

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 31 - giugno 2025

**VULNERABILITÀ E DIPENDENZE DIGITALI:
STRUMENTI DI TUTELA (*EX ANTE*)
NEL QUADRO REGOLATORIO
EUROPEO E NAZIONALE**

Simona Ghionzoli

VULNERABILITÀ E DIPENDENZE DIGITALI: STRUMENTI DI TUTELA (*EX ANTE*) NEL QUADRO REGOLATORIO EUROPEO E NAZIONALE^{° *}

Simona Ghionzoli

*Ph.D in Studi internazionali
Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"*

L'articolo esamina le "vulnerabilità" in ambiente digitale e le risposte da parte dell'ordinamento giuridico europeo e interno, per garantire la libertà di scelta dei consumatori e degli utenti nonché per contrastare pratiche scorrette, profilazione manipolativa e "nuove" dipendenze. Propone la riconsiderazione della dimensione sociale del contratto, con l'idea di promuovere opportunità di crescita e al tempo stesso rifiutare la prevedibilità algoritmica, nel tentativo di restituire senso al presente e speranza nel futuro.

The article examines vulnerabilities in the digital environment and the responses of the European regulatory framework to ensure freedom of choice for consumers and users, as well as to combat unfair practices, manipulative profiling and "emerging" forms of dependency. The article proposes a reconsideration of the social dimension of the contract, with the aim of promoting opportunities for growth and, at the same time, rejecting algorithmic predictability, in an attempt to restore meaning to the present and hope for the future.

Sommario:

1. Tempo e spazio dentro la rete
2. Soggettività fisica e giuridica nella direttiva 2000/31/CE sul Commercio Elettronico
3. La trasparenza e gli altri strumenti generali di tutela. Intersezioni giuridiche Gdpr e Ai Act
4. Vulnerabilità del singolo e vulnerabilità di gruppo. Intersezioni Gdpr e Ai Act
5. Il reg. 2019/1150/UE e la "folla" ordinata degli utenti delle piattaforme *on line*
6. Il Digital Service Act (DSA) e gli utenti delle piattaforme *on line*
 - 6.1. Il Dsa e la tutela dei consumatori
 - 6.2. Il Dsa e le dipendenze
 - 6.3. Il Dsa e l'utile intersezione con il Gdpr
7. La Risoluzione del Parlamento Europeo del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi *on line* che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'UE
8. Conclusioni

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

^{*} Questo articolo è stato presentato al Convegno interuniversitario "L'informazione e il diritto" svoltosi a Napoli, 29-31 maggio 2024.

1. Tempo e spazio dentro la rete

In un'epoca di consumazione totale, legata non solo ai traffici commerciali, ma anche a opportunità di svago, intrattenimento e informazione che si aprono sulla rete, parlare di società dell'informazione significa fare riferimento a tutto ciò che è relativo all'utenza, compresi, ma non soltanto i "consumatori", in senso tecnico, delle piattaforme. Solo ricorrendo a tale modello allargato, è possibile stabilire una reale corrispondenza con un nuovo modo di consumare e consumare il *web*¹.

E così quando parliamo di vulnerabilità ci riferiamo in modo naturale, verso categorie classiche, quali minori, lavoratori, consumatori, riconducendo il concetto alle asimmetrie di potere informativo.

Ciò che conta al di là delle definizioni, sembra essere la disparità e asimmetria di posizioni, sinonimo di asimmetria delle informazioni, che restano fuori dalla disponibilità del soggetto più debole del rapporto.

Tuttavia, non sempre l'asimmetria è riconducibile soltanto alla disponibilità e alla completezza di informazioni. Sussistono situazioni, come quella del lavoratore, in cui l'asimmetria si presenta fin dall'origine correlata alle soggettività e ad uno status più ampio² e corrisponde ad un'asimmetria di potere contrattuale, in cui anche il consenso perde di senso e valore e viene derubricato a mera presa d'atto sull'esistenza e le forme del trattamento dei dati³. Vedremo, inoltre, che la categoria della "vulnerabilità" in realtà riguarda anche i venditori e in generale chi opera sul mercato, quando dispongono di minori informazioni.

In realtà se il parametro delle asimmetrie informative può andare bene per i soggetti giuridici, come le piattaforme, tanto che è dovuto intervenire il legislatore comunitario con un regolamento specifico per disciplinare i ruoli e le posizioni nella rete e per favorire un commercio e un mercato *on line* scevro da condizionamenti, lo stesso non è sufficiente per i soggetti fisici, che si muovono sul *web*, entro il quale la dimensione spaziale e lo scorrere del tempo sono destinati ad essere subiti, se non risultano interiorizzati e vissuti dalla persona fisica, in un presente, che non si presenta immutabile, ma piuttosto in continuo movimento e sempre in divenire⁴. Evitare di perdere il senso della realtà significa, prima di tutto, riflettere su cosa provoca questo smarrimento,

¹ PIRA - ALTINIER, *Giornalismo. La difficile convivenza con fake news e misinformation*, Padova, 2018, 13 s.

² In tal senso Corte giust., 04 luglio 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, in cui la CGUE ha chiarito che la posizione dominante può incidere sulla libertà di scelta dell'utente, che potrebbe non essere in grado di rifiutare o revocare il consenso senza subire un pregiudizio, con ciò creando un evidente squilibrio tra l'interessato e il responsabile del trattamento «*the freedom of choice of that user, who might be unable to refuse or withdraw consent without detriment and may create a clear imbalance [...] between the data subject and the controller*».

³ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, X ed., Napoli, 2003, 183 s.

⁴ FARGNOLI, *Irrazionalità del tempo e del movimento*, in *Il Sogno della Farfalla*, 1992, 67-87.

quando un contenuto possa dirsi violento e quali strumenti di tutela occorrono ad un soggetto fisico, oltre la mera consapevolezza razionale, che viene richiesta al consumatore medio⁵, per essere messo in condizione di scegliere tra i beni e servizi, che l'ambiente della rete è in grado di offrire. Ciò rende necessaria, altresì, un'indagine sulle pratiche commerciali scorrette, che possono estendersi ben oltre la mera dimensione contrattuale tra professionista e consumatore (cfr. C. 13 dir. 2005/29/CE)⁶.

2. Soggettività fisica e giuridica nella direttiva 2000/31/CE sul Commercio Elettronico

La definizione di Servizio della società dell'informazione è possibile trovarla già nell'art. 2, 1° co, lett. a), del d.lgs 70/2003, che recepisce la dir. 2000/31/CE sul Commercio Elettronico. Tali sono le attività economiche svolte *on line* nonché (cfr. art. 1, 1° co, lett. b), l. 21 giugno 1986 n. 317) "qualsiasi" servizio prestato normalmente 1. Dietro retribuzione, 2. a distanza, per via elettronica e 3. a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Da osservare che a distanza non implica la presenza simultanea delle parti, mentre emerge la domanda individuale di servizio pur trattandosi di contesti allargati e massivi come le piattaforme. Il riferimento, inoltre, è alle attività economiche, che sono assorbenti di servizi, che non prevedono una remunerazione in senso classico (ovvero prezzo e

⁵ Il consumatore medio viene preso come parametro nella dir. 2005/29/CE, art. 8) come colui definito al C. 18 «*normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*», escludendo che possa trattarsi di una nozione statistica, ma piuttosto di una valutazione da rendere in concreto da parte degli organi giurisdizionali e delle autorità nazionali in relazione alle reazioni del consumatore, da valutarsi sulla base di diversi fattori tra cui la "vulnerabilità" per «*età, infermità fisica o mentale o ingenuità*», e con riferimento ai "gruppi", in modo che le dette reazioni siano da risultare ragionevolmente prevedibili anche da parte del professionista, che opera sul mercato. Cfr. in tal senso C. 19) e nello stesso senso, più recente, in giurisprudenza, Corte giust., 14 novembre 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957, senza omettere l'art. 20, 3° co), del Cod. Cons. per cui «*Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo*»; in dottrina cfr. VALENZA, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, in CAPILLI (a cura di), *I contratti del consumatore*, Torino, 2021, 82 ss.

⁶ Il C. 13 enuncia che «*per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale*>> di pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento dei consumatori «*dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione [...]*». L'art. 25, comma 1°, lett. a), del Cod. Cons., tra i parametri di valutazione delle pratiche commerciali aggressive, prende in considerazione «*i tempi, il luogo, la natura o la persistenza*» delle molestie, dell'indebito condizionamento, facendo riferimento alla violenza psichica esercitabile sul consumatore (medio), in antitesi alla violenza fisica, di converso citata nello stesso articolo di legge.

corresponsione di un pagamento)⁷.

Nel caso in cui, infatti, il servizio consista in fornitura di informazioni, comunicazioni commerciali o ricerca dati, accesso e reperimento, l'utente può accedere ad internet per motivi professionali, personali o di intrattenimento e svago e anche senza corrispondere un corrispettivo in denaro. Cosa diversa se l'utente accede per i soliti motivi, ma con corrispettivo in denaro e per scopi personali o domestici, perché in tal caso si qualifica necessariamente come consumatore⁸.

La lettera d) del suddetto decreto specifica che destinatario del servizio è il soggetto che per scopi professionali e non utilizza un servizio della società dell'informazione, per ricercare o rendere accessibili informazioni. L'art. 3, lett. a), del Cod. Cons., dispone, invece, che il “*consumatore o utente*” (dunque assimilando le due figure) è la persona fisica, che agisce, per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, distinguendo quest'ultimo dal professionista.

E' bene ricordare che l'art. 135 octies, lett. f), g) e h) del Cod. Cons. nell'elencare le definizioni nei contratti di fornitura di servizi o contenuti digitali, inserisce i dati personali immediatamente dopo la nozione di prezzo, identificato in una somma di danaro e fa propria la nozione di consumatore di cui all'art. 3, 1° co) lett. a); l'art. 135 octies, 3° e 4° co), specifica, inoltre, che il corrispettivo del servizio o del contenuto digitale all'operatore economico può essere costituito dalla fornitura di dati personali (da parte del consumatore) di cui all'art. 4, 1° co), reg. 2016/679/UE (GDPR)⁹.

Al successivo articolo 135 novies, 2° co), lett. d), infine, vieta, l'applicazione delle stesse disposizioni, *inter alia*, ai servizi di giochi d'azzardo, dettaglio funzionale ai fini della presente indagine.

Sia la direttiva sia il decreto che la recepisce contengono, infine, garanzie a tutela dei consumatori, estensibili, tuttavia, alla generalità degli utenti¹⁰, il primo dei quali e sicuramente più importante è la “trasparenza”¹¹.

⁷ PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, V ed., Bologna, 2020, 159 ss.

⁸ BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, vol. 3, III ed., Milano, 2019, 344 s.

⁹ Sulla rilevanza economica dei dati personali, in dottrina cfr. RICCIUTO, *Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?*, in *Ejpl*, 2023, 20 ss.; ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. e Merc.*, 2022, 527; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

¹⁰ VALENZA, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, cit., 82 s.

¹¹ BATTELLI, *I contratti del commercio on line*, in CAPILLI (a cura di), *I contratti del consumatore*, 322 s. L'autore evidenzia come ai contratti *on line* si applichino le norme di cui al Codice del Consumo, del c.c. (condizioni generali di contratto) e del d.lgs 70/2003, con precisi obblighi informativi di cui agli artt. 7, 8 e 9. In tal senso vedi anche dir. 2005/29/UE, C. 15, che lascia agli stati membri la facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più restrittive, conformemente alla normativa comunitaria, per garantire un livello più elevato di tutela dei consumatori.

3. La trasparenza e gli altri strumenti generali di tutela. Intersezioni giuridiche Gdpr e Ai Act

La trasparenza sulla rete si riferisce soprattutto alla trasparenza dei contenuti che circolano sul *web* nonché all'identità e alla identificabilità dei soggetti, che rendono possibile l'accesso ai suddetti contenuti e dunque vendono beni o servizi.

Identità e qualifica di tali soggetti o meglio le soggettività della rete sono trattate nell'art. 7 del d.lgs 70/2003, che impone al prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi, quello di rendere facilmente accessibile ai destinatari del servizio o alle autorità competenti in modo diretto e permanente informazioni quali nome, denominazione o ragione sociale, domicilio, sede legale, indirizzo pec ovvero tutto ciò che può aiutare a garantire la tracciabilità e la contattabilità oltre alla visibilità e alla chiarezza delle condizioni economiche applicate. Il provvedimento in argomento cerca di rispondere alla fragilità della dematerializzazione dell'universo digitale. Questa legge allarga e rinforza in questo senso la platea dei diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi e anticipa le successive norme introdotte dal regolamento 2022/2065/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali) (cd. Dsa)¹².

Gli strumenti di cui agli artt. 12 e 13, contrattualizzano la tutela degli utenti con la previsione di obblighi in fase precontrattuale, che si estendono alla fase esecutiva del contratto e ad un momento successivo, per mezzo di norme specifiche sul perfezionamento della volontà, la responsabilità degli isp, i codici di condotta e la composizione stragiudiziale delle controversie¹³.

Oltre alla tracciabilità, anche la correttezza, nel senso di aderenza alla realtà dei contenuti offerti è garanzia di affidabilità e serietà delle piattaforme e dei motori di ricerca.

In questo senso la prima domanda in relazione proprio alla presenza sulla rete di contenuti violenti, è se occorrono strumenti di verifica per l'individuazione di contenuti che si distanziano essi stessi e contribuiscono, al tempo stesso, a distanziare gli utenti dalla realtà, deformandola e alterandola, facendo perdere all'utente il corretto ed equilibrato rapporto con la stessa.

Questo discorso cammina insieme alla definizione e all'inquadramento di contenuto violento.

Il contenuto può dirsi violento, intanto, se inteso ad intaccare in modo significativo il pensiero e l'autodeterminazione dell'individuo.

La violenza può essere fisica ma può, dunque, esercitarsi anche per mezzo di atti induttivi, che operano al di fuori di un contatto fisico connotato da immediatezza e

¹² L'art. 8, lett. b, del d.lgs 70/2003 introduce obblighi di informazione, atti a consentire l'identificazione e la tracciabilità della persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale.

¹³ PASCUZZI, *Il Diritto dell'era digitale*, cit., 104 ss.

contiguità¹⁴, che risultano, comunque, idonei a condizionare o ledere le possibilità vitali della vittima, arrecando una sofferenza, una diminuzione o una compromissione delle proprie abilità relazionali, in virtù e per effetto della violenza subita.

Come la rete influisca in tutto questo resta da chiarire, anche perché la violenza indipendentemente dalla contiguità o meno della vicinanza fisica, è solita avvenire nell'ambito e per effetto di relazioni interumane sbagliate.

La tecnologia, pertanto, potrebbe essere solo il mezzo attraverso il quale tutto questo viene evidenziato¹⁵ ed è utile per manifestare una violenza o un vuoto già carente in origine, limitandosi a veicolare un contenuto.

Tornando su un piano strettamente giuridico e in particolare al recente provvedimento sui Servizi Digitali (DSA) (cfr. art. 36, 1° co), lett. d)), in sede di valutazione dei rischi sistemici, esso include i contenuti con effetti negativi “*reali o prevedibili*” «*in relazione alla violenza di genere, alla tutela della salute pubblica, e dei minori e gravi conseguenze negative sul benessere fisico e mentale della persona*», dunque anche non consumatori.

Sempre l'art. 36, 1° co), lett. b) dispone che si intende garantire la protezione dei dati personali, in ossequio all'art. 8 della Carta sui Diritti fondamentali e un elevato livello di protezione del consumatore.

In questo quadro eterogeneo, entro il quale le discipline, non sempre risulterebbero aderenti tra loro, occorre tenere presente che le piattaforme sono soggetti giuridici anche se il gestore è riconducibile ad un soggetto fisico o a un gruppo di soggettività, che determinano contenuti ed elaborano dei dati ed è molto importante, quando si parla di trasparenza e correttezza, fare riferimento al significato e al concetto di dato, perché integrità del dato corrisponde a veridicità e integrità dell'informazione finale¹⁶.

I dati risulterebbero, pertanto, il punto di mediazione, condiviso, che unisce il soggetto fisico e quello giuridico. La sicurezza e protezione dei dati sulla rete corrisponde ad assenza di manipolazione e conoscenza delle condizioni di mercato, utili a scongiurare e a difendersi anche da fenomeni quali quello della (s)vendita *on line* dei dati degli utenti, senza il consenso dei proprietari¹⁷.

Il marchio e i codici di condotta previsti dalla dir. 2000/31/CE, rilasciati o certificati da enti terzi, sono strumenti funzionali a tutto questo, perché aiutano a costruire e consolidare un rapporto di fiducia con il pubblico circa l'affidabilità di una transazione che avviene sul web, la qualità di un prodotto e l'adesione a determinati requisiti sul piano, soprattutto, della sostenibilità ambientale e sociale¹⁸.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. III, 12 febbraio 2025, n. 5688.

¹⁵ MEDICI, *La relazione a distanza tra corpo e tecnologia digitale*, in *Il Sogno della farfalla*, 2021, 59 ss.

¹⁶ ORLANDO, *Data Vs. capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo Dir. Civ.*, 2022, 14 ss.

¹⁷ L'art. 135 novies, comma 6), Cod. del Cons., stabilisce, non casualmente, la prevalenza delle norme sulla protezione dei dati personali su quelle del capo I bis denominato «*Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali*».

¹⁸ PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 177 s. e cfr. in tal senso la recente decisione Corte giust.,

4. Vulnerabilità del singolo e vulnerabilità di gruppo. Intersezioni Gdpr e Ai Act

Se è vero che la violenza dei contenuti altera il rapporto dell'utente con la realtà, sfruttandone le vulnerabilità, fungendo da stimolo verso comportamenti non rispettosi dell'integrità psicofisica e dunque non etici, l'ordinamento è sfuggente rispetto alla definizione esatta di vulnerabilità.

Si limita a considerare vulnerabili le situazioni relazionali connotate da asimmetria di potere come quelle in esame, in cui sussistono evidenti disparità quanto a conoscenza e disponibilità di informazioni in capo al soggetto più debole, consumatore o utente. Completezza di informazioni e consapevolezza concorrono alla formazione di un consenso al trattamento in modo che avvenga su basi lecite.

Un riferimento in tal senso è presente nel C. 43 Gdpr, che non riconosce il consenso quale valido presupposto giuridico in presenza di un evidente squilibrio (di potere) tra titolare e interessato e nel C. 42 Gdpr, che menziona espressamente la consapevolezza quale requisito di libertà del consenso¹⁹.

La consapevolezza viene intesa, inoltre, in dottrina come un insieme di regole volte ad assicurare ai clienti, utenti/consumatori, un'informazione chiara e completa, che faciliti la comprensione delle caratteristiche, dei rischi e dei costi dei prodotti offerti, in modo da contribuire alla corretta formazione e al manifestarsi della volontà (per mezzo anche della comparabilità delle offerte) e consentire la vigilanza sui contenuti contrattuali e sui comportamenti delle parti nella formazione del contratto²⁰.

In giurisprudenza, invece, in relazione soprattutto alla dimensione economica dei dati, si parla di patrimonializzazione del dato per via dello sfruttamento a fini di lucro degli stessi, dovuto all'inconsapevolezza dell'utente. La cessione e lo sfruttamento dei dati avverrebbero in modo inconsapevole da parte dell'utente,

C-157/23, ECLI:EU:C:2024:1045, sull'importanza del marchio ai fini dell'attribuzione della responsabilità ai sensi dell'art. 3, par. 1, dir. 85/374/CEE.

¹⁹ C. 42) «Per i trattamenti basati sul consenso dell'interessato, il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l'interessato ha acconsentito al trattamento. In particolare, nel contesto di una dichiarazione scritta relativa a un'altra questione dovrebbero esistere garanzie che assicurino che l'interessato sia consapevole del fatto di esprimere un consenso e della misura in cui ciò avviene. In conformità della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive. Ai fini di un consenso informato, l'interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell'identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali. Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio». C. 43) «Per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, non è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione».

²⁰ BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, II ed., 2020, 173 ss.

che viene, tra l'altro, profilato²¹. Ciò che rileva dunque è sicuramente l'assenza di informativa e di consenso, ma anche il piano soggettivo di "inconsapevolezza" dell'interessato non solo rispetto al contenuto proposto, ma con riguardo alla tutela di sé stesso e dei propri dati personali.

Il Gdpr risponde alle vulnerabilità, dovuta anche ad inconsapevolezza, in diversi modi, il primo dei quali ripropone, appunto, il principio di trasparenza negli artt. 12, 13, 17, a cui si aggiunge un approccio basato sul rischio ovvero la previsione di alcuni strumenti atti a garantire i presupposti concreti per l'attuazione della trasparenza, tra cui i codici di condotta (art. 40 Gdpr), la valutazione di impatto sui diritti fondamentali (cd. Dpia artt. 35 e 36 Gdpr), la *privacy by design* (art. 25 Gdpr), in attuazione del principio di minimizzazione (art. 5.1 lett. c)) Gdpr²².

I sistemi di intelligenza artificiale, inoltre, incontrano i dati, quando vengono addestrati i sistemi e il principio di minimizzazione di cui all'art. 5.1 lett. b) del Gdpr impone, dunque, a tale proposito, che i dati personali vengano raccolti per finalità legittime e limitatamente a quelli strettamente necessari per la realizzazione di tale finalità.

Nell'AI Act emergono le finalità illecite annunciate nel Gdpr, riconducibili tanto a situazioni che riguardano il singolo quanto la collettività nella sua interezza²³, poiché tra i sistemi vietati ricorrono quelli in grado di classificare i gruppi.

L'art. 5 considera inaccettabili e per questo vieta l'immissione sul mercato o la messa in servizio e l'uso di sistemi in grado di distorcere il comportamento di una persona o di un gruppo di persone e dunque anche non consumatori (cfr. art. 5 lett. a) e b)). Tali sono i sistemi di IA volti a conseguire la manipolazione degli utenti che comportano, da parte di quest'ultimi, comportamenti non voluti o che conducano ad assumere decisioni viziate nel processo di scelta, con l'effetto di distorcere il comportamento e di incidere sulla generalità oltre a quelli che adottano tecniche manipolative in grado di causare «*danni significativi*» anche per la salute fisica e psicologica e infine quelli deputati al *social scoring* ovvero che classificano le emozioni o praticano la profilazione della persona su base emozionale e dunque trattano dati particolari di cui all'art. 9 Gdpr 1° co).

Risulta evidente che è molto importante capire quali sistemi sono realmente in grado di sfruttare le vulnerabilità, approfittando di situazioni di disabilità, ma anche di difficoltà. Tali risulterebbero quelli riconducibili a sistemi in grado di apportare un danno "significativo" e dunque un danno patrimoniale, ma anche una situazione di invalidità temporanea o permanente per la persona²⁴ (cfr. art. 5, par. 1, lett. a) e b)).

²¹ Cfr. in tal senso T.A.R. Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 e Cons. St., 29 marzo 2021, n. 2631.

²² MALGIERI, *Vulnerability and data protection law*, Oxford, 2023, 255 ss.

²³ ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 537 s.

²⁴ ALPA, *Manuale di Diritto privato*, XI ed., Milano, 2020, 921 s. «[...] nel concetto di danno ingiusto risarcibile devono essere inclusi interessi particolarmente tutelati dall'ordinamento e corrispondenti ai valori più importanti della società: i valori della persona umana, da un lato, e quelli della proprietà dall'altro, identificabili con i diritti soggettivi assoluti, che trovano diretto riconoscimento e tutela nella Costituzione».

5. Il reg. 2019/1150/UE e la “folla” ordinata degli utenti delle piattaforme *on line*

Se la trasparenza è centrale nella tutela dei consumatori e degli utenti nei servizi a domanda individuale, ancora di più lo diventa quando il rapporto si fa trilaterale e si stabilisce tra piattaforme e utenti/consumatori²⁵, dove il concetto di utenza è assorbente e deve essere inteso anche con riguardo ai professionisti.

La casistica presente sul *web* è varia e solo per fare alcuni esempi, in alcuni casi gli utenti si servono delle piattaforme Amazon, E bay, Uber e Airbnb per offrire alcuni servizi ai consumatori finali²⁶.

Nel caso dei *social network*, essi raccolgono, analizzano ed elaborano le informazioni fornite dai primi per offrire loro servizi pubblicitari mirati, a cui possono aggiungersi servizi aggiuntivi a pagamento.

Il rapporto da bilaterale diventa trilaterale perché le piattaforme si incontrano e stabiliscono alleanze per offrire servizi ai terzi, altri professionisti o consumatori, congiuntamente inquadrabili nel concetto più evoluto e più ampio di utenza.

Dall'asimmetria di potere contrattuale tra le parti in cui è presente un contraente debole (vulnerabile) e uno più forte (perché in possesso di più informazioni o perché più consapevole o perché assegnatario di un ruolo socio economico maggiore, che corrisponde a maggiore potere decisionale e forza contrattuale) si passa ad una situazione di estesa vulnerabilità anche alle fasce e agli operatori tradizionalmente riconosciute più forti, ma adesso ugualmente esposte, perché schiacciati dal peso di altre piattaforme, assegnatarie di poteri decisionali. Quest'ultime, infatti, sono in grado di determinare le condizioni economiche in via unilaterale e di decidere, sempre in via unilaterale, l'organizzazione stessa del mercato (*on line*) attraverso ad es. il posizionamento, fino a inserire nel sistema (e comminare) sanzioni, quali la sospensione, la limitazione o l'interruzione del servizio la risoluzione del contratto senza preavviso²⁷.

Il reg. 2019/1150/UE interviene così per colmare un vuoto e cerca di regolamentare e mettere ordine nella “folla” del mercato *on line*²⁸, in cui dinamicità non sempre corrisponde a collaborazione, quale strumento idoneo a creare opportunità di ricchezza e qualità dei contenuti.

Il Regolamento in parola risponde con strumenti di tutela intesi a garantire un trattamento più equo e trasparente, dunque, degli utenti commerciali da parte

²⁵ MAGRI, *Il consumatore digitale*, in MAGRI - MARTINELLI - TOBANI (a cura di), *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, Torino, 2022, 3 ss.

²⁶ PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit. 178 s.

²⁷ PASCUZZI, *ID.* Sull'ampliamento, inoltre, della nozione di consumatore anche alle persone giuridiche, in dottrina cfr. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., 344 s.; VALENZA, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, cit., 87 ss; GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1997, 803 ss.

²⁸ QUARTA - SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Città Di Castello (PG), I ed., 2020, 113 s., per cui «La collaborazione tra le persone, l'interazione con la “folla” e la comunità di utenti, sono la fonte di valore più importanti per l'impresa».

delle piattaforme e dei motori di ricerca *on line*.

L'ambito oggettivo del regolamento (cfr. art. 1 e C. 11) interessa i mercati del commercio *on line* (siti *web* e piattaforme di vendita *on line*), inclusi i social media e i motori di ricerca *on line* ovvero tutte quelle attività che, per mezzo dell'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, facilitano le interazioni e le transazioni commerciali e implicano, comunque, una relazione con i consumatori finali (cfr. C. 11).

L'ambito soggettivo del regolamento, invece, si estende a chiunque svolga una funzione di "intermediazione *on line*" indipendentemente dal fatto che siano stabiliti in uno stato membro o fuori dall'Unione, in presenza di determinate condizioni (Cfr. C. 9).

L'estensione del perimetro soggettivo e oggettivo della norma risponde alle esigenze di garanzia di un mercato *on line* competitivo, equo e trasparente appunto (cfr. C. 3), in grado di attuare pienamente il principio di responsabilità a carico dei soggetti più forti.

Si garantiscono le piccole e medie imprese dalla concorrenza sleale dei gestori delle piattaforme dell'*e-commerce*, che più degli altri dispongono di informazioni e ne sfruttano il potenziale, distorcendo il mercato (cfr. C. 15 e ss), scongiurando fenomeni di dipendenza dai servizi di intermediazione *on line* degli utenti commerciali per raggiungere i consumatori (cfr. C. 2).

Tutto questo aiuta ad incrementare la fiducia nella trasparenza del mercato *on line*, nell'ambito del quale, l'intensità dei traffici e il numero delle transazioni aumenta progressivamente²⁹ e rappresenta un fenomeno sociale costante e rilevante.

La trasparenza delle informazioni (cfr. artt. 7 e 9) tra operatori economici e tra essi e i consumatori (cfr. art. 10) diviene un mezzo di contrasto dell'abuso di posizione dominante.

La tutela del consumatore e delle fasce di venditori più vulnerabili e il buon funzionamento del mercato, vengono garantiti secondo un modello anticipatorio che prevede la disciplina del posizionamento (art. 5), la predeterminazione dei criteri in base ai quali avviene il collocamento e la visibilità del prodotto *on line* e gli obblighi informativi (cfr. art. 6), anziché essere posticipata, in via rimediata e riparatoria, attraverso la previsione di divieti e l'applicazione di sanzioni³⁰.

²⁹ Da un'indagine dell'Osservatorio E-Commerce B2 C del Politecnico di Milano, nel 2023 gli acquisti *on line* si attestano intorno ai 54,2 mld di euro con un aumento del 13% rispetto al 2022; Amazon nel 4° trimestre 2023 ha registrato 170 mld ovvero + 14%; Me ta nel 3° trimestre 2023 34,15 mld ovvero + 23% con 2,09 mld di utenti attivi quotidiani e 3,05 mensili; Pornhub, Stripchat, Xvideos superano i 45 milioni di utenti mensili. Nel 2024 valevano 58, 8 mld di euro ovvero più 6% rispetto al 2023. <https://www.osservatori.net>.

³⁰ In tal senso cfr. Cass. Civ., SS.UU., 04 febbraio 2005, n. 2207, menzionata in PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in ALPA (a cura di) *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 171 s., che riporta un passo della decisione per cui «La legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse [...] alla conservazione del suo carattere competitivo» ovvero anche i consumatori perché titolari di un diritto «di scelta effettiva tra produttori concorrenti». In tal senso più recentemente cfr. anche Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2025,

A ben vedere la sola sanzione reperibile nel regolamento in esame è quella afferente al regolamento contrattuale (cfr. C. 20), che prevede la nullità, dunque con effetto *ex tunc* ed *erga omnes*, delle clausole non conformi e delle clausole di modifica effettuate in violazione dell'obbligo di preavviso di cui all'art. 4, che confermerebbero l'imperatività delle disposizioni inerenti alla limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione, che deve avvenire secondo standard e parametri fissi e determinati in modo imperativo.

Il diritto dei contratti degli stati membri esce complessivamente rafforzato da questo regolamento, che ne integra la portata, visto che interviene a spiegare la propria efficacia soprattutto quando vengono svolte transazioni connotate da gratuità delle prestazioni.

Il riferimento è alle big tech, che, come noto, offrono servizi in cambio di dati, sostitutivi del prezzo quale remunerazione.

Il regolamento in esame inserisce, pertanto, nel sistema elementi di etero regolamentazione anziché di autodeterminazione quanto ai contenuti, la moderazione degli stessi, l'organizzazione, la rimozione e le sanzioni in un campo come quello dei dati, che per l'elevata e rilevante dimensione sociale che lo caratterizza, richiederebbe addirittura una regolamentazione in grado di provenire dai pubblici poteri, senza restare confinata nell'ambito strettamente privatistico e negoziale³¹.

Nell'ambito di questo regolamento, il principio della concorrenza ha modo di affermarsi anche nell'universo delle transazioni *online*, con lo scopo di regolamentare alcuni aspetti, migliorare i servizi, la qualità delle operazioni commerciali, offrire strumenti di tutela sia agli operatori più piccoli che ai consumatori, riconducendo entrambi nell'alveo delle vulnerabilità. Il principio di concorrenza diventa il contributo per un mercato (*on line*) maggiormente sostenibile visto che per la dispersività spazio-temporale che lo caratterizza si presta ad una maggiore frammentarietà e inconsapevolezza di chi fruisce dei servizi.

In questo quadro, i codici di condotta si collocano su un'area mediana tra controllo pubblico e autonomia negoziale ovvero nascono e agiscono in una dimensione privatistica, ma rispondono al contempo alle esigenze costituzionali di cui all'art. 41 Cost.

L'art. 17 contiene l'espressa previsione intesa a favorire e promuovere l'elaborazione di codici di condotta da parte dei fornitori di servizi di

n. 626, per cui «presupposto dell'illecito concorrenziale è la comunanza di clientela, che non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio che sono in grado di soddisfare quel bisogno, vi è rapporto di concorrenza tra imprenditori che si avvalgono per la commercializzazione degli stessi prodotti, di differenti canali di distribuzione (nella specie: l'offerta in punti di vendita dislocati sul territorio e l'offerta *on line*)», attribuendo con la sentenza in argomento un ruolo attivo nel mercato anche al consumatore, inteso come soggetto collettivo. La sentenza in argomento è importante anche perché riporta i consumi nell'alveo dei bisogni (individuali e di massa).

³¹ BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 2021, 754 s.

intermediazione *on line* nonché delle organizzazioni e delle associazioni rappresentative di quest'ultime unitamente agli utenti commerciali e incluse le piccole e medie imprese.

La scelta del legislatore comunitario di andare verso una tutela di tipo anticipatorio o precontrattuale anziché sanzionatoria o rimediale, riflette la volontà di quest'ultimo di delegare all'autonomia privata la risoluzione delle controversie attraverso la previsione di sistemi interni di gestione dei reclami (art. 11), servizi di mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 12), l'istituzione di mediatori specializzati da parte dei fornitori di servizi di intermediazione *on line*, nonché delle organizzazioni e associazioni rappresentative di quest'ultimi (art. 13), fino all'elaborazione, appunto, dei codici di condotta (art. 17).

La scelta di questo provvedimento è quella di tutelare il consumatore e l'utente avvicinando le categorie dei consumatori e delle imprese di minori dimensioni, ma attraverso la previsione di strumenti di tutela *ex ante* anziché attraverso strumenti rimaliali *ex post* e divieti.

Si inizia in qualche modo ad introdurre strumenti di tutela in grado di proteggere prima di tutto il consumatore dalle proprie debolezze e vulnerabilità, rendendolo prima di tutto più consapevole, attento e informato oltre che più libero dalla superficialità e dall'immediatezza dei bisogni.

6. Il Digital Service Act (DSA) e gli utenti delle piattaforme *on line*

Se è vero che il comportamento massivo dei consumatori³² è in grado di elevare il consumatore a vera e propria soggettività del mercato perché idoneo con le proprie tendenze e i propri gusti a orientare lo stesso e impattare sulla concorrenza, questa dimensione emerge con ogni evidenza nel Digital Service Act (Cd. Dsa), in cui la responsabilità e gli obblighi delle piattaforme cresce in modo proporzionato al numero degli utenti (Cd Vlop – *Very large on line platform* hanno 45 milioni di utenti)³³ e dove trovano espresso riconoscimento i comportamenti di gruppo oltre che del singolo, facendo emergere tutto il valore che l'ordinamento attribuisce alle vulnerabilità, che in modo inedito trovano

³² Cfr. anche Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2025, n. 626, per cui «*presupposto dell'illecito concorrenziale è la comunanza di clientela, che non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio che sono in grado di soddisfare quel bisogno, vi è rapporto di concorrenza tra imprenditori che si avvalgono per la commercializzazione degli stessi prodotti, di differenti canali di distribuzione (nella specie: l'offerta in punti di vendita dislocati sul territorio e l'offerta on line)*», confermando la sentenza in argomento un ruolo attivo nel mercato anche del consumatore, inteso come soggetto collettivo.

³³ Tali sono quelli inerenti alla pubblicazione regolare di rapporti sulla trasparenza, la conduzione di valutazioni del rischio, la messa a disposizione di alcuni dati per i ricercatori su richiesta, nonché, infine, cosa più rilevante offrire opzioni di rinuncia ai sistemi di raccomandazione (art. 38), raccogliere e rendere disponibili informazioni chiave sulle pratiche pubblicitarie (art. 39).

espresso riconoscimento giuridico.

Il Dsa interpreta in modo evolutivo il concetto di “folla”, che diventa “massa” (di utenti), in grado di far aumentare i livelli di responsabilità delle piattaforme, legate ai propri utenti in modo più marcato, definito e soprattutto omnicomprensivo ovvero non solo con riguardo alle transazioni commerciali.

In tale contesto assumono rilievo fenomeni sociali come quelli delle “dipendenze”, entro cui il mercato non è più legato solo alla liceità della concorrenza, quale norma di ordine pubblico, ma a concetti che oltre ad essere propri della dimensione costituzionale, perché si trovano strettamente correlati alla persona, sembrano approdare verso la valorizzazione della dimensione sociale del contratto.

6.1. Il Dsa e la tutela dei consumatori

Per quanto il Dsa sia un testo con un perimetro oggettivo e soggettivo, in grado di superare il regolamento 2019/1150/UE, trattando situazioni che vanno oltre le mere transazioni commerciali e intende rivolgersi agli utenti e alla rete in generale, esso non omette di dedicare una sezione specifica al consumatore, con ciò quasi a voler rinforzare l’idea di una differenziazione con gli altri utenti. Ad esso riserva, similmente a quanto già accadeva nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche, la tracciabilità e la contattabilità dell’offerente il servizio, la tracciabilità dei fornitori e degli operatori commerciali nei contratti a distanza e l’accuratezza delle informazioni fornite dagli operatori (art. 30); la conformità delle interfacce *on line* sin dal momento della progettazione, in modo da essere adempienti rispetto alla completezza e chiarezza delle informazioni precontrattuali nonché per la conformità e la sicurezza del prodotto, unitamente all’identificazione del marchio per il commerciante (art. 31); detta procedure specifiche quanto all’obbligo di informazione verso gli utenti del prodotto o del servizio illegale, una volta che il fornitore ne sia venuto a conoscenza (art. 32).

Così procedendo la trasparenza viene intesa come trasparenza dei contenuti che circolano sul *web*, ma viene intesa anche come definizione dell’identità dei soggetti che rendono possibile l’accesso a quei contenuti.

La trasparenza assume un particolare valore in siti e contesti critici come quelli che riguardano i minori a cui il Dsa dedica un apposito articolo (cfr. art. 28), e/o che propongono contenuti potenzialmente abusanti e dunque pericolosi, prima ancora che dannosi, dei soggetti “vulnerabili”, come quelli in grado di assecondare “dipendenze”.

6.2. Il Dsa e le dipendenze

Se parliamo di fenomeni di massa, che il DSA intende regolare, non possiamo ignorare il fatto che piattaforme come *Pornhub* e *Only fans* registrano più di 50 mln di iscritti e rappresentano un fenomeno di massa con impatti sociali rilevanti e crescenti. Questo perché dai dati, tra l’altro di difficile reperimento, emerge che in tali contesti, che dichiarano 100 mld di video visualizzati per anno, 100 mln di

visite al giorno e 36 mld l'anno, tra i fruitori l'età si sta abbassando costantemente, progressivamente e in modo preoccupante, fino ai sette, otto anni di età³⁴.

La misura della vulnerabilità, non avviene, pertanto, solo su parametri originati dalla debolezza contrattuale del consenso espresso dal consumatore finale (quanto alla corretta formazione, scevro da errori, da condizionamenti e manipolazioni e dunque libero, cfr. C. n. 30 e ss), ma dipende più che altro da ciò che viene proposto dagli algoritmi in base ad automatismi auto apprenditivi e predittivi, che profilano l'utente in base ai suoi dati o meglio alle tracce lasciate da questo sulla rete, con il rischio che tale profilazione avvenga in modo acritico e discriminatorio, quando vengono utilizzati dati personali e sensibili, che dichiarano orientamenti, abitudini, comportamenti e modi di pensare o meglio di credere³⁵.

I sistemi di raccomandazione personalizzati utilizzano, infatti, i trascorsi degli utenti sul *web* (e non solo vista la potenziale tracciabilità della tecnologia anche fuori dal contesto *on line*) per personalizzare i contenuti e aumentare il coinvolgimento, abusando delle fragilità emotive e della mancanza di capacità critica.

Nel Dsa è possibile trovare alcune disposizioni che hanno l'obiettivo di scongiurare l'utilizzo dei dati personali forniti dai consumatori e la profilazione delle scelte e dei comportamenti in fase di acquisto, con meccanismi rigidi di classificazione, in grado di riportare quest'ultimi ad un passato inesorabilmente legato a trascorsi di vita connotati da rassegnazione anziché aperti al futuro e al cambiamento. Questo perché la classificazione del singolo e dei gruppi, ravvisabile anche nell'art. 5 Ai Act, avviene in relazione a scelte passate, con la pretesa di condizionare anche quelle del presente e del futuro, precludendo, in tal modo, possibilità evolutive e introducendo elementi di rischio per un progressivo decadimento della salute mentale.

Eppure oltre la dimensione contrattuale e precontrattuale tra imprenditori e tra questi e i consumatori, riscontrabile nei regolamenti esaminati, il Dsa propone norme evolutive che si avvicinano alla dimensione pubblica, perché esso intende garantire un ambiente digitale "*sicuro, affidabile, prevedibile*" stabilendo regole e procedure specifiche a carico delle piattaforme, per la tutela dei diritti fondamentali degli utenti e dei consumatori nonché per assicurare la legalità delle comunicazioni sul *web*.

Il concetto di "*prevedibilità*" sembra, tuttavia, entrare in crisi quando si scontra con una realtà che fa di tutto per assecondare i bisogni degli utenti, ivi incluse le dipendenze di quest'ultimi.

Nel tentativo di inquadrare il concetto di dipendenza vediamo che esso più che

³⁴ BASSI - DELLA PUTTA, *Pornografia e revenge porn. La sessualità negata*. Roma, 2024, 34 ss.

³⁵ ID., 40 s. «Le interazioni che le piattaforme di pornografia digitale registrano sono analizzate da professionisti della Princeton University e del Kinsey Institute dell'Università dell'Indiana, che le rielaborano, passando da un'area di macro-dati ad una di micro-dati che divengono parte di quel patrimonio di informazioni commerciali utili per i mercati e anche per scopi inerenti alla sfera sociale. In sostanza si tratta della profilazione degli individui su vasta scala e probabilmente di uno dei maggiori studi sul genere umano».

un ambiente prevedibile necessiterebbe di elementi di imprevedibilità, atti ad interrompere e mettere un limite ai comportamenti ripetitivi e di apparente normalità³⁶, che stanno alla base delle dipendenze psicologiche.

Se esaminiamo la letteratura sull'argomento emerge, infatti, che la dipendenza che l'utente instaura con piattaforme come Pornhub, oltre ad essere psicologica e non organica nel senso che non intacca la biologia del corpo, propone, tuttavia, vissuti di sedazione delle emozioni, agendo in modo indisturbato sul piano, più superficiale, delle facili sensazioni, che possono rappresentare una seduttiva via di fuga e di salvezza, soprattutto per gli utenti più giovani e vulnerabili come gli adolescenti, che possono trovarsi disorientati di fronte al rapporto e alle dimensioni di diversità tipiche della loro età.

Senza coinvolgimento affettivo e con la riproposizione di contenuti ripetitivi e uguali a sé stessi, essi trovano nell'ambiente della rete una sicurezza illusoria, che esclude, tuttavia, ogni possibilità di crescita e di trasformazione emotiva, togliendo senso al tempo che scorre, precludendo o limitando possibilità individuali realmente evolutive³⁷.

6.3. Il Dsa e l'utile intersezione con il Gdpr

Tutto quanto esposto nel paragrafo precedente se proposto dalle piattaforme senza sbarramenti e soprattutto se tollerato dalla dimensione pubblica, può trasformarsi in una violenza, quando ad essere coinvolti sono ad es. dei minori e persone vulnerabili, ma chi decide se un contenuto è violento deve essere soggettività terza rispetto a chi impiega i dati e a chi eroga il contenuto dovrebbe essere precluso il trattamento dei medesimi.

Alcune disposizioni del Dsa mirano a scongiurare l'utilizzo dei dati personali forniti dai consumatori e cercano di contenere la profilazione delle scelte e dei comportamenti in fase di acquisto.

La profilazione, come noto, è funzionale al marketing, per cui per mezzo della proposizione di messaggi pubblicitari specifici e mirati, si alimentano dinamiche di dipendenza anziché indicare vie di fuga rispetto a situazioni di crisi e di vulnerabilità emotiva, che riguardano minori, ma anche adulti³⁸, con evidente

³⁶ ID., 28 s. «Oggi è molto difficile esprimere una critica verso il fenomeno della pornografia, soprattutto per i giovani, perché è facile essere additati come sessuofobi, moralisti, bacchettoni, e la nostra società si divide fra coloro che danno per scontati e normali l'offerta e il consumo di pornografia e coloro che, non interessandosene, si limitano a considerarla qualcosa di deplorabile ma da tollerare in quanto questione privata di libertà individuale».

³⁷ ID., 40 s., per cui «questa dinamica di controllo generalizzata strumentalizza aspetti di vulnerabilità personale, proponendo la dipendenza come facile soluzione a qualsiasi crisi identitaria attraverso un pensiero ripetitivo perché ancorato a un atteggiamento verso la vita ritenuto ineluttabile: il modello cui gli ingegneri del porno fanno riferimento è quello di un essere umano guidato nel suo agire dalla coazione a ripetere dinamiche consolidate, quindi facilmente prevedibile e manipolabile in funzione del mercato».

³⁸ GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Pers. e*

violazione degli artt. 2 e 32 Cost.

Le violazioni che emergono sono afferenti alle libertà e ai diritti fondamentali, che richiedono sicuramente strumenti di tutela importanti, che recuperano la dimensione e la dignità sociale del contratto e che riguardano la nullità della causa alla base del rapporto, in quanto illecita perché contraria a norme sul buon costume o lesiva di regole etiche fondamentali³⁹, perché in grado di mettere in pericolo l'integrità psicofisica della persona⁴⁰.

L'esigenza di controllo degli abusi contrattuali insiti nella formazione alterata del consenso, proprio in virtù di questa visione alterata della realtà, funzionali tra l'altro all'abuso di posizione predominante sul mercato, rilevano, infatti, per la loro dannosità sociale oltre che del singolo⁴¹, in quanto legate a condotte specifiche e non episodiche, che impattano sul comportamento della generalità dei consociati e distorcono in modo significativo il mercato, a danno dei soggetti più deboli, siano essi consumatori, utenti o imprese.

Non è possibile, dunque, trascurare il fatto che il contratto sembra nascere nullo già in origine, in quanto lesivo di interessi protetti superiori, quali la salute e il principio di uguaglianza.

Il Dsa, inoltre, pur richiamando nelle definizioni la nozione di società dell'informazione (di cui all'art. 1, 1° co), lett. b), dir. 2015/1535/UE e del Codice delle Comunicazioni Elettroniche), che avviene su richiesta individuale, tuttavia, sembra considerare gli utenti nella loro complessità, in senso dinamico ed evolutivo ovvero sembra prendere in considerazione e preoccuparsi degli effetti negativi dei servizi e dei prodotti *on line* sulla massa degli utenti e questo emerge, come già esaminato, con il crescere di obblighi e in relazione all'aumentare e all'importanza delle piattaforme.

In modo specifico e in relazione alla categoria delle piattaforme *on line*, l'art. 26 contiene più che un divieto, una formula assertiva (di cui il Dsa è pieno) in cui

Merc., III, 2024, 915 ss. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. e Merc.*, IV, 2022, 535 s.

³⁹ ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., 540 s. «Il negozio è immorale quando è contrario al buon costume ovvero viola le regole etiche fondamentali».

⁴⁰ ID, 258 s. Vale la pena citare un passo dell'autore dell'opera secondo cui «La garanzia costituzionale del "diritto alla salute" prevista dall'art. 32 non deve infatti considerarsi come generica direttiva impartita agli organi dello stato deputati all'assistenza morale e materiale dei cittadini, ma, nel suo contenuto più pregnante, si pone come un limite già previsto nell'espressione "sicurezza, dignità, libertà", ma, senz'altro più preciso e specifico delle attività economiche private. Lungi dall'esprimere una direttiva meramente programmatica, confermando una realtà giuridico-sociale, già esistente nello stato moderno l'art. 32 (collocato nell'ambito dei rapporti etico-sociali ma non per questo tale da considerare meno rilevante di altri principi contenuti nei diritti fondamentali o nella disciplina dei rapporti economici) esprime piuttosto una garanzia costituzionale di un "diritto sociale", che ha "preciso valore giuridico ed immediata operatività"», richiamato in nota e nello stesso senso in BIANCA, *Diritto civile, 3 Il Contratto*, cit., 339 s.

⁴¹ BIANCA, *Diritto civile, 3 Il contratto*, cit., 338-339; ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 530 s. «La socialità è la sintesi tra i comportamenti osservati e quelli accettati all'interno di una comunità».

viene preclusa la possibilità ai fornitori di piattaforme on line di presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, mutuando la definizione dall'art. 4.4. del regolamento 2016/679/UE (Gdpr) e utilizzando le categorie speciali di dati personali (sensibili) di cui all'art. 9, 1° co), sempre del Gdpr, con finalità evidentemente discriminatorie.

Il successivo articolo, ovvero l'art. 27 (sistemi di raccomandazione) specifica che è prerogativa degli utenti modificare in qualunque momento o influenzare i dati principali e le opzioni preferite.

Tale disposizione va letta in modo sistematico con gli artt. successivi per cui partendo dal presupposto che tra i rischi sistemici, che le Vlop sono tenute a valutare, vi rientrano espressamente non solo la violenza di genere, la violenza *on line*, la protezione della salute pubblica e dei minori, ma anche le gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona (cfr. art. 34), le grandi piattaforme, una volta valutati i rischi, devono anche adottare misure di attenuazione e questo non solo per la tutela dei minori (art. 35, 1° co), lett. J)), ma della "persona" in generale.

L'art. 38 Dsa aggiunge ai requisiti di cui all'art. 27 per la trasparenza dei sistemi di raccomandazione delle piattaforme *on line*, la possibilità per gli utenti delle Vlop di avvalersi dell'opzione, che esclude la profilazione, selezionabile e modificabile sempre (C. 68).

Stabilire, pertanto, se una piattaforma risponde ai requisiti di Vlop è molto importante perché il contrario consente di sottrarsi ad obblighi altrettanto rilevanti; le Vlop, inoltre, non possono avvalersi del profilo agevolante dell'esonero di responsabilità, previsto per le altre⁴² tipologie, sempre disciplinate nel Dsa.

Più cresci più assumi responsabilità verso la dimensione pubblica, sembra volerci dire il legislatore.

Le disposizioni appena menzionate che considerano il rischio sistemico, vanno lette alla luce del C. 1) in cui si parla di rischi sistemici correlati non solo alla disinformazione *on line*, ma facendo ricorso alla generica locuzione "*altri rischi*", distinguendoli dai primi, illegali e correlati alla disinformazione.

Coerentemente viene ribadito che i destinatari del servizio sono non solo i consumatori, ma anche gli altri utenti e altrettanto coerentemente vengono espressamente considerate come classe di utenti vulnerabili anche «*altre*» categorie di utenti oltre i minori. Il C. 69 parla, a tale proposito, di pratiche che presentano un rischio per la società molto elevato, raccomandando, per questa ragione, ai

⁴² Cfr. in tal senso Corte giust., C. 638/2023, ECLI:EU:C:2025:127, per la definizione di Vlop: ha ribadito che per definirsi tali occorrono 45 milioni di utenti, la prevalenza dell'interesse pubblico portato dal rispetto degli artt. 38 e 39 del Dsa sugli interessi privati delle grandi piattaforme al segreto commerciale e al vantaggio competitivo che esso comporta, confermando, al contempo, la doverosità a carico delle grandi piattaforme dell'aggiornamento dei registri delle informazioni nel rispetto del principio di trasparenza. Cfr. anche Edpb, Opinion 08/2024, adottata il 17 aprile 2024, per cui per Vlop «*deve intendersi una piattaforma con un elevato numero di utenti, una posizione rilevante sul mercato e che trattano dati su larga scala*», consultabile in www.edpb.europa.eu.

fornitori di non presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione⁴³.

7. La Risoluzione del Parlamento Europeo del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi on line che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'UE

Questo documento conferma e sintetizza quanto affermato fino ad adesso, offrendo spunti operativi degni di attenzione. Nelle premesse ribadisce che ormai le dipendenze *on line* riguardano i minori, gli adolescenti e i giovani tra i 16 e i 24 anni, che trascorrono più di 7 ore al giorno su internet in modo disfunzionale e problematico. Ha modo, inoltre, di precisare che tale tipologia di dipendenza è in grado di comportare effetti molto simili alle dipendenze da stupefacenti con conseguenze irreversibili e dunque connotate da “gravità” nella fase di misurazione dei rischi, perché in grado di incidere sullo sviluppo del cervello.

Sempre nelle premesse ha modo di affermare che un ruolo rilevante è dato dalla progettazione, in grado di avere un impatto negativo su tutti e non solo sugli utenti che manifestano un uso problematico. La progettazione è in grado di fornire un sovraccarico di informazioni e molteplici stimoli sensoriali che impattano, appunto, sulle sensazioni compromettendo, al contempo, anche la capacità di provare emozioni e di sentire ad un livello più profondo.

Tale Risoluzione nelle premesse ammette espressamente che alcune interfacce dei servizi digitali sfruttano le vulnerabilità psicologiche simili a quelle che portano alle dipendenze da giochi d'azzardo. Questo induce inevitabilmente a riflettere anche su un possibile ampliamento della casistica dei divieti circa l'applicazione delle disposizioni di cui al Capo I bis di cui al Codice del Consumo, in merito alla remunerazione in dati quale prezzo corrisposto nei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

Tali servizi basati sui dati, spingono il consumatore verso una situazione di maggiore debolezza creando squilibri di potere e asimmetria digitale. Il consumatore deve per forza di cose interfacciarsi con sistemi di ia che dispongono di una moltitudine di informazioni, messe a sistema, per creare un sempre

⁴³ C. 69 «Quando ai destinatari del servizio vengono presentate inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di targeting ottimizzate per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione, possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad es. contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme on line sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme on line, non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'art. 4.4 del Gdpr utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'art. 9, par. 1, dello stesso Regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali. Tale divieto lascia impregiudicati gli obblighi applicabili ai fornitori di piattaforme on line o a qualsiasi altro fornitore di servizi o inserzionista coinvolto nella diffusione della pubblicità a norma del diritto dell'Unione in materia di protezione di dati personali».

maggiore coinvolgimento, dal quale è molto difficile sviluppare una distanza o separarsi senza provare angoscia e dunque il sistema è in grado di rilevare e sfruttare questa vulnerabilità, massimizzando i tassi di conversione e i tempi di coinvolgimento.

Trattasi di attività continue e protratte nel tempo, organizzate e concepite per sfruttare queste situazioni di vulnerabilità e fragilità interiore.

Conclude nel senso che tutto quanto sopra conferma che il concetto di vulnerabilità non riguarda solo i gruppi tradizionalmente protetti, ma deve includere tutti i consumatori, sfruttati da questa tipologia di sistemi.

Controllare l'adeguatezza digitale, la progettazione, i sistemi di interfaccia è molto importante per arrivare ad un consenso realmente consapevole e libero da condizionamenti e dunque valido per costituire la base sul quale possa costruirsi il trattamento lecito dei dati personali.

Tra le raccomandazioni la Risoluzione non dimentica la disattivazione delle notifiche per impostazione predefinita, la neutralità dei consigli *on line*, appositi *alert* quando gli utenti superano i 15 o 30 minuti di tempo trascorso *on line* su servizi specifici, il blocco di alcuni servizi dopo un tempo predefinito o la limitazione dell'accesso a determinati servizi in alcune fasce orarie, resoconti settimanali suddivisi per fasce di utenza.

8. Conclusioni

Per contenere il potere delle piattaforme, per raggiungere il pubblico in modo rigoroso e rispettoso dei diritti e delle libertà fondamentali, quali la privacy e la concorrenza, non sono sufficienti le sanzioni contrattuali e di *public enforcement*, che incidono solo marginalmente sui fatturati delle big tech.

Occorre fare caso ad un altro importante aspetto che cerca di guardare oltre «*il diritto e la dimensione costituzionale dell'antitrust, ma presta attenzione all'equità della competizione in modo non scisso dai diritti dei consumatori e degli utenti, che sono, prima di tutto, quelli di ricevere più servizi a fronte di una minore quantità di dati trattati*»⁴⁴.

In presenza di un mercato connotato da assenza di prezzo, ma di elevato

⁴⁴ M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 754 s. Sul punto vedi anche Edpb, Position paper on Interplay between data protection and competition law, adottato il 16 gennaio 2025, per cui «*Eu data protection law and competition law are clearly distinct legal frameworks and fields of law that pursue different objectives. However, they have a number of potential commonalities, such as the protection of individuals and their choices. Indeed, while data protection policy aims to protect individuals from any unlawful or unfair processing of their personal data, competition policy aims to guarantee the conditions for free and undistorted competition between companies on the relevant markets in the interests of consumers, by promoting innovation, diversity of supply and attractive prices. This aim of protecting individuals in their role as consumers under competition law is expressed in the prohibition of cartels, abuse of dominant positions and countering anticompetitive mergers, which without intervention may lead to harm to consumers, in the form of higher prices, less choice or lower quality and innovation*» consultabile in www.edpb.europa.eu.

valore conferito agli stessi, questo consentirebbe di andare oltre la mera condivisione dei dati tra soggetti economici e spostare l'attenzione verso consumatori e utenti, ai quali verrebbe restituita una centralità all'interno del mercato. Quest'ultimo dovrebbe rispondere in modo soddisfacente all'utente/consumatore con riguardo, prima di tutto, alle sue esigenze oltre che assecondare i suoi bisogni immediati, lasciando lo stesso maggiormente libero di immaginare un futuro meno prevedibile, basato su scelte responsabili di acquisto e fruizione dei servizi, connotato da meno vulnerabilità e rassegnazione, ma carico di speranza e possibilità evolutive legate al presente.

A questo corrisponderebbe anche una qualità dei servizi maggiore, contribuendo a migliorare il livello del mercato (non solo *on line*) e della società nel suo complesso.

La centralità del consumatore come persona verrebbe così maggiormente tutelata, in quanto basata non solo su un'ampia gamma di scelta che il mercato è in grado di offrire e che solo un livello elevato di competitività è in grado di garantire, a cui non sempre corrisponde un elevato livello di consapevolezza delle scelte consumeristiche, ma verrebbe tutelato soprattutto in base a regole autonome e superiori perché rispondenti ad interessi superiori, costituzionalmente protetti, meritevoli di attenzione da parte dei pubblici poteri, sanzionabile, tra l'altro, anche a livello contrattuale.

Se è vero che il buon funzionamento del mercato dipende dalla concorrenza, garantita in forma libera, in cui anche il consumatore avrebbe un ruolo dinamico e determinante⁴⁵, esso potrebbe, in futuro, dipendere, soprattutto, dalla qualità dei servizi. Si emancipa il concetto di concorrenza, pertanto, non solo dal diritto contrattuale degli imprenditori esteso anche a quello dei consumatori, unico argine all'attività imprenditoriale e si approda ad un'evoluzione in senso pubblicistico, dove l'interesse del mercato si gioca sul piano della qualità e della collaborazione, più che della competizione e dove la concorrenza si riappropria di un valore e di una portata superiore corrispondente ad una funzione sociale e dunque bene giuridico meritevole di protezione costituzionale, in quanto rivolto alla persona oltre che al consumatore, immerso nella centralità di un presente "determinante" perché in grado di separarsi dal passato e di costruire un futuro diverso.

⁴⁵ BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*. Torino, 2021, 11 ss.

