corrette, plurali, imparziali. Questo vale con riferimento non solo alle opinioni, in considerazione della loro rilevanza per la formazione dell'opinione pubblica, ma anche alla circolazione delle informazioni in tutti gli ambiti nei quali l'individuo manifesta interesse a sviluppare le proprie conoscenze e la propria personalità.

A prima lettura il *web* potrebbe essere considerato esente da problematicità di questo tipo, dal momento che la pluralità dei contenuti in esso presenti e in larga parte la loro qualità non può essere discussa. Tuttavia, se l'attenzione si concentra sulla parte finale del processo informativo, ossia sulla ricezione di contenuti da parte di un individuo profilato, la questione acquista invece rilevanza divenendo inevitabile chiedersi se possano considerarsi plurali informazioni tutte uguali che l'individuo riceve essendo stato profilato.

È indubbio che le persone hanno molteplici strumenti, oltre il *web*, per ricevere le informazioni. Ma in Rete il problema si pone in modo peculiare nella misura in cui la personalizzazione dei contenuti "offerta" all'individuo e che egli riceve via mail, sui social o nelle prime pagine delle ricerche effettuate utilizzando i motori di ricerca, è progettata a monte per "assomigliargli", al fine di

---

<sup>34</sup> La stessa preoccupazione del legislatore è evidente quando al considerando 71 specifica che "*al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori*". Anche l'art. 13, par. 2, lett. f) e l'art. 15, par. 1, lett. h) stabiliscono il diritto dell'interessato di conoscere l'esistenza del processo decisionale automatizzato e, in particolare, di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata (i criteri assunti per raggiungere la decisione, senza che con ciò si debba necessariamente fornire una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati) e sulle conseguenze previste di tale trattamento.

<sup>35</sup> Ai sensi del RGPD, anche la profilazione e i processi decisionali automatizzati devono essere svolti nel rispetto dei principi generali di liceità, correttezza e trasparenza, finalità, minimizzazione, esattezza, limitazione della conservazione e in presenza di una base giuridica per il trattamento (artt. 5 e 6).



corrispondere agli interessi, alle inclinazioni che egli ha manifestato e manifesta prevalentemente in quel periodo nelle sue navigazioni. Una sorta di bozzolo dal quale l'individuo si fa avvolgere e confortare<sup>36</sup>. In società che vanno sempre più di corsa ricevere delle informazioni “mirate” viene spesso considerata positivamente perché percepita come strumento di ottimizzazione del tempo. L'utilizzo dei big data nell'attività di profilazione consente, infatti, di far pervenire all'utente, attraverso le piattaforme social, solo le notizie che si ritiene egli voglia ricevere, confermandolo quindi sempre più nelle sue convinzioni in un'opera di semplificazione. In questo modo viene però drasticamente ridotta la sua possibilità di formarsi una opinione sulla base di contenuti plurali. Tale situazione vale in ambito politico e sociale, ma anche nel settore commerciale. Anzi può dirsi che la profilazione sia suscettibile di influire su ogni aspetto della vita di una persona. Ciò rappresenta un rischio per il pluralismo che è il fondamento di una società democratica, nella quale è indispensabile che l'individuo venga messo in condizione di poter scegliere e che pertanto deve essere circondato – e forse anche sommerso – dalla circolazione di idee, opinioni, conoscenze, oltre che di oggetti e servizi diversi da quelli per i quali ha manifestato interesse in passato.

Il pluralismo informativo va quindi garantito non solo per la sua rilevanza sui diritti dei consumatori, aspetto questo sul quale il Regolamento europeo si sofferma in modo particolare, ma anche – anzi soprattutto – per la sua rilevanza sui processi decisionali democratici. Ecco allora che appare evidente che tale compito non possa essere svolto, secondo proprie regole e convinzioni, in autonomia dal soggetto privato che utilizza i dati e li cede a terzi bensì debba essere il precipitato della definizione di regole dalle quali non può essere escluso chi è chiamato a bilanciare tra diritti e interessi diversi, *in primis* il legislatore (*rectius* i legislatori) e i soggetti chiamati a vigilare (le Autorità garanti) sulla tutela dei dati e del pluralismo informativo nell'ecosistema digitale. Tuttavia, proprio giungendo a questa conclusione emerge in tutta la sua complessità il nodo centrale del rapporto tra Rete e democrazia, ossia l'esigenza che lo “spazio” (privato) delle piattaforme social e l'attività dei motori di ricerca cessi di essere soggetto alla sola autoregolamentazione dei gestori. Non è così nello spazio fisico e non appare più sostenibile che sia così nella realtà virtuale. La giurisprudenza sembra da qualche tempo muoversi in questa direzione<sup>37</sup> ma appare evidente che da questa riflessione i legislatori non possano continuare a rimanere estranei.

---

<sup>36</sup> Come evidenziato dalla già citata ricerca delle tre Autorità in materia di big data, da un sondaggio effettuato emerge che 6 utenti su 10 sono consapevoli che i dati raccolti durante le loro ricerche in Rete vengono utilizzate per profilarli.

<sup>37</sup> Si pensi alle recenti sentenze che hanno visto contrapposti il social network Facebook e il movimento politico Casapound. Per un'analisi della questione cfr. P. ZICCHITTO, [I movimenti “antisistema” nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti](#), in questo [Liber Amicorum](#) (05.03.2020).